

REACTIE OP CONSULTATIE

Aan Ministerie van Economische Zaken
Van De afdeling Europees- en Mededingingsrecht van Van Doorne N.V.
Inzake Internetconsultatie aangepaste Beleidsregel mededinging en duurzaamheid
Datum 31 januari 2016

De afdeling Europees- en Mededingingsrecht van Van Doorne heeft met belangstelling kennis genomen van de consultatieversie van de aangepaste Beleidsregel mededinging en duurzaamheid die de Minister van Economische Zaken heeft gepubliceerd. Hierna zullen wij ook wel refereren aan 'de beleidsregel'.

De afdeling Europees- en Mededingingsrecht adviseert ondernemingen over de toepasselijkheid van het kartelverbod op samenwerkingsverbanden en de vrijstelling van artikel 6 lid 3 Mw c.q. 101 lid 3 VWEU. In onze praktijk zien wij een tendens dat ondernemingen steeds vaker de doelstelling van hun onderneming relateren aan het creëren van meerwaarde voor hun omgeving en het bevorderen van duurzaamheid. Daarbij worden zogenaamde impact metingen aangewend om die meerwaarde te kwantificeren. Op het moment dat ondernemingen die meerwaarde willen bewerkstelligen samen met een andere onderneming - in horizontale of verticale verhouding - worstelen zij met de grenzen die het mededingingsrecht stelt aan samenwerkingen. Het huidige beoordelingskader en de handhavingspraktijk van ACM schrikt ondernemingen in de praktijk - vaak onnodig - af. Wij vinden de aangepaste beleidsregel en toelichting daarom een welkome ontwikkeling en waarderen ook het voornemen van de Minister om het beleid en de ruimte in de wet te verduidelijken, in het bijzonder de vrijstelling van artikel 6 lid 3. Wij hopen dat dit leidt tot een ruimere interpretatie door ACM.

Wij gaan hierna in op een aantal specifieke aspecten die naar onze mening aanpassing dan wel een nadere toelichting behoeven. Wij sluiten af met een aantal suggesties.

Deze reactie vertegenwoordigt enkel het standpunt van de afdeling Europees- en Mededingingsrecht van Van Doorne.

1 Het welvaartbegrip dat ACM hanteert en het begrip duurzaamheid

1.1 Het begrip duurzaamheid en het welvaartsbegrip zoals ACM dat toepast vallen niet noodzakelijkerwijs samen. Het begrip duurzaamheid omvat namelijk - ook zonder concrete definitie - meer dan (consumenten)welvaart zoals ACM dat begrip hanteert bij haar beoordeling onder het derde lid van artikel 6 Mw.¹

¹ Zie het Visiedocument Mededinging en Duurzaamheid van mei 2014, par. 2.6: "*Vanuit economisch gezichtspunt wordt algemeen een breed welvaartsbegrip toegepast. In dit welvaartsbegrip spelen de voorkeuren van de consumenten een centrale rol. Voor dit Visiedocument is van belang dat consumenten ook productkenmerken die verband houden met duurzaamheid belangrijk kunnen vinden en zij er daarom waarde aan hechten dat producten milieu- of diervriendelijk zijn voortgebracht. Voorts is het economisch gezien belangrijk dat zo efficiënt mogelijk wordt omgegaan met schaarse middelen. Daarmee wordt de welvaart gediend. Dit kan ook de omgang met het milieu en uitputbare grondstoffen betreffen.*", alsmede par. 3.4.2. Zie ook de Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81 [thans 101], lid 3, van het Verdrag, pt. 13: "*Doel van artikel 81 is de concurrentie op de markt te vrijwaren als middel om de welvaart van de gebruikers te vergroten en om voor een doelmatige middelenallocatie te zorgen.*" Ook Gerbrandy (NtER 2013/9, *Duurzaamheidsbelangen in het mededingingsrecht*, p. 328) gaat in op het streven van het Europese mededingingsrecht naar de grootst mogelijke consumentenwelvaart.

- 1.2 Die discrepantie kan leiden tot afwijzing van initiatieven door ACM, die weliswaar duurzaamheid bevorderen, maar waar partijen het voordeel voor de (consumenten)welvaart niet kunnen aantonen. Een voorbeeld is het initiatief 'de Kip van Morgen', waarin geen positief netto-effect voor de consument werd aangenomen.
- 1.3 Dit roept de vraag op wat het achterliggende of 'hogere' doel is van het mededingingsrecht en hoe (breed) het begrip (consumenten)welvaart zou moeten (althans, kunnen) worden geïnterpreteerd. Wij zien in de aangepaste beleidsregel aanknopingspunten voor een bredere interpretatie, met name in de mogelijkheid tot het meewegen van voordelen voor de *samenleving*, ook op langere termijn. Echter, het uitgangspunt van de toetsing onder het derde lid lijkt te blijven dat de directe consument waarde moet hechten aan de te bewerkstelligen voordelen, wat zich vertaalt in de betalingsbereidheid van de consument. Dit punt is meer fundamenteel dan de interpretatie van de specifieke individuele vrijstellingsvoorwaarden onder lid 3.
- 1.4 Duurzaamheid kan in het huidige beoordelingskader alleen worden meegenomen indien - kort gezegd - de consument bereid is om daarvoor te betalen. Het kan zijn dat de consument geen waarde hecht aan - en daarom niet bereid is om meer te betalen voor - een duurzaam (en als gevolg daarvan duurder) product. Zolang het huidige uitgangspunt voor de toetsing niet wordt gewijzigd, zal geen, althans onvoldoende rekening gehouden (kunnen) worden met bredere, maatschappelijke voordelen, zoals de voordelen van een betere allocatie van middelen (in abstracte zin) of het waarborgen van een duurzaam gebruik van hulpbronnen. Dergelijke voordelen zijn voor een individuele consument moeilijk af te wegen tegen eventuele nadelen die hem direct(er) raken. Dit soort voordelen zijn alleen wel essentieel om (consumenten)welvaart op langere termijn - lees: voor toekomstige generaties - te behouden. De beleidsregel en toelichting stellen wel dat daar rekening mee moet worden gehouden, maar onvoldoende duidelijk is *hoe* dat tot uitdrukking moet komen in het huidige toetsingskader. Het huidige beoordelingskader dat ACM hanteert, lijkt daarvoor (te) weinig ruimte te bieden. Daarmee blijft de beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het derde lid uiterst lastig.
- 1.5 Wij constateren in dit verband overigens dat de aangepaste beleidsregel en toelichting het beoordelingskader beogen te *verduidelijken*. De verduidelijking lijkt echter neer te komen op een verruiming, dan wel een ruimere interpretatie te beogen.
- N.B.** Het is de vraag of de toevoeging dat afspraken 'in zijn geheel' worden bekeken als het gaat om een totaalpakket, precies betekent voor het toetsingskader. Een verduidelijking zou gewenst zijn *hoe* de Minister dit precies beoogt onder de toets van het derde lid en in hoeverre de Minister hiermee beoogt te bewerkstelligen dat duurzaamheidsbevorderingen of -effecten die onderdeel uitmaken van het totaalpakket, maar waar de consument mogelijk niet direct waarde aan hecht, niet onder het verbod moeten vallen. Of dient de beoordeling van een totaalpakket in zijn geheel zo te worden gelezen dat de Minister beoogt om ACM meer ruimte geeft om een *rule of reason* toetsing toe te passen voor duurzaamheidsinitiatieven, vergelijkbaar met de doctrine van de nevenrestricties en/of de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU, bijvoorbeeld in de zaak C-250/92 (*Gøttrup-Klim*). In dat laatste geval zou dat een positieve ontwikkeling zijn, maar zou een verduidelijking gewenst zijn.
- 1.6 Daarbij hangt er een ander nadeel aan het feit dat bij de toetsing onder het derde lid de consument waarde dient te hechten aan de te bewerkstelligen (duurzaamheids)voordelen en

daar volgens het huidige toetsingskader voor zou moeten willen betalen. De consument is namelijk niet (altijd) *best placed* om die afweging te maken. ACM is dat als toezichthouder ook niet (altijd). De politiek is dat wel. Zij kan de maatschappelijke baten waarderen, afwegen en meenemen in bijvoorbeeld het opstellen van (sectorspecifieke) regelgeving.

2 Bevoegdheden ACM

- 2.1 De vraag is of hetgeen de Minister beoogt te bereiken met de beleidsregel binnen de bevoegdheden van ACM ligt. Indien dit niet het geval is, bestaat er een risico dat een ruimere interpretatie van de uitzondering op het kartelverbod in Nederland een *false sense of security* geeft. Duurzaamheidsinitiatieven die toegestaan zijn in Nederland zouden mogelijk anders beoordeeld worden door andere nationale mededingingsautoriteiten of de Europese Commissie.
- 2.2 Dit zou niet het geval zijn indien de duurzaamheidsdoelstelling zou worden vastgelegd als publiek belang in wetgeving. Dan zouden samenwerkingsverbanden die voldoen aan dat (wettelijke) doel c.q. belang buiten het kartelverbod vallen.
- 2.3 En institutioneel vraagstuk hangt hiermee samen. Te weten: welke instantie is aangewezen om tegemoet te komen aan de obstakels die ondernemingen in de praktijk ervaren om gezamenlijk duurzaamheidsinitiatieven te ontplooien? Naar onze mening is niet ACM maar de wetgever (de politiek) hiervoor de aangewezen instantie.

N.B. Het gebruik van een maatschappelijke kosten en baten analyse wordt genoemd in de toelichting op de beleidsregel (par. 4, p. 12) als "alternatief voor het bepalen van de voor- en nadelen." Het is niet geheel duidelijk hoe dit moet worden geïmplementeerd in het toetsingskader van lid 3, in het geval de te bewerkstelligen baten (voor de samenleving) niet passen binnen het begrip economisch voordeel (zoals ACM het welvaartsbegrip geïnterpreteerd).

3 Vraag 1

- 3.1 *"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."*
- 3.2 Het doel van de beleidsregel is te voorkomen dat duurzaamheidsinitiatieven met positieve gevolgen niet tot stand komen. De nieuwe beleidsregel verschaft weliswaar meer duidelijkheid, maar sommige aspecten behoeven een aanscherping of nadere toelichting. Wij bespreken dit hieronder (par. 4-6).

4 Toelichting begrip 'langere termijn' (eerste en twee voorwaarde lid 3)

- 4.1 De beleidsregel stelt dat ook voordelen die zich op langere termijn zullen voordoen, zullen worden meegewogen. In de toelichting wordt zowel gesproken over voordelen die de huidige consument in de toekomst zal ervaren, als de voordelen die toekomstige generaties consumenten zullen ondervinden van een duurzaamheidsinitiatief.
- 4.2 De enige - overigens terechte - inkadering van het begrip langere termijn die lijkt te kunnen worden gevonden in de toelichting is dat voldoende aannemelijk dient te zijn dat de voordelen in de toekomst zich daadwerkelijk gaan voordoen.

- 4.3 Wij nemen aan dat er geen beperking in tijd geldt voor wat onder het begrip langere termijn kan worden geschaard. Het zou de duidelijkheid van de beleidsregel ten goede komen indien dit expliciet wordt opgenomen.

5 Toelichting begrip 'samenleving' (tweede voorwaarde lid 3)

- 5.1 In de beleidsregel en de toelichting daarop wordt gesteld dat ook de voordelen voor de samenleving - waar mogelijk - moeten worden meegewogen in de beoordeling onder het derde lid. Er zijn twee aspecten die naar onze mening een verduidelijking en mogelijk aanpassing behoeven. Het eerste betreft de (geografische) reikwijdte van 'de samenleving'. Het tweede betreft de verhouding met het begrip consument en hoe ACM toetst of een initiatief welvaartsbevorderend is.

Rekening houden met extraterritoriale effecten

- 5.2 De toelichting stelt: "*Met de samenleving wordt verstaan dat ook niet-gebruikers van het product voordeel kunnen hebben van een duurzaamheidsinitiatief, doordat zij ook profiteren van positieve milieueffecten of verbeterde dierenwelzijn waarderen. Op deze manier kunnen externe effecten worden meegenomen bij de voor- en nadelen van een duurzaamheidsinitiatief. Vanwege de nationale werking van deze beleidsregel is de focus hierbij op de Nederlandse samenleving.*"

- 5.3 Duurzaamheid en duurzaamheidsbelangen zijn niet aan landsgrenzen gebonden. In feite is duurzaamheid een vraagstuk van mondiale aard. Wij beseffen ons dat de beleidsregel zelf geen werking heeft buiten Nederland. Dat doet echter geen afbreuk aan de vraag of ondernemingen niet ook voordelen zouden moeten kunnen inbrengen die zich (gaan) voordoen buiten de Nederlandse samenleving.

- 5.4 In dat verband is een nadere toelichting gewenst op het voorbeeld van het betalen van een eerlijk loon in productielanden. Kan een dergelijke verbetering ten behoeve van duurzaamheid, die zich primair *buiten* de Nederlandse samenleving voordoet, worden meegewogen? Wij zijn van mening en lezen de beleidsregel zo dat dit het geval is. De opmerking over 'focus op de Nederlandse samenleving' is echter verwarrend en behoeft verheldering (dan wel verwijdering). Op de vraag *hoe* een dergelijke verbetering kan worden meegewogen, gaan wij hieronder in.

Verhouding met de begrippen consument en (consumenten)welvaart

- 5.5 De introductie van het begrip samenleving en het mee kunnen wegen van voordelen van duurzaamheidsinitiatieven voor de samenleving, roept de vraag op of hiermee een verbreding van het begrip consument beoogd is.

- 5.6 Indien dat niet het geval is, dienen de beleidsregel en toelichting dan zo te worden geïnterpreteerd dat voordelen voor derden en de samenleving als geheel, steeds in het beoordelingskader van het begrip (consumenten)welvaart moeten worden geplaatst?

- 5.7 Dat zou impliceren dat bijvoorbeeld verbeteringen op het gebied van ecologie, milieu, sociale verhoudingen, dierenwelzijn, volksgezondheid, etc. dienen te worden gezien als *onderdeel van* de voordelen die toekomen aan de gebruikers. Indien dit de beoordeling is die de beleidsregel voor staat, dan zou dat ertoe leiden dat dergelijke maatschappelijke, publieke belangen niet op zichzelf kunnen worden meegewogen in het huidige toetsingskader, maar enkel indien de consument daar waarde aan hecht en voor zover de consument bereid is om daarvoor te betalen.

5.8 Wij zouden graag een nadere verduidelijking hierover in de toelichting opgenomen zien. Indien bovenstaande interpretatie juist is, wijzen wij erop dat dit tot onwenselijke uitkomsten kan (blijven) leiden bij toetsing van duurzaamheidsinitiatieven onder het derde lid. Bovendien ontstaat dan het risico van de zogenaamde *tragedy of the commons*, omdat aan de publieke, maatschappelijke belangen geen zelfstandige betekenis toekomt binnen het beoordelingskader zoals nu door ACM gehandhaafd.

5.9 In algemene zin geldt dat bij een brede interpretatie, zonder wettelijke verankering van het publieke belang van duurzaamheid, moet worden gewaakt voor het hierboven genoemde risico van een *false sense of security* voor ondernemingen. Daarmee bedoelen wij dat bedacht moet worden dat het toelaatbaar oordelen van een samenwerking door ACM, dan niet betekent dat dit ook in andere landen of op Europees niveau het geval is.

6 Toelichting voorgestelde methodologie (par. 4 toelichting)

6.1 De toelichting stelt een aantal mogelijke soorten methodieken voor die ondernemingen kunnen gebruiken bij het kwantificeren van effecten die geen marktprijs hebben. Zo worden methodieken genoemd om de betalingsbereidheid van consumenten te bepalen: de zgn. *willingness to pay* methode en methodieken die consumentengedrag bepalen door te kijken wat consumenten doen bij verschillende prijzen voor meer of minder duurzame producten.

6.2 Deze methodieken laten naar onze mening zien hoe 'gekunsteld' het is om bepaalde primair niet-economische effecten of voordelen te kwantificeren en te laten passen in het beoordelingskader van het derde lid. De prijs die de consument wil betalen blijft centraal staan. Dit staat haaks op het bredere, overkoepelende belang van duurzaamheid en de daarbij behorende (publieke) belangen. De waarde die consumenten hechten aan verbeteringen ten behoeve van duurzaamheid zullen een beperkt, onvolledig en mogelijk ook vertekend beeld geven van de volle omvang van de (te bewerkstelligen) voordelen. Zoals eerder opgemerkt is de (individuele) consument ook niet *best placed* om die voordelen te waarderen en af te wegen.

6.3 Bovendien is discutabel of de genoemde methodiek van toetsing in winkel een duidelijke uitkomst zal geven. Er wordt namelijk geen rekening gehouden met de genoemde wenselijkheid van een gezamenlijke draagplicht voor de kosten van duurzaamheid. Sterker nog, indien consumenten bereid zijn om te betalen voor duurzame producten (waar in de genoemde voorbeelden goedkopere en duurdere, duurzame producten naast elkaar verkocht worden), is het de vraag is of samenwerking wel nodig is om duurzame producten op de markt te krijgen. Bovendien geeft de methodiek van de winkelopstelling geen uitsluitend beeld over hoe moet worden gekeken naar bijvoorbeeld een bredere samenwerking waarbij meer marktpartijen betrokken zijn en als gevolg waarvan de prijs van het duurzame product weliswaar omlaag gaat (door schaalvoordelen), maar de keuzemogelijkheid voor de consument wordt ingeperkt.

6.4 Het laatst genoemde alternatief - het gebruik van een maatschappelijke kosten en baten analyse - is geschikter om de voordelen die met duurzaamheidsinitiatieven gepaard kunnen gaan te waarderen en onderbouwen. De vraag is echter in hoeverre ACM in haar beoordeling alle voordelen die uit een dergelijke analyse komen, mee kan nemen in haar beoordeling onder lid 3. Op basis van het huidige kader - en het (consumenten)welvaartsbegrip dat daarbij centraal staat - lijkt dit slechts beperkt mogelijk; wij verwijzen naar het hierboven gestelde.

6.5 Wij menen dat een nadere toelichting gewenst is, specifiek op de verhouding tussen, enerzijds, de mogelijkheid om een maatschappelijke kosten en baten analyse in te brengen ter onderbouwing van de voordelen en, anderzijds, het beoordelingskader van ACM waarin de waarde die de consument aan de voordelen hecht, het uitgangspunt is.

7 Vraag 2: leer van de inherente beperkingen

- 7.1 "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."
- 7.2 Zoals hiervoor toegelicht, zijn wij van mening dat niet alle voordelen die met duurzaamheidsinitiatieven gepaard (kunnen) gaan, kunnen worden meegenomen in de beoordeling onder het derde lid van artikel 6 Mw.
- 7.3 Wij achten toepassing van de leer van de inherente beperkingen - een afweging onder het eerste lid - een geschikte(re) methode om duurzaamheidsinitiatieven te beoordelen. Hiermee wordt namelijk aan het aantonen van alle individuele criteria van het derde lid niet meer toegekomen. Een brede (en mogelijk gekunstelde) interpretatie van het te bewerkstelligen economisch voordeel, een positieve netto-effect voor directe gebruikers en het bestaan van restconcurrentie komen als individuele toets niet aan de orde onder het eerste lid. Dit is het belangrijkste voordeel van een beoordeling onder het eerste lid, omdat hiermee de kern van de problematiek - de discrepantie tussen duurzaamheid en (de economische benadering vanuit het mededingingsrecht van het begrip) (consumenten)welvaart - wordt weggenomen.
- 7.4 Toepassing van de leer van de inherente beperkingen gaat uit van een toetsing onder het eerste lid, waarbij - kort gezegd - dient te worden afgewogen of de eventuele beperkingen van de mededinging van een duurzaamheidsinitiatief *inherent* moeten worden geacht aan het bereiken van een doelstelling van algemeen belang (en op grond daarvan niet onder het kartelverbod vallen). Duurzaamheid zou daarbij het legitieme, publieke belang zijn dat een eventuele beperking van de mededinging rechtvaardigt.
- 7.5 Een wettelijke verankering van het publieke belang van duurzaamheid zou daarbij behulpzaam zijn, als grondslag voor de legitimiteit van duurzaamheid als algemeen belang - en daarmee de grond voor rechtvaardiging van een eventuele mededingingsbeperking. In de toelichting op de beleidsregel wordt ook gesteld dat in zaken waarin de leer van de inherente beperkingen werd toegepast, het publieke belang ook wel wettelijk gedefinieerd was. Dit is een taak van de overheid.
- 7.6 Toepassing van de leer van de inherente beperkingen zou naar onze mening niet leiden tot verkapte kartelafspraken onder de 'dekmantel' van duurzaamheid, omdat in het *inherent* zijn van de beperking een noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets besloten ligt.
- 7.7 De toelichting op de aangepaste beleidsregel stelt dat afspraken als geheel beoordeeld moeten worden. Dit lijkt een oproep te zijn voor een *rule of reason* aanpak met betrekking tot de toepassing van het eerste lid van artikel 6 Mw op duurzaamheidsinitiatieven. Het voordeel hiervan zou zijn dat niet hoeft te worden voldaan aan de strenge criteria van het derde lid. De vraag is echter of zonder een wettelijke basis ter onderbouwing van (de legitimiteit van) het publieke belang, ondernemingen die in Nederland kunnen uitgaan van een *rule of reason* analyse door ACM niet een risico lopen wat betreft de toetsing door andere mededingingsautoriteiten.
- 7.8 Of de afspraken daadwerkelijk ter bevordering van duurzaamheid zijn, zou tevens kunnen worden onderbouwd met een analyse van het - nieuw te introduceren - Duurzaamheidsloket (zie hierna onder par. 9).

8 Vraag 3: handhavingsbeleid ACM

- 8.1 *"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."*
- 8.2 De aanpassing van de beleidsregel is ingegeven door het feit dat een onwenselijke situatie is ontstaan, waarin ondernemingen duurzaamheidsinitiatieven niet ontplooiën, omdat de grenzen van het mededingingsrecht onduidelijk zijn en de handhavingspraktijk van ACM tot dusver eerder een afschrikwekkend dan bevorderend effect heeft.
- 8.3 ACM zou haar handhavingsbeleid kunnen aanpassen en eenzelfde handhavingsbeleid kunnen hanteren als zij ten aanzien van haar toezicht op samenwerkingen in de eerstelijnszorg hanteert. Bij een ontoelaatbaar geacht samenwerkingsverband, ontvangen partijen eerst een waarschuwing van ACM en zal niet meteen een boete worden opgelegd, indien gevolg wordt gegeven aan die waarschuwing. Er zou een termijn kunnen worden gegeven, waarbinnen partijen de samenwerking moeten bijstellen om die mededingingsrechtelijk toelaatbaar te maken.
- 8.4 Uiteraard dienen de voorwaarden en het kader van een dergelijk beleid nader worden uitgewerkt, dienen partijen onderbouwd aan te kunnen tonen dat duurzaamheid (en niet een verkapt kartel) het doel van de samenwerking was, etc.
- 8.5 De context, gemoeide belangen en stakeholders die betrokken zijn bij de eerstelijnszorg zijn niet geheel vergelijkbaar met die van samenwerkingen ten behoeve van duurzaamheid. Desalniettemin zal een dergelijke praktische aanpak naar onze inschatting wel het gewenste effect sorteren: een stimulans voor ondernemingen om samenwerkingen ten behoeve van duurzaamheid aan te gaan.

9 Vraag 4: oprichting Duurzaamheidsloket

- 9.1 *"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."*
- 9.2 De beleidsregel is van toepassing op "afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid" (artikel 2 van de beleidsregel).
- 9.3 Zoals hierboven toegelicht staat de huidige toetsing door ACM onder het derde lid maar een beperkte weging van duurzaamheidsbelangen toe. Bovendien kan de vraag gesteld worden of ACM wel de aangewezen instantie is om een afweging van (publieke) belangen te maken of dat die afweging aan de politiek voorbehouden moet zijn, nog daargelaten of ACM de middelen heeft om inhoudelijk te beoordelen of initiatieven echt ter bevordering van duurzaamheid zijn. Het onderbouwen van de bewerkstelligde voordelen door partijen zelf, aan de hand van een van de economische methoden genoemd in de toelichting of aan de hand van een zgn. impact meting is kostbaar. Zoals eerder opgemerkt is bovendien onduidelijk in hoeverre ACM de volledige impact c.q. voordelen van een samenwerking kan meenemen in haar beoordeling.
- 9.4 Wij zouden dan ook de suggestie willen doen om een adviserende instantie in het leven te roepen - het 'Duurzaamheidsloket' - waar ondernemingen hun samenwerking kunnen voorleggen en inhoudelijk op duurzaamheid kunnen laten toetsen. Dit Duurzaamheidsloket zou dan als

onafhankelijke adviescommissie kunnen fungeren die het verband tussen het initiatief en het nagestreefde duurzaamheidsbelang in kaart kan brengen, alsmede de te bewerkstelligen voordelen.

- 9.5 De output van het Duurzaamheidsloket zou (in ieder geval) een inhoudelijke analyse moeten bevatten over de vraag of de samenwerking daadwerkelijk ten behoeve is van duurzaamheid. Het publieke belang van duurzaamheid zou dan wettelijk verankerd (en ingekaderd) moeten zijn als uitgangspunt voor de analyse van het Duurzaamheidsloket. De analyse van het Duurzaamheidsloket zou dan een waardering kunnen bevatten of een duurzaamheidsinitiatief is ten behoeve van duurzaamheid, zoals dat door de politiek als legitiem belang is gedefinieerd. In ieder geval de causaliteit zou moeten worden getoetst. Daarbij dient uiteraard wel een duidelijke afbakening te bestaan van de mededingingsrechtelijke noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets van ACM.
- 9.6 Met een analyse van het Duurzaamheidsloket kunnen 'dekmantels' voor kartelafspraken worden voorkomen: zijn samenwerkingen wel echt ten behoeve van duurzaamheid en geen dekmantel voor kartelafspraken? Daarnaast zou het Duurzaamheidsloket de (maatschappelijke) voordelen c.q. effecten van de samenwerking ten behoeve van duurzaamheid in kaart moeten kunnen brengen.
- 9.7 De precieze vormgeving van het Duurzaamheidsloket zou nader moeten worden ingevuld. Onze suggesties beperken zich hier in eerste instantie tot het waarborgen van de onafhankelijkheid van het Duurzaamheidsloket: onafhankelijk ten opzichte van zowel ACM als de initiatief nemende partijen. Een analyse van het Duurzaamheidsloket zou aan de hand van objectieve, transparantie criteria moeten worden vormgegeven; wellicht vergelijkbaar met de wijze waarop een keurmerk aan een product wordt toegekend. Een 'positief oordeel' van het Duurzaamheidsloket over de samenwerking zou dan een bepaalde bewijskracht jegens ACM kunnen hebben.

N.B. Dit zal de beoordeling onder het derde lid onder het huidige kader (met name de eerste en twee voorwaarden) vergemakkelijken. Een positief oordeel van het Duurzaamheidsloket dat de samenwerking het legitieme algemeen belang (duurzaamheid) nastreeft, zoals wettelijk gedefinieerd, zou daarnaast ook een *rule of reason* aanpak door ACM helpen.

- 9.8 De samenstelling van het Duurzaamheidsloket zou multidisciplinair moeten zijn. Waarschijnlijk ook met uitzondering van (mededingings)juristen, om overlap met het toezicht van ACM te voorkomen. Kort gezegd zouden alle benodigde disciplines vertegenwoordigd moeten zijn om alle aspecten van duurzaamheid - in lijn met de zgn. *people planet profit* benadering - te kunnen toetsen.

10 Contactgegevens

VAN DOORNE
Postbus 75265
1070 AG Amsterdam
+31 20 6789 221
weide@vandoorne.com