

Autoriteit Consument en Markt
Postbus 16326
2500 BH Den Haag



Datum 1 oktober 2020
Inzake Reactie consultatie Leidraad
Duurzaamheidsafspraken

Geachte dames en heren,

Het team Europees- en Mededingingsrecht van Van Doorne heeft met belangstelling kennis genomen van de conceptversie van de Leidraad Duurzaamheidsafspraken (de "Leidraad"). Wij danken de Autoriteit Consument en Markt (ACM) voor de mogelijkheid daarop te kunnen reageren.¹

Met de Leidraad moedigt de ACM allereerst duurzaamheidsafspraken aan door een verduidelijking van haar visie over welke initiatieven mogelijk zijn. Dit is wat ons betreft op zichzelf lovenswaardig. Verder zoekt de ACM meer ruimte op binnen het derde lid van artikel 6 Mw en daarmee, indirect, ook van artikel 101 VWEU. Zij verduidelijkt welke voordelen aan welke partijen relevant zijn voor de beoordeling en creëert een vermoeden van geldigheid voor bepaalde overeenkomsten.

Wij zijn van mening dat er ruimte is binnen het mededingingsrecht dit te doen, ondanks de restrictieve aanpak die de Europese Commissie en de ACM tot op heden lijken te hebben gekozen ten aanzien van het waarborgen van niet-zuiver mededingingsgerelateerde belangen. Verder biedt het feit dat in sommige gevallen een kwalitatieve onderbouwing van de voor- en nadelen van de duurzaamheidsafspraken voldoende is, meer ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven.

Tegelijkertijd signaleren wij een aantal aandachtspunten die wij in deze reactie graag uiteen zetten. Deze aandachtspunten hebben betrekking op de volgende onderwerpen:

- 1 De structuur/opbouw van de Leidraad
- 2 Onderscheid binnen duurzaamheidsafspraken
- 3 Een gebrek van rekenschap van eventuele extraterritoriale voordelen
- 4 Vragen over de voordeeltberekening
- 5 Het niet-benoemen van de inherente beperkingen-doctrine

Voor de goede orde merken wij nog op dat onderstaande reactie enkel het standpunt van het team Europees- en Mededingingsrecht van Van Doorne weergeeft.

1 De structuur/opbouw van de Leidraad

Van Doorne N.V. is gevestigd te Amsterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nummer 34199342. Van Doorne N.V. is de enige opdrachtnemer van alle werkzaamheden. Op deze werkzaamheden en alle rechtsverhoudingen met derden zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Van Doorne N.V. en haar dochtermaatschappijen, waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen. Deze Voorwaarden die zijn gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Amsterdam, kunnen worden geraadpleegd op www.vandoorne.com en worden op verzoek toegezonden.

Van Doorne N.V. has its registered offices in Amsterdam and is listed in the Commercial Register under number 34199342. Van Doorne N.V. is the sole contractor of all commissioned work. These activities and all legal relationships with third parties will be subject to the General Terms and Conditions of Van Doorne N.V. and its subsidiaries, including a limitation of liability. The Terms and Conditions are filed at the Registry of the Court in Amsterdam and may be consulted at www.vandoorne.com. They will be sent upon request.

- 1.1 Ons viel op dat de vraag of in het kader van de afweging van voor- en nadelen al dan niet moeten worden gekwantificeerd (randnrs. 45-54) in de context van 'billijk deel van de voordelen' wordt besproken.
- 1.2 Ons inziens zou dit beter onder '*a) voordelen die uit de duurzaamheidsafspraken kunnen voortvloeien*' kunnen worden behandeld. De afweging ziet immers op de vraag hoe partijen kunnen vaststellen dat er sprake is van een (netto) voordeel. Enkel na die vaststelling, komt men immers toe aan de vraag of van dit voordeel een billijk aandeel aan de gebruiker toekomt.
- 1.3 Wij zouden de ACM dan ook willen in overweging willen geven de aanbeveling om de opbouw van de Leidraad op dit punt te herzien.

2 Onderscheid binnen duurzaamheidsafspraken

- 2.1 In de Leidraad wordt in randnummers 40-44 onderscheid gemaakt tussen afspraken met betrekking tot milieuschade en 'overige' duurzaamheidsafspraken, waarbij meer ruimte wordt geboden voor eerstgenoemde categorie en gebruikers niet volledig behoeven te worden gecompenseerd. De ACM wijst in dit verband op het bestaan van een internationale norm waaraan de overheid is gebonden, die een andere aanpak met betrekking tot milieuschadeafspraken rechtvaardigt.
- 2.2 Het is logisch dat de ACM zich in dit verband terughoudend opstelt. Toch zien wij ruimte voor de ACM om de Leidraad toekomstbestendiger te maken, door naast de bestaande milieuschadeafspraken, rekening te houden met eventuele toekomstige (inter)nationaal bindende normen die betrekking kunnen hebben op 'overige' duurzaamheidsafspraken.
- 2.3 Wij geven de ACM dan in overweging de Leidraad zo aan te passen dat ook initiatieven die een efficiënte bijdragen kunnen leveren aan uit (toekomstige) bindende normen voortvloeiende duurzaamheidsdoelstellingen op dezelfde manier beoordeeld zullen worden als milieugerelateerde initiatieven.

3 Een gebrek van rekenschap van eventuele extraterritoriale voordelen

- 3.1 Verder missen wij een verwijzing naar extraterritoriale effecten van duurzaamheidsafspraken. Zo wordt in de Leidraad rekening gehouden met voordelen buiten de kring van gebruikers, als het gaat om milieuschadeafspraken. Hierbij worden zowel de voordelen voor gebruikers van betrokken producten als voordelen voor de hele Nederlandse samenleving meegewogen. Dergelijke gunstige effecten stoppen niet bij de grens.
- 3.2 De Leidraad laat op dit moment in het midden in hoeverre voordelen die buiten de landsgrenzen effect sorteren ook kunnen worden meegewogen. Wij verzoeken de ACM hier in de definitieve versie van de Leidraad expliciet op in te gaan.

4 Vragen over de voordeeltberekening

- 4.1 Bij de bespreking van de berekening van het vereiste voordeel voor gebruikers, wordt in randnummer 35 gesteld dat het gebruik van true costs en true prices ook een voordeel vormt in de zin van het derde lid.

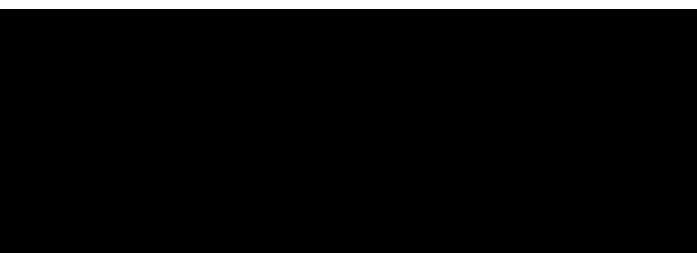
- 4.2 Hoewel in de Leidraad wordt gesteld dat het rekening houden met de reële kosten van producten en diensten voor de maatschappij tot een verbetering van het aanbod leiden en dus als voordeel aan de gebruiker ten goede komen, blijft de waardering van deze voordelen voor gebruikers onduidelijkheid. Wellicht kan hier nog nader op worden ingegaan of kan een voorbeeldcasus meer duidelijkheid bieden.
- 4.3 Ook wordt momenteel in de Leidraad nog geen aandacht gegeven aan de vraag hoe toekomstige voordelen voor de gebruiker of de samenleving als geheel meegewogen kunnen worden wanneer de voordelen niet kwantificeerbaar zijn. Hoewel uit de Leidraad volgt dat toekomstige effecten mogen worden meegewogen, wordt uit de Leidraad niet duidelijk hoe deze weging plaatsvindt.
- 4.4 Wij geven de ACM dan ook in overweging in de definitieve Leidraad aandacht te besteden aan de wijze van berekening van voordelen voor de gebruikers en de waarde c.q. weging van toekomstige voordelen in de berekening van de voordelen voor gebruikers.

5 De leer van inherente beperkingen

- 5.1 In de Leidraad wordt momenteel niet ingegaan op alternatieve in de literatuur gesuggereerde routes², waaronder de toepassing van leer van 'inherente beperkingen' ten aanzien van duurzaamheidsinitiatieven.³
- 5.2 Hoewel wij ons bewust zijn van het feit dat de leer nog niet uitgekristalliseerd is, vinden wij het jammer dat de ACM haar niet benoemt. Wij menen namelijk dat de leer van inherente beperkingen een geschikte(re) methode vormt om duurzaamheidsinitiatieven te beoordelen. Door het niet te noemen, wekt de Leidraad de indruk dat de leer van de inherente beperking geen uitkomst zou kunnen bieden in specifieke zaken. Het blijft echter een argument ter rechtvaardiging van duurzaamheidsinitiatieven.

Tot besluit

Al met al bevelen wij de spoedige invoering van de Leidraad van harte aan, bij voorkeur met inachtneming van door ons aangedragen oplossing van de hierboven geformuleerde aandachtspunten.



² Zie bijv. G. Monti en J. Mulder, 'Escaping the Clutches of EU Competition Law Pathways to Assess Private Sustainability Initiatives', ELR 2017, 42, nr. 5, p. 635-656. E. Loozen, 'Strict Competition Enforcement and Welfare: A Constitutional Perspective Based on Article 101 TFEU and Sustainability', in: Ackermann, Azoulai, et al. (eds), CMLRev 2019, Volume 56, Issue 5, p. 1265-1302. A. Gerbrandy, 'Solving a sustainability deficit in European Competition law', World Competition 2017, vol 40, issue 4, p. 539-562; en A. Gerbrandy, 'Toekomstbestendig mededingingsrecht', M&M 2016/3, p. 102-112.

³ Zie: A Gerbrandy, 'Solving a sustainability deficit in European Competition law', World Competition 2017, vol 40, issue 4, 539-562, p. 554-555.