

19. Toetsing door de ACM van duurzaamheidsinitiatieven na haar Conceptleidraad Duurzaamheidsafspraken

MR. DR. P. JANSEN EN MR. DRS. J.D. WEBER

De energietransitie is één van de drie belangrijkste onderwerpen op de agenda van de Autoriteit Consument & Markt (ACM) voor 2023. De ACM ziet voor zichzelf een duidelijke rol weggelegd om bij te dragen aan de energietransitie en verduurzaming, ook vanuit haar rol als toezichthouder op het gebied van het mededingingsrecht. De Conceptleidraad Duurzaamheidsafspraken van de ACM (Leidraad Duurzaamheidsafspraken) beoogt marktpartijen handvatten te bieden voor het beoordelen van de (mededingingsrechtelijke) toelaatbaarheid van duurzaamheidsafspraken. De Leidraad Duurzaamheidsafspraken, waarvan de ACM in januari 2021 een tweede versie publiceerde¹, is nog steeds een 'concept' maar is inmiddels al veelvuldig toegepast door de ACM bij de toetsing van duurzaamheidsafspraken.

1. Inleiding

In deze bijdrage zullen wij ingaan op een aantal recente Nederlandse duurzaamheidsinitiatieven om verduurzaming van productieprocessen of nieuwe duurzame producten of diensten te stimuleren die onlangs door de ACM aan de Leidraad Duurzaamheidsafspraken zijn getoetst. We gaan, concreet, in op i) een duurzaamheidsinitiatief van regionale netbeheerders voor het hanteren van een uniforme CO₂-verrekenprijs, ii) een samenwerking tussen Shell en TotalEnergies bij de opslag van CO₂ in lege gasvelden op de Noordzee, iii) een samenwerkingsafpraak tussen leden van de Tuinbranche Nederland om het gebruik van illegale gewasbeschermingsmiddelen tegen te gaan, en iv) een afspraak tussen frisdrankleveranciers om te stoppen met

het gebruik van plastic handgrepen op multipacks frisdrank en water.²

We zullen daarbij ook ingaan op de vraag of de ACM in de toepassing van haar Leidraad Duurzaamheidsafspraken ruimhartiger is dan de Europese Commissie (EC) vooralsnog lijkt te zijn bij het beoordelen van duurzaamheidsafspraken. Spoiler alert: dit is het geval.

2. Relevante context

In zijn recente essay 'What is fair and efficient in the face of climate change?' in de *Journal of Antitrust Enforcement* pleit Martijn Snoep, bestuursvoorzitter van de ACM, er voor dat een essentiële rol is weggelegd voor het mededingingsrecht in de strijd tegen klimaatverandering, door concurrenten toe te staan samen te werken bij het terugdringen van bijvoorbeeld de uitstoot van broeikasgassen.³ Daarmee neemt Snoep uitdrukkelijk stelling binnen een fundamenteel debat dat al enkele jaren speelt over de rol

1 Zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/2e-concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken-mogelijkheden-binnen-het-mededingingsrecht>. Daarin stelt de ACM, onder andere, dat i) voordelen die zich voordoen buiten de relevante markt kunnen worden meegeteld bij de compensatie van consumenten die nadeel ondervinden, in het bijzonder als het in wezen dezelfde groep betreft, ii) voordelen waar andere consumenten van genieten ook kunnen meetellen voor het billijk aandeel voor consumenten in het algemeen, en iii) een volledige vergoeding voor de consumenten die nadeel ondervinden niet verplicht is, maar dat zij slechts merkbare objectieve voordelen dienen te genieten. Zie tevens het ACM Legal Memo, 27 september 2021, 'What is meant by a fair share for consumers in article 101(3) TFEU in a sustainability context?', beschikbaar via: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/acm-fair-share-for-consumers-in-a-sustainability-context.pdf>

2 Voor elk van deze initiatieven heeft de ACM in informele beoordelingen deze afspraken getoetst aan de mededingingsregels en de (concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken. Enkele andere informele beoordelingen van duurzaamheidsafspraken door de ACM die niet hebben geleid tot een gepubliceerde zienswijze worden belicht in het artikel van mr. Wolberink van de ACM: C.L. Wolberink (2022): 'De Leidraad Duurzaamheidsafspraken in de praktijk – De eerste ervaringen met de Leidraad van de ACM', *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2022 (2).

3 M. Snoep, 'What is fair and efficient in the face of climate change?', *Journal of Antitrust Enforcement*, 2023, jnad001, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnad001>

die het mededingingsbeleid kan en zou moeten spelen in de context van duurzaamheidsinitiatieven.⁴

Volgens de meer klassieke school, waarvan de econoom Schinkel als voorbeeld kan dienen, zijn er meer prikkels voor bedrijven om ‘groene’ investeringen te doen als ze concurreren dan als ze samenwerken.⁵ Andere economen en juristen, zoals Dolmans, Holmes en dus ook Snoep, bestrijden de aanname dat consumenten bereid zouden zijn te betalen voor wat nodig is om klimaatschade te voorkomen.⁶ Ze accepteren dat waar consumenten bereid zijn om de volledige kosten van ‘groen gaan’ te betalen, mededinging in het algemeen een betere manier is om duurzame resultaten te bereiken. Dit scenario is echter de uitzondering in plaats van de regel, omdat dikwijls sprake is van marktfalen:

‘Producers and consumers impose costs on society – including climate change, large scale pollution, and loss of biodiversity – that are not included in the monetary price consumers pay. This leads to overconsumption and a “tragedy of the commons”, the degrading of our environment, due to overuse. These supply- and demand-side

market failures are hard to resolve – why should a supplier produce cleanly if that means higher costs and rivals taking market share; why should a consumer buy green at a higher price if the neighbours keep buying polluting goods?’⁷

De vraag is vervolgens hoe duurzaamheidsinitiatieven door middel van samenwerking in de praktijk worden beoordeeld. In hoeverre is het doel van verduurzaming daadwerkelijk een relevante factor in de handhaving van de mededingingsregels?⁸

Als we kijken naar de beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven door de ACM in het verleden – denk bijvoorbeeld aan het Energieakkoord, het verdoofd castreren van varkens, het Managementplan Garnalenvisserij, de Kip van Morgen en het Convenant duurzame kleding en textiel – dan valt op dat de handhaving van het mededingingsrecht door de ACM in grote mate was gebaseerd op bescherming van met name in kwantificeerbare termen gemeten consumentenwelvaart, waarbij het financiële voordeel aan directe en indirecte afnemers bepalend werd geacht.⁹ Daarbij kan, zoals de Kip van Morgen laat zien, de situatie zich voordoen dat de afnemer onvoldoende waarde hecht aan – en daarom niet bereid is voldoende te betalen voor – een product of dienst waarvoor de kosten van het vermijden van negatieve externaliteiten zijn doorberekend in de prijs. In dat geval achtte de ACM de mededingingsbeperking onvoldoende gerechtvaardigd, omdat de duurzaamheidsafspraken voor de consument netto geen voordelen met zich meebrachten.

Inmiddels waait er een andere wind, vooral op lidstatelijk niveau. Daarbij valt Europabreed op dat Nederland in de voorhoede meeloopt.¹⁰

Over de inhoud van de Leidraad Duurzaamheidsafspraken is al het nodige geschreven.¹¹ Kort samengevat wordt in de Leidraad Duurzaamheidsafspraken het uitgangspunt van de EC en (tot dan toe) de ACM, dat gebruikers meer profijt dan nadelen dienen te hebben van beperkende afspraken om van het kartelverbod te kunnen worden vrijgesteld,

- 4 Zie voor een overzicht van de discussie, P. Jansen, S. Beeston & L. van Acker, ‘The sustainability guidelines of the Netherlands Authority for Consumers and Markets: an impetus for a modern EU approach to sustainability and competition policy reflecting the principle that the polluter pays?’, 2022, (18)2 *European Competition Journal*, p. 287-327.
- 5 M. Schinkel & L. Treuren, ‘Corporate Social Responsibility by Joint Agreement’, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper (2021) 1; M. Schinkel & Y. Spiegel, ‘Can Collusion Promote Sustainable Consumption and Production?’, (2017), 53 *International Journal of Industrial Organization* 371. De argumentatie is dan dat als investeringen in duurzamere productiemethoden kostbaar zijn, bedrijven die worden toegestaan te coördineren een prikkel en de middelen hebben om hun investeringen te verlagen tot een niveau onder dat wat vereist is in een concurrerende markt. Zie M. Schinkel, ‘Sustainability Agreements and Antitrust: None of the Above’ (Chillin’Competition blog d.d. september 2021) <<https://chillingcompetition.com/2021/09/15/sustainability-agreements-and-antitrust-none-of-the-above-by-maarten-pieter-schinkel/>>. In lijn daarmee stellen wetenschappers zoals Loozen dat een strikte handhaving van de mededingingsregels in plaats van een flexibelere aanpak de manier is om welvaart te bevorderen. Zie E. Loozen, ‘Strict Competition Enforcement and Welfare: A Constitutional Perspective on Article 101 TFEU and Sustainability’, (2019), 56(5) *Common Market Law Review* 1265. Volgens Loozen moeten problemen van onderregulering worden aangepakt door de staat; E. Loozen, ‘Strict Competition Enforcement and Welfare: A Constitutional Perspective on Article 101 TFEU and Sustainability’, (2019), 56(5) *Common Market Law Review* 1265.
- 6 M. Dolmans, ‘Sustainability Agreements and Antitrust – Three Criteria to Distinguish Beneficial Cooperation from Greenwashing’, blog (9 september 2021) <<https://chillingcompetition.com/2021/09/09/sustainability-agreements-and-antitrust-three-criteria-to-distinguish-beneficial-cooperation-from-greenwashing-by-maurits-dolmans/>>; S. Holmes, ‘Climate Change, Sustainability, and Competition Law’, (2020), 8(2) *Journal of Antitrust Enforcement* 354; M. Snoep, ‘Speech Sustainability and Cooperation’, GCR Connect (28 april 2021) <<https://www.acm.nl/en/publications/speechsustainability-and-cooperation-martijn-snoep-gcr-connect-april-28-2021>>. Dolmans, Holmes en Snoep maken onderdeel uit van een veel bredere academische discussie, zie K. Majcher & V. Robertson, ‘The Twin Transition to a Green and Digital Economy: The Role for EU Competition Law’, 11 mei 2022, *Graz Law Working Paper* No. 05-2022, beschikbaar via <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4106485>>

- 7 M. Dolmans, ‘Sustainability Agreements and Antitrust – Three Criteria to Distinguish Beneficial Cooperation from Greenwashing’, blog (9 september 2021) <https://chillingcompetition.com/2021/09/09/sustainability-agreements-and-antitrust-three-criteria-to-distinguish-beneficial-cooperation-from-greenwashing-by-maurits-dolmans/>
- 8 K. Majcher & V. Robertson, ‘The Twin Transition to a Green and Digital Economy: The Role for EU Competition Law’, 11 mei 2022, *Graz Law Working Paper* No. 05-2022, beschikbaar via <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4106485>, p. 11.
- 9 P. Jansen & S. Beeston, ‘De Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken van de ACM: de ‘tragedy of the commons’ voorbij?’, *M&M* 2020/4-5, p. 136-151.
- 10 J. Malinauskaite, ‘Competition Law and Sustainability: EU and National Perspectives’, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 13, Issue 5, juli 2022, p. 336–348, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpac003>
- 11 Zie, bijvoorbeeld, alle bijdragen in de Special Issue 4-5 van *Markt & Mededinging*; zie bijvoorbeeld ook J. Blockx, ‘Duurzaamheidsafspraken en mededinging: stand van zaken aan de hand van de Concept Leidraad van de ACM’, *SEW: tijdschrift voor Europees en economisch recht*, ISSN 2213-7408 - 2(2021), p. 49-56.

onder omstandigheden losgelaten. Bij afspraken die op efficiënte wijze bijdragen aan het halen van concrete klimaatdoelen waar de Nederlandse overheid aan is gebonden, mogen volgens de ACM daarbij de voordelen voor de hele samenleving worden meegewogen en dus niet alleen de voordelen voor de consumenten of afnemers van het betreffende product.

De EC beweegt vooralsnog weinig mee. Hoewel zij in 2020 nog aangaf dat '[s]o the time has come to launch a European debate on how EU competition policy can best support the Green Deal',¹² ziet de EC, ook na haar publicatie van de herziene concepten van de horizontale groepsvrijstellingsverordeningen en -richtsnoeren, nog relatief weinig ruimte voor de mogelijkheid dat ondernemingen door samenwerking bijdragen aan duurzaamheid.¹³ Snoep merkt in bovengenoemd essay dan ook op dat de EC bij het beoordelen van duurzaamheidsvereenkomsten nog te veel focust op het compenseren van de nadelen voor de benadeelde consumenten. De ACM heeft op dit punt een duidelijke keuze gemaakt door de voordelen voor de samenleving als geheel daartegen af te wegen, en nodigt de EC uit om hetzelfde te doen.¹⁴

De EC heeft hiertoe een aanzet gegeven in haar conceptrichtsnoeren voor horizontale samenwerkingsovereenkomsten, maar geeft vooralsnog minder ruimte voor het meewegen van maatschappelijke voordelen dan de ACM.¹⁵

Met betrekking tot het criterium van een 'billijk aandeel' in art. 101 lid 3 Verdrag betreffende de werking van de

Europese Unie (VWEU) wordt in de conceptrichtsnoeren het volgende gesteld:

'Gebruikers ontvangen een billijk aandeel van de voordelen wanneer de aan de overeenkomst ontleende voordelen zwaarder wegen dan de schade die wordt veroorzaakt door diezelfde overeenkomst, zodat de globale invloed op de gebruikers in de betrokken markt ten minste neutraal is [...]. Duurzaamheidsvoordelen die voortvloeien uit de overeenkomsten, moeten worden gerelateerd aan de gebruikers van de producten waarop die overeenkomsten van toepassing zijn.'¹⁶

De EC stelt, in lijn daarmee, de eis dat er overlap is tussen de consumenten van het product en de begunstigden van de milieubaten. Het komt erop neer dat de consument die de nadelen van een afspraak ondervindt, ook (direct of indirect) de begunstigde moet zijn van de voordelen daarvan.

De EC haalt een voorbeeld aan van duurzaam geproduceerde kleding die in een ander werelddeel wordt geproduceerd.¹⁷ Er is in dat geval waarschijnlijk geen aanzienlijke overlap tussen de consumenten van de kleding en de begunstigden van de milieubaten, die zich volgens de EC 'alleen voordoen in het gebied waar het katoen wordt geteeld'. Daarom acht de EC het onwaarschijnlijk dat deze collectieve voordelen ten goede zouden komen aan de gebruikers op de relevante markt. Voor zover de consumenten bereid zijn meer te betalen als hun kleding van duurzaam geteeld katoen wordt gemaakt, kunnen de lokale milieubaten worden aangemerkt als voordelen voor de consumenten van de kleding.

Voorlopig is er dus geen sprake van uniformiteit van de afweging van collectieve duurzaamheidsvoordelen door de EC en de ACM.

In de hierna volgende bespreking van zienswijzen van de ACM met betrekking tot duurzaamheidsafspraken zullen wij onder andere ingaan op de vraag in hoeverre de in de Leidraad Duurzaamheidsafspraken geboden extra ruimte doorslaggevend is geweest en op de vraag in hoeverre de uitkomst verenigbaar is met het standpunt van de EC tot op heden. Dat laatste is relevant, omdat uit de arresten *Tele2 Polska*¹⁸ en *Schenker*¹⁹ volgt dat een nationale mededingingsautoriteit niet bevoegd is om vast te stellen dat art. 101 en 102 VWEU niet zijn geschonden; deze bevoegdheid is voorbehouden aan de EC. In het *Schenker*-arrest zegt het Hof hierover:

12 M. Vestager, 'The Green Deal and Competition Policy', Renew Webinar (22 september 2020) https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/green-dealand-competition-policy_en

13 In haar richtsnoeren uit 2004 over de toepassing van (nu) art. 101 lid 3 VWEU, hanteert de Europese Commissie (EC) een vrij traditionele visie door te vereisen dat gebruikers een zodanige fair share van de voordelen van de overeenkomst moeten ontvangen dat gebruikers volledig gecompenseerd worden voor elk negatief effect op hen dat wordt veroorzaakt door de mededingingsbeperking. Hoewel de herziene concepten van de horizontale groepsvrijstellingsverordeningen en -richtsnoeren enkele belangrijke veranderingen markeren, waaronder het feit dat wordt erkend dat veel duurzaamheidsinitiatieven buiten de reikwijdte van art. 101 lid 1 VWEU vallen en de EC het bestaan van buiten-de-markt-voordelen in de vorm van collectieve voordelen erkent, is dit anno 2023 weinig veranderd. Zie voor een overzicht: R. Inderst & S. Thomas, 'Sustainability Agreements in the European Commission's Draft Horizontal Guidelines' (25 maart 2022), beschikbaar via <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4069374>. Daarbij doet de 'meer economische aanpak', waarbij alleen de meetbare economische gevolgen van de handelingen van ondernemingen worden geanalyseerd met een focus op allocatieve efficiëntie, zich nog steeds voelen. Vanuit die benadering van het mededingingsrecht is het niet mogelijk rekening te houden met publieke belangen, zoals duurzaamheid, als deze niet kunnen worden uitgedrukt in termen van een parameter in de efficiëntieberekening van de onderneming.

14 M. Snoep, 'What is fair and efficient in the face of climate change?', *Journal of Antitrust Enforcement*, 2023, jnad001, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnad001>.

15 EC, 'Concept Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten', 2022/C 164/01.

16 EC, 'Concept Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten', 2022/C 164/01, par. 9.4.3, randnummer 588.

17 EC, 'Concept Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten', 2022/C 164/01, par. 9.4.3.3, randnummer 604.

18 HvJ EU 3 mei 2011, zaak C-375/09 (*Tele2 Polska*).

19 HvJ EU 18 juni 2013, zaak C-681/11 (*Schenker*).

‘Aangezien de nationale mededingingsautoriteiten niet bevoegd zijn tot vaststelling van een negatief besluit, dat wil zeggen een besluit waarbij wordt geoordeeld dat artikel 101 VWEU niet geschonden is (arrest van 3 mei 2011, *Tele2 Polska*, C-375/09, Jurispr. blz. I-3055, punten 19-30), kunnen zij bij ondernemingen geen gewettigd vertrouwen wekken dat hun gedrag geen inbreuk maakt op deze bepaling. Bovendien blijkt uit de formulering van de eerste vraag dat de nationale mededingingsautoriteit het gedrag van de in het hoofdgeding betrokken ondernemingen slechts heeft getoetst vanuit het oogpunt van het nationale mededingingsrecht.

Op de eerste vraag moet dus worden geantwoord dat artikel 101 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een onderneming die op deze bepaling inbreuk heeft gemaakt, niet aan de oplegging van een geldboete kan ontkomen wanneer de inbreuk het gevolg is van het feit dat deze onderneming ten aanzien van de rechtmatigheid van haar gedrag heeft gedwaald wegens de strekking van een juridisch advies van een advocaat of van een besluit van een nationale mededingingsautoriteit.

De EC kan dus, in weerwil van een dergelijk besluit van een nationale mededingingsautoriteit, handhavend optreden en een boete opleggen.

3. Duurzaamheidsinitiatief voor gezamenlijke CO₂-prijzen

3.1 Afspraak

De regionale netbeheerders van Nederland, waaronder Enexis, Liander en Stedin, hebben een afspraak aan de ACM voorgelegd om samen hun CO₂-uitstoot te verminderen. Zoals door de ACM toegelicht in haar begeleidende tekst bij de publicatie van het besluit, draagt deze afspraak bij aan de energietransitie doordat het afspreken van een uniforme CO₂-verrekenprijs het aantrekkelijker kan maken om investeringen te doen die leiden tot minder CO₂-uitstoot. Door een uniforme CO₂-verrekenprijs te hanteren voor investeringen in de elektriciteitsnetten wordt duurzaamheid zwaarder meegewogen bij hun investeringsbeslissingen en aanbestedingen.

Ook bij een hogere prijs voor CO₂ wegen de duurzaamheidsbaten op tegen de mogelijke kosten voor gebruikers

Afgesproken is een gezamenlijke CO₂-verrekenprijs te gaan toepassen bij inkoop- en investeringsbeslissingen, startend met een prijs van € 50 per ton CO₂, met vervolgens een jaarlijkse bijstelling na evaluatie. Om de hoogte van de gezamenlijke CO₂-verrekenprijs te bepalen, sluiten de netbeheerders aan bij de meest recent beschikbare efficiënte CO₂-prijzen gebaseerd op de preventiekostenmethode van het Centraal Planbureau (CPB) en het Planbureau voor de

Leefomgeving (PBL). Een efficiënte prijs is de maatschappelijke waardering van de benodigde CO₂-uitstootreductie tot het niveau dat is vastgesteld als doelstelling van het Nederlandse klimaatbeleid tegen zo laag mogelijke (maatschappelijke) kosten. De verrekenprijs wordt volgens een groeimodel verhoogd, waarmee de CO₂-prijs in lijn blijft met de huidige prijs voor een ton CO₂ in de internationale CO₂-emissiehandel ETS (*Emissions Trading System*). De netbeheerders verwachten met deze samenwerking bij te dragen aan de verduurzaming van de energiesector.

Hiermee sluiten de netbeheerders aan bij de benadering van de ACM voor het maatschappelijk op geld waarden van de voordelen van milieuschadeafspraken in de Leidraad Duurzaamheidsafspraken.²⁰

3.2 Zienswijze ACM

De ACM heeft het initiatief van de Netbeheerders om samen te gaan werken aan het verminderen van de CO₂-uitstoot goedgekeurd.

Eerst gaat de ACM in op de vraag of art. 6 lid 1 Mededingingswet (Mw) van toepassing is. In elke regio van Nederland is namelijk maar één netbeheerder actief. De regionale netbeheerders staan dus niet in directe concurrentie met elkaar in de ‘normale’ betekenis van dit begrip. Wel concurreren zij op kosten op een indirecte wijze. De reden daarvan is dat zij aan sectorspecifieke regulering zijn onderworpen die is gebaseerd op maatstafconcurrentie, die een prikkel geeft om kosten te minimaliseren. Gereguleerde netwerktarieven worden bepaald op basis van kostengegevens van alle regionale netbeheerders, hetgeen een voordeel oplevert voor een regionale netbeheerder die erin slaagt zijn kosten meer te beperken dan de andere regionale netbeheerders. Ten gevolge hiervan hebben regionale netbeheerders een prikkel om hun kosten te minimaliseren.

De aanvangsprijs van € 50 per ton CO₂ leidt volgens de ACM niet tot een merkbaar effect op de kosten en daarmee de tarieven van netbeheerders. De ACM sluit echter niet uit dat op de langere termijn, bij hogere gezamenlijke CO₂-verrekenprijzen van bijvoorbeeld € 200 per ton CO₂ of meer, de mededinging wel merkbaar kan worden beperkt.

De ACM voert daarom een beoordeling uit op grond van art. 6 lid 3 Mw en past de concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken toe op de voorgenomen afspraak. De ACM heeft de afspraak niet op basis van art. 101 VWEU beoordeeld omdat zij het onwaarschijnlijk acht dat de afspraak de handel tussen de lidstaten beïnvloedt, aangezien de afspraak i) alleen gereguleerde maatstafconcurrentie betreft, en ii) er belangrijke toetredingsdrempels zijn. De ACM concludeert dat ook bij een hogere prijs voor CO₂ de duurzaamheidsbaten opwegen tegen de mogelijke kosten voor gebruikers. Alle gebruikers van energie hebben voordeel van de afspraak als de CO₂-uitstoot minder wordt. De

²⁰ Zie par. 58 van de Leidraad Duurzaamheidsafspraken.

ACM ziet verder dat samenwerking noodzakelijk is om dit voordeel te behalen en dat er bovendien voldoende ruimte blijft voor concurrentie. Daarom valt deze samenwerking onder de uitzondering van het kartelverbod en mogen de netbeheerders op dit punt samenwerken.

Ten slotte besteedt de ACM in deze zienswijze aandacht aan de vraag of de afspraak de handel tussen de lidstaten zou kunnen beïnvloeden, met het oog op de toepassing van art. 101 VWEU. De ACM acht het onwaarschijnlijk dat de afspraak de handel tussen de lidstaten beïnvloedt, omdat de afspraak alleen gereguleerde maatstafconcurrentie betreft en er belangrijke toetredingsdrempels zijn voor regionale netbeheerders.

4. Samenwerkingsafpraak over de opslag van CO₂ in lege gasvelden op de Noordzee

4.1 Afspraak

Een andere samenwerkingsafpraak die door de ACM is beoordeeld is een samenwerking tussen Shell en TotalEnergies. Zij hebben de ACM om een informele beoordeling gevraagd van hun beoogde samenwerking op het gebied van CO₂-afvang en -opslag – zogenaamde CCS-diensten, waarbij CCS staat voor *carbon capture and storage*.²¹ Deze samenwerking draagt bij aan de energietransitie omdat het gaat om een CO₂-reducerende techniek.

Deze samenwerkingsafpraak over CO₂-opslag maakt deel uit van een bredere samenwerking voor de levering van grootschalige CCS-diensten in lege gasvelden onder het Nederlandse deel van het continentaal plat op de Noordzee aan CO₂-uitstoters in Nederland (*Project Aramis*), waarbij ook de twee staatsbedrijven Gasunie en Energie Beheer Nederland (EBN) betrokken zijn.

De samenwerking bestaat uit twee fasen. De eerste fase is een initiatief voor gezamenlijke marketing (*Joint Marketing Initiative*, JMI) waarbij de nadruk ligt op gezamenlijke productie en gezamenlijke marketing. Gezamenlijke productie houdt in dit geval, kort gezegd, in: het beschikbaar stellen van gedeelde infrastructuur. Gezamenlijke marketing houdt in dat partijen gezamenlijk CCS-diensten aanbieden voor een gezamenlijk bepaald tarief totdat het volume van 5 miljoen ton per jaar (*million tons per annum*, MTPA) is behaald waarmee de investering in het project kan worden gedekt. Partijen verwachten dat de duur van deze fase 18 tot 24 maanden zal zijn. Dit is de tijd die partijen verwachten nodig te hebben voor het afsluiten van Transport en Opslag Overeenkomsten (*Transport and Storage Agreements*, TSA) met afnemers tot het hierboven genoemde opstartvolume is behaald. Het gezamenlijk tarief zou geldig zijn voor een periode van 15 aaneengesloten jaren van CCS-diensten voor een overeengekomen volume per jaar, een duur die aansluit bij de duur van 15 jaar waarvoor subsidies worden toegekend op basis van de Stimule-

ring Duurzame Energieproductie en Klimaattransitie subsidies van 2022 (SDE++-subsidies 2022).

In de tweede fase zal de resterende capaciteit van de hoofdpijpleiding worden gebruikt door partijen en derden om CCS-diensten te leveren in onderlinge concurrentie. In deze tweede fase krijgen derden gereguleerde toegang tot de infrastructuur van Project Aramis op basis van de Mijnbouwwet en onder redelijke, open en non-discriminatoire voorwaarden. Indien in deze tweede fase de transport- en opslagprijzen zullen dalen, zal aan de afnemers uit de eerste fase hetzelfde lage tarief worden aangeboden op basis van een clausule in de contracten.

4.2. Zienswijze ACM

Voordat de ACM een individuele toets van de samenwerking uitvoerde, heeft de ACM eerst overwogen of de samenwerking mogelijk buiten de reikwijdte van het kartelverbod valt, of onder een groepsvrijstelling kan worden geschaard. Als de samenwerking inhoudelijk onder een groepsvrijstelling zou vallen en partijen de marktaandeeldrempels niet overschrijden, zouden partijen zich in een ‘veilige zone’ bevinden, waardoor een uitgebreide toets aan de voorwaarden voor een vrijstelling op basis van art. 6 lid 3 Mw en art. 101 VWEU niet noodzakelijk zou zijn.

Partijen hadden ten eerste betoogd dat de samenwerking mogelijk buiten de reikwijdte van art. 6 lid 1 Mw en art. 101 lid 1 VWEU zou vallen aangezien met de samenwerking door innovatie een nieuwe markt zou worden gecreëerd. De ACM kon echter de mogelijkheid niet uitsluiten dat met deze samenwerking de mededinging op de markt voor het aanbieden van CCS-diensten door de samenwerking merkbaar beperkt zou worden, gezien de reikwijdte van de beperkingen – bijvoorbeeld het gezamenlijk bepalen van de prijs, capaciteit en kwaliteit, alsook de looptijd van 15 jaar van de contracten. De ACM heeft daarom haar beoordeling gebaseerd op de aanname dat de samenwerking mogelijk mededingingsbeperkend is.

Partijen hadden daarnaast (subsidiar) betoogd dat het JMI zou kunnen worden vrijgesteld op basis van de groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten, omdat de samenwerking zou kwalificeren als een gezamenlijke productie-overeenkomst die ook voorziet in gezamenlijke distributie en marketing. Op basis van de geschatte marktaandelen – partijen vertegenwoordigden mogelijk ongeveer 20,4% van de Nederlandse markt voor CCS-diensten in 2026-2027 aan de aanbodzijde – kon echter niet met zekerheid worden gezegd dat de samenwerking onder een groepsvrijstelling zou vallen.

De ACM heeft de samenwerking daarom beoordeeld op basis van de wettelijke vrijstelling op grond van art. 6 lid 3 Mw en art. 101 lid 3 VWEU.

De ACM concludeert in dat verband dat het JMI de vereiste efficiëntievoordelen oplevert in de vorm van kostenbesparingen door het vermijden van een tweede infrastructuur,

21 Zienswijze ACM 27 juni 2022, kenmerk ACM/UITNZP/001448.

het bieden van schaalvoordelen en synergievoordelen, en het verkleinen van risico's, terwijl er tegelijkertijd een innovatieve markt voor CCS-diensten in Nederland wordt gecreëerd.²² Ook wijst de ACM er in dit verband op dat de samenwerking objectieve duurzaamheidsvoordelen biedt, zoals gesteld in de Leidraad Duurzaamheidsafspraken, door een extra mogelijkheid te bieden voor het verlagen van CO₂-emissies, zonder de daarvoor bestaande alternatieven aan te tasten.²³ De ACM kwalificeert de samenwerking als een 'milieuschadeafpraak' in de zin van haar Leidraad Duurzaamheidsafspraken: een afspraak die betrekking heeft op het verminderen van negatieve externe effecten en, daardoor, op een efficiënter gebruik van natuurlijke hulpbronnen.²⁴

Wat betreft het aandeel van de voordelen dat de gebruikers ten goede komt, concludeert de ACM dat de gebruikers – in dit geval de uitstoters van CO₂ – door de samenwerking over een extra mogelijkheid zullen beschikken om hun CO₂-emissies te verlagen, die anders waarschijnlijk niet beschikbaar zou zijn, of tegen hogere kosten. De ACM merkt daarbij op dat, zelfs als de afnemers (uitstoters) slechter af zouden zijn, de kans groot is, op basis van een grove schatting, dat de voordelen voor consumenten en de samenleving opwegen tegen de negatieve effecten voor consumenten.

Door de samenwerking beschikken de gebruikers over een extra mogelijkheid om hun CO₂-emissies te verlagen

Deze overweging, die overigens in dit geval niet strikt noodzakelijk was, omdat de ACM al had geconcludeerd dat er geen nadelen zijn voor de consument, is illustratief voor de veranderende afweging van belangen door de ACM ten opzichte van het verleden: er wordt bij deze afweging niet alleen rekening gehouden met de voor- en nadelen voor de gebruikers of consumenten van het product, maar ook met de verwachte voordelen voor de samenleving als geheel.

De ACM geeft aan hiervan een 'grote schatting' te hebben gemaakt, waarbij zij in het midden laat hoe deze schatting gemaakt is, en stelt dat de toepassing van het billijk aandeel-criterium zich niet leent voor een kwantitatieve schatting van de kosten en baten in dit specifieke scenario.²⁵ Een dergelijke kwantitatieve schatting hoeft volgens de concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken in dit geval

ook niet te worden gemaakt, omdat het marktaandeel van de JMI mogelijk lager dan 30% is.²⁶

Op dit punt is duidelijk sprake van voortschrijdend inzicht bij de ACM. Deze benadering staat in contrast met bijvoorbeeld de notitie die de ACM in 2013 publiceerde over de voorgenomen sluiting van kolencentrales naar aanleiding van het energieakkoord.²⁷ Er was geen sprake van een marktaandeelgrens waaronder een kwantitatieve schatting niet hoefde te worden gemaakt. De ACM concludeerde op basis van een kwantitatieve kostenberekening (die beperkt leek te zijn tot Nederland) dat het van de afspraak te verwachten prijsnadeel voor de elektriciteitsverbruikers aanmerkelijk hoger kon uitvallen dan de waarde die aan de positieve milieueffecten werd toegekend. Op basis hiervan adviseerde de ACM negatief over het voornemen om de kolencentrales te sluiten. Henk Don, destijds bestuurslid bij de ACM, lichtte daarbij toe:

'Wij hebben geconstateerd dat de afspraak van de energiebedrijven leidt tot nadelen voor de consument. Door de afspraak stijgt de energierekening van consumenten omdat de productiecapaciteit wordt beperkt. Daarbij hebben wij vastgesteld dat de door partijen aangedragen voordelen voor het milieu te beperkt zijn om die nadelen te compenseren.'²⁸

Een dergelijke afweging zou nu anders uit kunnen vallen.

De onmisbaarheid van de mededingingsbeperkingen is getoetst door middel van alternatieve *counterfactual* scenario's, waarbij elke partij zelfstandig opslagcapaciteit aan zal bieden of partijen met gebruik van een gezamenlijke infrastructuur de capaciteit separaat zullen verkopen. Deze scenario's worden niet realistisch geacht, omdat partijen aangeven afzonderlijk niet binnen dezelfde periode tegen vergelijkbare kosten over de nodige capaciteit te kunnen beschikken, en bovendien niet het vereiste investeringsrendement te kunnen realiseren indien de investeringen en de risico's niet door partijen worden gedeeld. Ook de leveringszekerheid zou volgens partijen in het gedrang kunnen komen, als zij niet automatisch voor elkaar zouden instaan. Partijen hebben betoogd dat de mededingingsbeperkingen die de gezamenlijke verkoop met een gezamenlijke prijsstelling met zich meebrengt tot een minimum worden beperkt doordat de samenwerking niet afdoet aan alle bestaande mogelijkheden, zoals het kopen van ETS-rechten. Hierdoor worden de prijzen die partijen zouden kunnen vragen ingeperkt. Daarnaast wordt gewezen op de controle vanuit de overheid op basis van de SDE++-subsidie – waaronder een

22 Zienswijze ACM 27 juni 2022, kenmerk ACM/UITNZP/001448, p. 7.

23 Zienswijze ACM 27 juni 2022, kenmerk ACM/UITNZP/001448, p. 7.

24 Zienswijze ACM 27 juni 2022, kenmerk ACM/UITNZP/001448, p. 7, en (concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken, p. 6.

25 Zienswijze ACM 27 juni 2022, kenmerk ACM/UITNZP/001448, p. 7.

26 Tweede concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken, par. 55: 'Wanneer duurzaamheidsafspraken worden gemaakt door ondernemingen met een gezamenlijk marktaandeel van niet meer dan 30%, dan volstaat een kwalitatieve afweging.'

27 Notitie ACM over sluiting vijf kolencentrales, in SER Energieakkoord, gepubliceerd door de ACM op 6 september 2013.

28 Nieuwsbericht van de ACM van 26 september 2013, 'Afspraak sluiting kolencentrales is nadelig voor consument'.

kostenbeoordeling, een vergelijking met andere aanvragers en een maximumbedrag voor de subsidie per ton CO₂.

De ACM oordeelt ten slotte dat de mededinging door de samenwerking niet wordt uitgeschakeld, omdat het JMI alleen ziet op de eerste 5 MTPA van de totale hoofdleiding van 22 MTPA, terwijl de resterende capaciteit van het project tegen non-discriminatoire voorwaarden beschikbaar zal zijn voor derden. Een deel van de capaciteit zal door partijen zelf worden gebruikt; dit cijfer is volledig geanonimiseerd en zelfs niet met een bandbreedte weergegeven.

5. Duurzaamheidsafpraak vermindering illegale bestrijdingsmiddelen in tuinbranche

5.1 Afspraak

Leden van de Tuinbranche Nederland (TBNL) hebben aan de ACM een afspraak voorgelegd om het gebruik van illegale gewasbeschermingsmiddelen binnen de sierteeltsector in Nederland tegen te gaan door deelnemende retailers een clause te laten opnemen in hun inkoopvoorwaarden, waarmee door middel van een vrijwaring de kosten voor niet-naleving van de wettelijke regels met betrekking tot het gebruik van verboden stoffen in de teelt bij de kweker worden neergelegd. Deze clause luidt:

‘De Leverancier is aansprakelijk voor en vrijwaart de Koper tegen alle schade die de Koper mocht lijden vanwege de aanwezigheid van verboden stoffen (in de betreffende teelt) in de door hem geleverde zaak.’

Daarnaast wordt een handhavingsmechanisme geïntroduceerd dat inhoudt dat bij het aantreffen van een bepaalde concentratie van verboden middelen een aantal stappen wordt genomen. Tuincentra testen planten willekeurig bij geaccrediteerde laboratoria. Planten waarop verboden stoffen in een bepaalde concentratie worden aangetroffen worden geweigerd. In dat geval wordt de leverancier of kweker geïnformeerd en wordt de betreffende plantsoort van die leverancier of kweker uit de schappen verwijderd. Bij een volgende levering moet de kweker verklaren dat hij de verboden stoffen niet meer gebruikt, en aantonen welke maatregelen hij heeft genomen om herhaling te voorkomen. Het tuincentrum test opnieuw om te controleren op verboden middelen en indien die niet worden aangetroffen, mag de kweker de betreffende plantsoort weer gaan leveren. Als een illegaal bestrijdingsmiddel herhaald wordt aangetroffen, worden ook andere aangesloten tuincentra geïnformeerd en zullen zij ook de bovengenoemde stappen nemen voordat zij weer handelen met de betreffende leverancier of kweker van de betreffende plantsoort. De bevindingen worden gemeld op basis van het MPS/Global GAP certificatieschema en bij de Nederlandse Voedsel en Warenautoriteit (NVWA).

5.2 Zienwijze ACM

Het gaat bij dit initiatief om afspraken tussen concurrenten over het tijdelijk uitsluiten van leveranciers, met het effect

– maar niet het doel – de concurrentie te beperken. De ACM beoordeelt deze afspraak positief, omdat concurrentie op basis van ongeoorloofde praktijken (zoals het gebruik van illegale pesticiden) niet de bescherming van onze mededingingswetten verdient. Anders gezegd, de counterfactual ten opzichte waarvan de afspraak wordt getoetst, dient volledige naleving van de wet te veronderstellen. In dat geval brengt deze afspraak geen concurrentiebeperking met zich mee: de concurrentiebeperking ziet namelijk alleen op ‘ongeoorloofde concurrentie’.

6. Gezamenlijke afspraak tussen frisdrankleveranciers over afschaffen plastic handgreep

6.1 Afspraak

Tot slot keurde de ACM de afspraak goed tussen frisdrankleveranciers, waaronder Coca-Cola en Vrumona, en supermarkten Albert Heijn en Jumbo om niet langer een plastic handgreep op de multipacks frisdrank aan te brengen.

Een multipack frisdrank bestaat bijvoorbeeld uit zes flessen frisdrank, verpakt in plastic met een handgreep bovenop. Door geen handgreep meer toe te voegen aan de verpakkingen, wordt de verpakking beter recyclebaar en is minder plastic nodig. Door gezamenlijk afspraken te maken, heeft volgens de initiatiefnemers straks meer dan 70% van deze multipacks geen handgreep.

6.2 Zienwijze

De leveranciers hebben eerst zelf beoordeeld of de afspraak aan de regels voldeed en vervolgens heeft Coca-Cola om een oordeel van de ACM gevraagd. Bij de beoordeling heeft de ACM gekeken of de afspraak de concurrentie negatief beïnvloedt en nadelig is voor consumenten, zoals door hogere prijzen of een slechter aanbod.

Bedrijven moeten eerlijk zijn over duurzaamheid en mogen alleen duidelijke, juiste en relevante duurzaamheidsclaims gebruiken

De ACM heeft vastgesteld dat dit niet het geval is, omdat de leveranciers hebben aangegeven dat het gemak van de handgrepen geen rol speelt in het concurrentieproces en er uit tests geen andere signalen naar voren zijn gekomen. Bovendien vindt de ACM het belangrijk dat bedrijven ruimte hebben om hun eigen duurzame keuzes te maken. De afspraak is daarom toegestaan, omdat deze valt onder twee categorieën van afspraken die niet concurrentiebeperkend zijn: afspraken die ondernemingen stimuleren om een positieve bijdrage aan een duurzaamheidsdoel te leveren zonder verplichtend karakter en afspraken die een kwaliteitsverbetering van producten beogen, waarbij bepaalde minder duurzaam geproduceerde producten niet meer verkocht worden.

De ACM heeft de frisdrankleveranciers wel op de algemene uitgangspunten voor duurzaamheidsclaims gewezen, die staan in de Leidraad Duurzaamheidsclaims. Hierin staat dat bedrijven eerlijk moeten zijn over duurzaamheid en alleen duidelijke, juiste en relevante duurzaamheidsclaims mogen gebruiken.

7. Analyse

Uit de hier besproken zienswijzen, in onderlinge samenhang bezien, kunnen drie conclusies worden getrokken met betrekking tot de afweging van de ACM van de voor- en nadelen van een samenwerking.

Ten eerste ziet de ACM expliciet een taak voor zichzelf weggelegd op het gebied van de energietransitie. In de woorden van de ACM:

‘De ACM wil de juiste voorwaarden scheppen om de energietransitie en verduurzaming te bevorderen. De ACM neemt belemmeringen weg en geeft ruimte waar dat kan. Dit geldt niet alleen voor het maken van duurzaamheidsafspraken maar bijvoorbeeld ook door netbeheerders toestemming te geven om te experimenteren met alternatieve energiebronnen.’²⁹

Ten tweede wordt bij een samenwerking op het gebied van duurzaamheid, die (ook) voordelen meebrengt voor anderen dan de specifieke consument van het betreffende product of de betreffende dienst, door de ACM het eventuele nadeel van de consument afgewogen tegen de voordelen voor de samenleving als geheel. In die afweging kan dus ook volledig rekening worden gehouden met (milieu)voordelen die ten goede komen aan derden die niet de afnemer of consument zijn van het betreffende product of de betreffende dienst.

Ten derde wordt uitdrukkelijk geen bescherming verleend aan ‘ongeoorloofde concurrentie’, doordat een product in strijd met de wet is vervaardigd (bijvoorbeeld doordat daarbij illegale bestrijdingsmiddelen zijn gebruikt). De nadelen voor overtreders worden niet meegewogen en afspraken waarmee producten worden geweerd die niet aan de wettelijke eisen voldoen, zijn niet in strijd met de mededingingsregels. Dit is overigens ook relevant voor zaken waarbij van een duurzaamheidsaspect geen sprake is.

De mogelijkheid voor het verkrijgen van een informele zienswijze met betrekking tot samenwerkingsafspraken op het gebied van duurzaamheid kan bijdragen aan de realisatie van dergelijke initiatieven, omdat het handhavingsrisico hierdoor wordt beperkt. Op basis van de analyse van de ACM kan een handhavingsrisico van de EC echter niet

volledig worden uitgesloten, omdat de ACM in verschillende opiniestukken expliciet aangeeft dat zij bij het afwegen van voor- en nadelen van de gevolgen van duurzaamheidsafspraken voor de concurrentie meer waarde hecht aan de voordelen voor de samenleving als geheel dan de EC.³⁰

Dat kan met zich brengen dat een positieve beoordeling van de ACM niet betekent dat de EC met betrekking tot dezelfde samenwerking ook tot een positief oordeel zou komen. De hier beschreven informele zienswijzen van de ACM zijn in dit opzicht geen grensgevallen: alhoewel de Leidraad Duurzaamheidsafspraken wordt gebruikt om de conclusies van de ACM te ondersteunen, is het aannemelijk dat deze afspraken ook zonder de Leidraad Duurzaamheidsafspraken positief konden worden beoordeeld, op basis van het feit dat het gaat om een innovatieve samenwerking waarmee een nieuwe markt wordt gecreëerd, de duidelijke voordelen van de samenwerking en de zeer beperkte nadelen daarvan.

Met de Leidraad Duurzaamheidsafspraken in de hand komt de ACM sneller tot een positieve beoordeling van samenwerkingsafspraken op het gebied van duurzaamheid dan voorheen. Het is echter mogelijk dat de EC hierbij een andere (minder ruimhartige) afweging zou maken. Dat zou het geval kunnen zijn in zaken waarbij de wijze waarop (duurzaamheids)voordelen voor anderen dan de consument of afnemer worden meegewogen doorslaggevend zou zijn voor het oordeel van de ACM, althans de EC, over een samenwerking. In dergelijke gevallen zou de EC tot een ander oordeel kunnen komen dan de ACM, omdat de EC de (duurzaamheids)voordelen voor anderen dan de consument of afnemer minder zwaar meeweegt dan de ACM. Dit verschil kan dus in theorie een risico meebrengen voor marktdeelnemers indien zij alleen de ACM, en niet de EC hebben geconsulteerd over hun plannen, en die plannen een effect op de handel tussen lidstaten kunnen hebben.³¹

Dit artikel is afgesloten op 21 februari 2023.

Over de auteurs

Mr. dr. P. (Pim) Jansen

Associate Professor ‘Innovation of Public Law’ aan de Erasmus School of Law en advocaat Europees en mededingingsrecht bij Van Doorne.

Mr. drs. J.D. (Jitske) Weber

Advocaat Europees en mededingingsrecht bij Van Doorne.

²⁹ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/shell-en-totalenergies-mogen-samenwerken-bij-de-co2-opslag-lege-gasvelden-op-de-noordzee> (bericht bij publicatie van de zienswijze over de samenwerking tussen Total en Shell op het gebied van CO₂-opslag).

³⁰ Zie bijvoorbeeld: M. Snoep, ‘What is fair and efficient in the face of climate change?’, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2023, jnad001, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnad001>; reactie ACM op Europese consultatie ‘consumenten en duurzaamheid’, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-09/acm-bijdrage-aan-consultatie-consumer-and-green-transition.pdf>

³¹ Zoals gesuggereerd door Eric Janssen in zijn blog van 20 oktober 2022, kan de Commissie op basis van haar Mededeling informele adviezen om een informele ‘guidance letter’ worden gevraagd.