



## Achterliggende informatie bij brief ACM over 'Herkomsttransparantie in de steenkolenketen'

---

Kenmerk: ACM/DM/2015/201067

### De Steenkolendialoog

De kolendialoog<sup>1</sup> startte in 2010 naar aanleiding van berichtgeving over slechte arbeidsomstandigheden in steenkoolmijnen. De steenkolendialoog had twee doelen<sup>2</sup>:

1. Het versterken van verificatieprocessen met het oog op verbeteren, waar mogelijk, van de lokale omstandigheden van gemeenschappen, werknemers en het milieu in herkomstgebieden van steenkool voor de Nederlandse markt, met respect voor mensenrechten, arbeidsrechten, milieu en conflictgevoelige ondernemingspraktijken;
2. Het verbeteren van transparantie in de steenkoolketen richting Nederlandse eindconsumenten.

### *Bedrijfsprocessen*

Voor het versterken van bedrijfsprocessen heeft de dialoog een innovatief assessmentinstrument ontwikkeld dat is gericht op de arbeidsomstandigheden, mensenrechten- en milieusituatie bij de mijnen in de dagelijkse praktijk. Het instrument is uniek in de zin dat het zich richt op de situatie van de lokale bevolking en is dus bij uitstek geschikt om juist bij hen verbeteringen te bewerkstelligen of verslechtering te voorkomen.<sup>3</sup>

### *Verbeteren transparantie*

Voor wat betreft het verbeteren van transparantie hebben de energiebedrijven een gezamenlijk overzicht gemaakt van de mijnen waarbij zij steenkool betrekken voor de Nederlandse markt. Door de wijze waarop nu over de herkomst van de ingekochte steenkolen wordt gerapporteerd, is het niet mogelijk om een individueel energiebedrijf ter verantwoording te roepen over de wijze waarop het handelt ten aanzien van een mijn waar misstanden worden signaleerd. De energiebedrijven geven aan dat de exacte herkomst van hun kolen concurrentiegevoelige informatie betreft, waarvan openbaarmaking tot hogere energieprijzen zal leiden.<sup>4</sup>

Met het oog op doelstellingen van maatschappelijk verantwoord ondernemen is in februari 2014 een juridisch advies geschreven door Economische Zaken (EZ) aan Buitenlandse Zaken (BZ) over de

---

<sup>1</sup> Een dialoog met stakeholders, maatschappelijke organisaties, vakbonden en afnemers en leveranciers van steenkool, over het verantwoord winnen en inkopen van steenkool.

<sup>2</sup> Nederlandse steenkolendialoog: werken aan onderling begrip en bijdragen aan verbeteringen (4 februari 2011). Rapport ter afronding van de eerste fase van de steenkolendialoog.

<sup>3</sup> Zie Kamerstukken II 2013-2014, 26 485, nr. 167 van 16 september 2013.

<sup>4</sup> Idem.



mogelijkheid om elektriciteitsproducenten te verplichten inzage te geven in de herkomst van steenkool die zij gebruiken voor de opwekking van elektriciteit (herkomsttransparantie).

In een brief aan de Tweede Kamer van 27 juni 2014 heeft Minister Ploumen aangegeven dat zij ACM gevraagd heeft om te toetsen of een eventuele wettelijke verplichting tot herkomsttransparantie mogelijk in strijd zou zijn met Europese mededingingswet- en regelgeving.

Op 18 juli jl. heeft ACM een formeel verzoek van Buitenlandse Zaken ontvangen met daarin twee vragen:

1. Het juridische advies van het Ministerie van Economische Zaken (hierna: EZ) aan BZ vastgelegd in een memo van 27 februari 2014 "*Juridische haalbaarheid van herkomsttransparantie door elektriciteitsproducten*" (hierna: het advies inzake herkomsttransparantie van EZ aan BZ) te toetsen en eventueel aan te vullen;
2. Alternatieve vormen van herkomsttransparantie te toetsen door na te gaan of deze toelaatbaar zijn gelet op het EU-recht, in het bijzonder de mededingingsregels en de bepalingen omtrent het vrij verkeer van goederen.

2/11

BZ heeft de volgende drie alternatieven aangedragen:

I: Herkomsttransparantie waarbij iedere elektriciteitsproducent in Nederland per mijn toetsbaar inzicht moet geven in de herkomst van door hem gebruikte steenkool door **het vermelden van de naam van de mijn met vermelding van de hoeveelheid** daar ingekochte kolen;

II: Herkomsttransparantie waarbij iedere elektriciteitsproducent in Nederland per mijn toetsbaar inzicht moet geven in de herkomst van door hem gebruikte steenkool door **het vermelden van de naam van de mijn zonder vermelding van hoeveelheid** daar ingekochte kolen;

III: Herkomsttransparantie waarbij de sector jaarlijks door een derde partij een **geaggregeerd overzicht** laat publiceren waarin aangegeven wordt in welke mijnen<sup>5</sup> de producenten inkopen.

## Inleiding

In het Visiedocument Mededinging & Duurzaamheid (hierna: Visiedocument) laat ACM zien hoe zij duurzaamheidsafspraken toetst aan de mededingingswetgeving en welke ruimte er is voor dit soort afspraken. In het Visiedocument maakt ACM duidelijk wanneer duurzaamheidsafspraken strijdig kunnen zijn met het kartelverbod (*dat wil zeggen artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) en/of artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU)*). Daarnaast geeft ACM inzicht in wanneer dit soort afspraken in aanmerking kunnen komen voor vrijstelling op grond van vier zogenoemde vrijstellingscriteria (*dat wil zeggen artikel 6, derde lid, Mw en/of artikel 101, derde lid, van het VWEU*). Het Visiedocument verduidelijkt bovendien de

<sup>5</sup> Of mijngebieden wanneer dit niet herleidbaar is tot een specifieke mijn, zoals in de Russische Kuzbass regio.



manier waarop ACM duurzaamheidsinitiatieven beoordeelt binnen de grenzen van de Beleidsregel Mededinging en Duurzaamheid van de Minister van Economische Zaken van 6 mei 2014<sup>6</sup>.

Het Visiedocument geeft aan ondernemers handvatten om zelf te kunnen beoordelen of een door hen voorgenomen samenwerking op het gebied van duurzaamheid is toegestaan onder de mededingingsregels. De regel is dat ondernemers dit zelf doen.

ACM heeft met inachtneming van het Visiedocument naar aanleiding van bovenstaande vragen een analyse gemaakt. ACM baseert deze analyse op informatie die door de vijf elektriciteitsproducenten in Nederland<sup>7</sup> is aangedragen en op (beperkt) eigen marktonderzoek dat mede berust op informatie van onderzoeks- en adviesbureau DNV GL Energie (hierna: DNV). Deze analyse kan derhalve niet worden opgevat als een definitief formeel oordeel over de verenigbaarheid van de afspraak met art. 6 Mw en/of art. 101 VWEU.

Daarnaast merkt ACM op dat over de al dan niet correcte weergave en toepassing van Europese regelgeving ten aanzien van vrij verkeer van goederen (paragraaf 3.2 van het advies inzake herkomsttransparantie van EZ aan BZ) en Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens – recht op eigendom (paragraaf 3.3 van het advies inzake herkomsttransparantie van EZ aan BZ) wordt verwezen naar de Europese Commissie als instantie die hiertoe geëigend is om over te oordelen.

### Analyse ACM over ‘Herkomsttransparantie in de steenkolenketen’

Enkele aangedragen alternatieven door BZ zijn niet mogelijk zonder dat er informatie wordt uitgewisseld tussen de energieproducenten. Om deze reden zal ACM in het navolgende eerst stilstaan bij de mogelijkheden van informatie-uitwisseling als specifieke vorm van samenwerking in het kader van de Mededingingswet. Vervolgens zal ACM de verschillende aangedragen alternatieven nader analyseren.

#### Uitwisseling van (strategische) informatie

De uitwisseling van informatie tussen marktpartijen is niet per definitie verboden. Daarnaast kan de uitwisseling van informatie juist concurrentiebevorderend zijn, bijvoorbeeld indien marktpartijen hierdoor algemene marktontwikkelingen kunnen volgen - zoals bij gezamenlijke benchmark of inkoop van marktinformatie - of informatie over nieuwe technologieën verkrijgen. Dit stelt hen in staat op deze ontwikkelingen in te spelen.

Andere vormen van informatie-uitwisseling kunnen wel tot een inbreuk van de Mededingingswet

<sup>6</sup> Zie 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, *Stcrt.* 2014, 13375 d.d. 8 mei 2014.

<sup>7</sup> E.ON Benelux N.V. (hierna: Eon), N.V. Elektriciteitsmaatschappij Zuid-Nederland EPZ (hierna: EPZ), GDF Suez Energie Nederland N.V. (hierna: GDF Suez), N.V. Nuon Energy (hierna: Nuon) en Essent N.V. (hierna: Essent).



leiden. Of hiervan sprake is, hangt voornamelijk af van de aard van de informatie. Zo zal de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie eerder leiden tot een beperking van de concurrentie. Het gaat dan om informatie die de strategische onzekerheid op de markt vermindert, zoals informatie over prijzen, productiehoeveelheden, inkoopkosten, productiekosten en klantbestanden.

Onzekerheid over het commerciële en strategische beleid van de concurrent is een belangrijke prikkel om te innoveren en de bedrijfsvoering efficiënter in te richten. Met name op meer geconcentreerde markten zal de concurrentie vaak beter werken als concurrenten op bepaalde punten in het onzekere blijven over elkaars gedrag. Op die markten zullen ondernemingen het mogelijk pas de moeite waard vinden om de concurrentie aan te gaan wanneer ze daarmee onopgemerkt een voorsprong op hun concurrenten kunnen behalen. Informatie-uitwisseling kan er dan toe leiden dat concurrenten zich 'collusief' gaan gedragen.<sup>8</sup>

Of uitwisseling van informatie een merkbaar effect op de concurrentie heeft, moet per geval worden beoordeeld en hangt onder andere af van hoe concurrentiegevoelig de uitgewisselde informatie is.

Hoe concurrentiegevoeliger de uitgewisselde informatie, des te eerder sprake kan zijn van een ongeoorloofde mededingingsbeperking. Informatie wordt concurrentiegevoeliger naarmate zij:

- a) betrekking heeft op concurrentieparameters zoals prijzen, productie, afzet en klanten;
- b) gedetailleerder is/het niveau van aggregatie lager is;
- c) actueler is, frequenter wordt verstrekt;
- d) niet openbaar/ niet voor eenieder beschikbaar is.

In het navolgende zal ACM ingaan op de drie door BZ aangedragen alternatieven van herkomsttransparantie.

## Mededingingsrechtelijke analyse alternatieven

### I: Individuele herkomsttransparantie: vermelden naam mijn + ingekochte hoeveelheid

De vijf elektriciteitsproducenten in Nederland zouden per mijn een toetsbaar inzicht moeten geven in de herkomst van door hen gebruikte steenkool door het vermelden van de naam van de mijn met vermelding van de hoeveelheid daar ingekochte kolen.

De elektriciteitsproducenten zijn directe concurrenten van elkaar bij de inkoop van steenkolen. Het invoeren van een verplichting tot individuele herkomsttransparantie leidt ertoe dat tussen elektriciteitsproducenten, directe concurrenten, informatie wordt uitgewisseld met betrekking tot de

---

<sup>8</sup> Gerecht van de Europese Unie van 27 oktober 1994, *Fiatagri en New Holland Ford*, T-34/92, Jur. 1994, II-905, rechtsoverweging 91, bevestigd door het Hof van Justitie van 28 mei 1998, C-8/95P, Jur. 1998, I-3175; Gerecht van de Europese Unie van 27 oktober 1994, *John Deere*, T-35/92, Jur. 1994, II-957, rechtsoverweging 52 en 81, bevestigd door Hof van Justitie van 28 mei 1998, C-7/95P, Jur. 1998, I-3111.



herkomst per mijn van de door hen gebruikte steenkolen bij het productieproces tot opwekking van elektriciteit. Door inzicht in de herkomst van de steenkolen, krijgen andere elektriciteitsproducenten derhalve inzicht in elkaars inkoopstrategie. Tevens krijgen elektriciteitsproducenten door de bekendmaking van de ingekochte hoeveelheden steenkool per mijn per energieproducent indirect inzicht in de kostprijzen van concurrenten doordat zij bij dezelfde mijnen steenkolen afnemen c.q. kostprijzen kunnen opvragen. Het betreft hier geïndividualiseerde informatie die niet openbaar is, dat maakt deze informatie concurrentiegevoelig.

Daarbij komt nog dat het een geconcentreerde markt betreft. Volgens de Richtsnoeren horizontale overeenkomsten is er eerder sprake van een mededingingsbeperkende informatie-uitwisseling indien de markt geconcentreerd is<sup>9</sup>. In Nederland zijn vijf elektriciteitsproducenten die actief steenkool inkopen voor de opwekking van elektriciteit voor hun Nederlandse kolencentrales. Dit is een beperkt aantal ondernemingen waardoor informatie-uitwisseling waarschijnlijk meer effect op de mededinging zal hebben<sup>10</sup>. Hoe geringer het aantal ondernemingen, hoe gemakkelijker het immers is om inzicht te krijgen in en te anticiperen op de strategie van een concurrent. Daarnaast is opgemerkt dat per 2016 EPZ niet langer actief zal zijn waardoor het aantal ondernemingen verder zal afnemen naar vier. Het merendeel van de kolencentrales van deze vier ondernemingen zijn moderne kolencentrales die aan vergelijkbare emissienormen dienen te voldoen waardoor de onzekerheid verder zal afnemen.

#### *Merkbaar effect*

ACM heeft de vijf elektriciteitsproducenten gevraagd naar de praktische uitvoerbaarheid van individuele herkomsttransparantie. Uit de antwoorden van de elektriciteitsproducenten op de door ACM gestelde vragen blijkt dat de praktische uitvoerbaarheid zeer lastig is en dat de mogelijke gevolgen voor de Nederlandse elektriciteitsproducenten en consumenten aanzienlijk zullen zijn.

De verplichting tot individuele herkomsttransparantie zal volgens de elektriciteitsproducenten prijsopdrijvende effecten hebben op de prijs van de inkoop van steenkolen voor Nederland en leiden tot een beperking van inkoopmogelijkheden.<sup>11</sup>

De inkoopmogelijkheden worden beperkt doordat alle elektriciteitsproducenten nu gebruik maken van zogenaamde *blends*. *Blends* zijn mengsels van steenkool afkomstig uit verschillende mijnen/regio's waardoor de traceerbaarheid naar een specifieke mijn niet zomaar mogelijk is.

Elektriciteitsproducenten maken gebruik van deze *blends* om (a) een bepaalde constante kwaliteit te kunnen garanderen, (b) te kunnen voldoen aan de strenge milieueisen die in Nederland gelden, en (c) logistieke redenen. *Blending* kan plaats vinden in de mijn zelf, in de overslaghaven of in de ontvangsthaven. Inkoop van steenkool vindt plaats via zowel directe inkoop bij een mijnbedrijf (dat

<sup>9</sup> Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* 2011, C 11/01, paragraaf 77.

<sup>10</sup> Hof van Justitie van de Europese Unie, C-7/95, 28 mei 1998, *John Deere*, punt 88.

<sup>11</sup> Ze verwijzen allen naar het rapport WoodMackenzie in opdracht van het ministerie van BZ, "*Transparency of Dutch Thermal Coal Supply Chain*", mei 2014.



vaak meerdere mijnen heeft) als via tussenhandel. Inkoop van steenkool verloopt zowel via langjarige contracten als via eenmalige partijen op de spotmarkt.

Bij een verplichting tot herkomsttransparantie zullen leveranciers ook beperkt zijn in hun mogelijkheden om de gewenste *blends* te leveren. Daar waar het voor mijnbouwbedrijven in de huidige kolenmarkt commercieel aantrekkelijk kan zijn om kolen van eigen mijnen te vermengen met kolen van mijnen van andere mijnbouwbedrijven, zal dit bij de eis van herkomsttransparantie beperkt worden tot mijnbouwbedrijven die de herkomst ook kunnen garanderen. De verplichting tot herkomsttransparantie zou exact inzage geven over welke typen kolen in de toekomst zullen worden ingekocht teneinde de centrales technisch zo efficiënt mogelijk te laten draaien. Dit biedt de mogelijkheid voor verkopende partijen (mijnbedrijven en zeker ook handelsbedrijven) agressief van tevoren partijen op te kopen of uit de markt te houden, en zo kunstmatige schaarste te creëren. En ook geldt deze verplichting niet voor buitenlandse energie bedrijven waardoor deze een concurrentie voordeel kunnen behalen.

De elektriciteitsproducenten hebben aangegeven dat het aannemelijk is dat de verplichting tot herkomsttransparantie zal leiden tot een beperking van het aantal leveranciers waar kolen kunnen worden ingekocht voor de Nederlandse markt. Als herkomsttransparantie een vereiste is voor de inkoop van steenkolen, dan zal de inkoop zich moeten beperken tot marktpartijen die de herkomst van de steenkolen kunnen garanderen. Er kunnen dan dus geen steenkolen meer worden ingekocht van partijen die de herkomst niet kunnen garanderen. Zij achten het aannemelijk dat de door de Nederlandse energieproducenten betaalde prijzen voor steenkool zullen stijgen.

Daarnaast geven de elektriciteitsproducenten aan dat doordat de namen van leveranciers die wel kunnen voldoen aan de eis van volledige herkomsttransparantie dan bekend zijn, handelaren de mogelijkheid hebben om hier op in te spelen door de voorraden van deze leveranciers op te kopen en tegen hogere prijzen te leveren aan de Nederlandse energieproducten. Aangezien buitenlandse energieproducenten wel de mogelijkheid hebben om elders steenkool in te kopen zullen deze een lagere prijs betalen.

ACM acht het aannemelijk dat door informatie-uitwisseling, waarbij de naam van de mijn met vermelding van de hoeveelheid daar ingekochte kolen, de normale onzekerheid die bestaat bij elektriciteitsproducenten omtrent de inkoopstrategie, productiekosten en productieproces van concurrenten (deels) wordt weggenomen, nu het gaat om een uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie (herkomst en hoeveelheden) tussen alle direct betrokken concurrenten in een oligopolistische marktstructuur. Dit vormt naar alle waarschijnlijkheid een overtreding van het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw en 101, eerste lid, VWEU.

### Mogelijke vrijstelling?

Afspraken of gedragingen tussen ondernemingen of organisaties van ondernemers die de concurrentie beperken, kunnen soms voordelen opleveren die opwegen tegen de nadelen van de beperkingen van de concurrentie. Als aan bepaalde criteria wordt voldaan, dan zijn de betreffende afspraken of gedragingen toch mogelijk. De vrijstellingscriteria, zoals vermeld in artikel 6, derde lid, Mw, komen neer op het volgende:



1. *Er moet sprake zijn van een verbetering van de productie en/of distributie van goederen of diensten en/of verbetering van de technische of economische vooruitgang;*
2. *Een “billijk aandeel” van deze voordelen moet ten goede komen aan de gebruikers;*
3. *De afspraken dienen noodzakelijk en proportioneel te zijn om verbetering te bereiken;*
4. *Er dient voldoende restconcurrentie over te blijven op de markt.*

Hieronder worden de vier vrijstellingscriteria langsgelopen voor herkomsttransparantie. Deze criteria gelden cumulatief en moeten in onderlinge samenhang worden toegepast.

### **1. Is er sprake van een verbetering van de productie en/of distributie van goederen of diensten en/of verbetering van de technische of economische vooruitgang?**

Het eerste vereiste van artikel 6 Mw/101 VWEU, derde lid, luidt dat de afspraak dient bij te dragen aan verbetering van de productie of distributie dan wel tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. Dit betekent dat de afspraak door de realisatie van efficiëntievoordelen een positief welvaartseffect heeft.

De Europese Commissie beschrijft in haar Richtsnoeren<sup>12</sup> dat de voordelen die in artikel 101, derde lid, VWEU mogen worden meegewogen zowel kostenverbeteringen kunnen behelzen als kwalitatieve verbeteringen in de vorm van, onder meer, nieuwe of verbeterde producten of een ruimer productaanbod.<sup>13</sup> Dit zullen in de praktijk meestal voordelen zijn die mede aan de consumenten van de desbetreffende producten zullen toevallen. De voordelen moeten objectief en duidelijk waarneembaar zijn, maar hoeven niet beperkt te zijn tot bepaalde relevante markten.<sup>14</sup>

Zoals eerder beschreven is het doel van de afspraak het verbeteren van de lokale omstandigheden van gemeenschappen, werknemers en milieu in de herkomstgebieden van steenkool. ACM merkt op dat een verbetering van de productie en/of economische vooruitgang door deze afspraak waarschijnlijk niet zal worden bereikt aangezien de steenkolenmarkt een mondiale markt is. De Nederlandse energieproducenten gebruiken circa 8 – 9 miljoen ton steenkool per jaar. Dit is 5% van de Europese vraag naar steenkool, 0,9% van alle over zee vervoerde kolen. Onderzoeksbureau WoodMackenzie verwacht dat dit aandeel in de komende jaren nog verder zal dalen. De rol van de Nederlandse energieproducenten in de steenkolenketen is hiermee beperkt, zodat niet snel sprake zal zijn van economische en technische vooruitgang. Gelet op de beperkte hoeveelheid Nederlandse steenkolenproductie is het niet aannemelijk dat met deze afspraak de werkomstandigheden van de lokale werknemers zullen verbeteren. Volgens ACM wordt aan het eerste criterium dan ook naar alle waarschijnlijkheid niet voldaan.

### **2. Komt een “billijk aandeel” van deze voordelen ten goede aan de gebruikers?**

Het tweede vereiste geeft aan dat de voordelen van de verbeteringen voor een billijk aandeel aan de gebruikers ten goede komt. De voordelen die uit een afspraak voortvloeien moeten dus in voldoende

<sup>12</sup> Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3 VWEU, PbEU 2004, C101/97, paragraaf 59.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Arrest van het Gerecht van 24 mei 2012 in zaak T-111/08 (*Mastercard*), punt 228.



mate aan de gebruikers worden doorgegeven. De Europese Commissie heeft verduidelijkt dat onder het begrip 'gebruiker' moet worden verstaan: alle rechtstreekse of onrechtstreekse gebruikers van de producten die door de overeenkomst worden gedekt. Met andere woorden, de gebruikers in de zin van artikel 101, derde lid, VWEU zijn de afnemers van de partijen bij de overeenkomst. Afspraken kunnen ook aan anderen dan de direct betrokken gebruikers ten goede komen maar de Europese Commissie hanteert als minimumeis dat de voordelen in voldoende mate aan de groep gebruikers die de nadelen van de afspraak dragen ten goede moeten komen om hen voor die nadelen te compenseren. Minimaal geldt dus dat deze consumenten er als gevolg van de afspraak niet op mogen achteruit gaan. Negatieve effecten voor de gebruikers op een geografische en productmarkt kunnen doorgaans niet worden gecompenseerd door positieve effecten elders.

Voor de toepassing van de *tweede* voorwaarde van lid 3 moet echter wel worden nagegaan of de uit de afspraak resulterende voordelen in voldoende mate óók terecht komen bij de gebruikers van de producten die het voorwerp zijn van de afspraak, nu of in de toekomst. Daarbij geldt ten minste dat de gebruikers op de relevante markt er niet op mogen achteruitgaan.

Volgens ACM kan ook niet worden voldaan aan het tweede criterium want voor zover met de verplichting tot herkomsttransparantie al voordelen worden bereikt, komen deze niet toe aan de Nederlandse gebruiker, nu de eventuele voordelen zich niet op de Nederlandse markt voordoen maar zien op het verbeteren van de omstandigheden van de werknemers in de herkomstgebieden van steenkool.

Daarnaast lijkt het doel om de transparantie in de steenkolenketen voor de Nederlandse consument te verbeteren, niet bereikt te worden nu de verplichting tot herkomsttransparantie niet tot gevolg heeft dat de consument op basis van de gepubliceerde informatie kan kiezen voor elektriciteit opgewekt met verantwoorde, conflictvrije steenkool. De consument kiest immers zijn leverancier maar de leverancier is niet altijd de onderneming die de steenkolen inkoopt. Het is maar de vraag of een leverancier te allen tijde garantie kan geven over de herkomst van zijn steenkolen.

### 3. Zijn de afspraken noodzakelijk en proportioneel?

Alhoewel hiervoor al is geconstateerd dat het eerste alternatief in ieder geval niet voldoet aan het tweede vrijstellingscriterium, heeft ACM verder gekeken naar de noodzakelijkheid en proportionaliteit.

De vraag is of het invoeren van een individuele verplichting tot herkomsttransparantie onmisbaar is om de mogelijke voordelen te behalen, met andere woorden is de individuele verplichting tot herkomsttransparantie noodzakelijk en proportioneel. Deze voorwaarde houdt in dat de afspraak geen beperkingen mag opleggen welke voor het bereiken van de efficiëntieverbeteringen gemist kunnen worden. Daarnaast geldt dat er geen praktisch haalbare, minder mededingingsbeperkende alternatieven zijn om de efficiëntieverbeteringen te bereiken.





ACM ziet andere initiatieven die dezelfde doelen nastreven, bijvoorbeeld in de vorm van Better Coal<sup>15</sup>. Daarnaast is sowieso het derde alternatief waarbij de sector jaarlijks door een derde partij een geaggregeerd overzicht laat publiceren waarin aangegeven wordt in welke mijnen of mijngebieden de producenten inkopen een minder mededingingsbeperkend alternatief om inzicht te verkrijgen in de herkomst van de door de vijf elektriciteitsproducenten ingekochte steenkool. Hierop zal later nader worden ingegaan.

Naar het voorlopig oordeel van ACM voldoet het eerste alternatief niet aan de vrijstellingscriteria van artikel 6, derde lid, Mw en 101, derde lid VWEU, nu de verplichting tot herkomsttransparantie niet lijkt te leiden tot economische voordelen en indien er al voordelen voortvloeien uit deze verplichting, lijken deze niet te worden doorgegeven aan de gebruikers en er andere minder mededingingsbeperkende alternatieven zijn die dezelfde doelen nastreven.

### **II: Individuele herkomsttransparantie: vermelden naam mijn zonder ingekochte hoeveelheid**

Dit alternatief verschilt in zo verre van het eerste alternatief dat in dit geval de hoeveelheid ingekochte steenkolen niet vermeld wordt. ACM is van oordeel dat door enkel het vermelden van de naam van de mijn al inzicht verkregen wordt in actuele, geïndividualiseerde herkomstgegevens die nu niet direct beschikbaar zijn voor de concurrent. De namen van deze mijnen zouden door de verplichting tot individuele herkomsttransparantie inzichtelijk worden voor concurrenten terwijl de verschillende mijnen niet bij iedere elektriciteitsproducent bekend zijn. De elektriciteitsproducenten zouden uit een overzicht dat de namen van alle mijnen bevat, kunnen afleiden waar een concurrent inkoop maar ook waar een elektriciteitsproducent niet (meer) inkoop.

ACM acht het – gelet op al het voorgaande - niet onaannemelijk dat dit tweede alternatief ook in strijd kan zijn met het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw en 101, eerste lid, VWEU. Ook in dit geval wordt commercieel gevoelige en strategische informatie (herkomstgegevens) uitgewisseld tussen directe concurrenten. Het publiceren van gegevens over de herkomst van steenkolen per mijn per bedrijf, zonder daarbij de hoeveelheid steenkolen te noemen, maakt dit niet anders nu ook hierbij informatie wordt uitgewisseld over bij welke mijnen wordt ingekocht. Hetgeen beschreven is over de vrijstellingscriteria bij het eerste alternatief, geldt onverkort ook voor het tweede alternatief.

### **III: Herkomsttransparantie: publicatie geaggregeerd overzicht jaarlijks opgesteld door een derde**

De elektriciteitsproducenten Essent, Eon, GDF en EPZ hebben over de jaren 2010, 2011 en 2012<sup>16</sup> door een onafhankelijke derde, DNV GL Energie, een geaggregeerd overzicht laten opstellen van de top 5 van belangrijkste kolenregio's en waar mogelijk kolenmijnen van waaruit steenkool is geleverd aan alle Nederlandse kolencentrales. Deze top 5 beslaat circa 70% van de totale geleverde hoeveelheid steenkool.

<sup>15</sup> Bettercoal heeft momenteel 9 leden: Vattenfall (Nuon, Zweden), RWE (Essent, Duitsland), E.on (Duitsland), GDF Suez (Frankrijk), Dong (Denemarken), EDF (Frankrijk), Enel (Italië), Fortum (Finland) en GasNatural Fenosa (Spanje). De haven van Rotterdam is *associated member*.

<sup>16</sup> DNV GL heeft in 2014 een geaggregeerd overzicht "Notitie Kolenherkomst Nederlandse Elektriciteitscentrales 2013" opgesteld, waarin de herkomst van de kolen van EON, EPZ, Essent, GDF Suez en Nuon/Vattenfall staan weergegeven.



Alternatief III ziet niet enkel op een top 5 maar op een overzicht van alle mijnen of mijngebieden waar de vijf elektriciteitsproducenten inkopen. In het overzicht wordt zoveel mogelijk inzicht gegeven in de herkomst, waar mogelijk op mijnniveau.

ACM acht het van belang dat de elektriciteitsproducenten geen inzicht krijgen in actuele, geïndividualiseerde informatie op mijnniveau over de herkomst van steenkolen, zoals bij de alternatieven I en II het geval is. De gegevens over mijnen of mijngebieden worden in dit geval door een derde verzameld en bewerkt tot een overzicht van geaggregeerde gegevens. Deze gegevens worden derhalve niet bekend bij de verschillende elektriciteitsbedrijven en zijn niet meer herleidbaar tot een individueel elektriciteitsbedrijf. Tevens worden de gegevens jaarlijks achteraf aangeleverd zodat er geen sprake is van actuele gegevens.

ACM maakt bij dit alternatief wel het voorbehoud dat de wijze van openbaarmaking van de herkomstgegevens van doorslaggevend belang is. Indien de mijnen of mijnregio's worden weergegeven op grootte kunnen de elektriciteitsproducenten uit het overzicht alsnog informatie over de hoeveelheid ingekochte kolen afleiden. Dit zou bijvoorbeeld kunnen worden ondervangen door de mijnregio's/ mijnen te vermelden op alfabetische volgorde.

ACM concludeert dat herkomsttransparantie die inhoudt dat de sector jaarlijks door een derde een geaggregeerd overzicht laat publiceren waarin aangegeven wordt in welke mijnen of mijngebieden de bedrijven inkopen - mits voldaan wordt aan bepaalde voorwaarden - waarschijnlijk niet tot een overtreding van het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw leidt.

### **Het loyaliteitsbeginsel**

Uit de rechtspraak volgt dat artikel 101 VWEU enkel betrekking heeft op mededingingsversturende gedragingen waartoe de ondernemingen op eigen initiatief hebben besloten. Indien een mededingingsversturende gedraging bij een nationale wettelijke regeling aan de ondernemingen wordt voorgeschreven, of indien deze wettelijke regeling een rechtskader creëert dat zelf iedere mogelijkheid van concurrerend gedrag door deze ondernemingen uitsluit, is artikel 101 VWEU niet van toepassing. In een dergelijke situatie vindt de beperking van de mededinging niet, zoals in deze bepalingen besloten ligt, haar oorsprong in autonome gedragingen van de ondernemingen. Daarentegen kan artikel 101 van toepassing zijn indien blijkt dat de nationale wettelijke regeling de mogelijkheid van een mededinging openlaat die door autonome gedragingen van de ondernemingen kan worden verhinderd, beperkt of vervalst. Op het moment van schrijven van deze analyse is er nog geen wetsvoorstel van herkomsttransparantie waardoor ACM zich onthoudt een uiteindelijke beoordeling hieromtrent.

### **Conclusie**

ACM onderschrijft de inhoud en strekking van het advies inzake herkomsttransparantie van het ministerie van Economische Zaken aan het ministerie van Buitenlandse Zaken. Het advies bevat een juiste weergave van de bestaande wet- en regelgeving alsmede ook van de (meest relevante)



jurisprudentie. De zorg omtrent de toepassing van het loyaliteitsbeginsel ziet ACM ook. Aangezien er nog geen concept wetsvoorstel bestaat onthoudt de ACM zich van een uiteindelijke beoordeling hierover.

ACM acht het aannemelijk dat het wettelijk invoeren van een verplichting tot individuele herkomsttransparantie, dan wel het gezamenlijk vrijwillig overeenkomen door elektriciteitsproducenten tot invoeren van individuele herkomsttransparantie door het vermelden van de naam van de mijn met of zonder vermelding van de hoeveelheid daar ingekochte kolen een overtreding vormt van het kartelverbod van artikel 6 Mededingingswet (Mw) en 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

ACM heeft tevens gekeken of de bovenstaande vorm van herkomsttransparantie in aanmerking zou komen voor een uitzonderingsregel (in de zin van artikel 6, derde lid Mw). ACM acht aannemelijk, op basis van beperkt onderzoek, dat deze vorm niet kan steunen op een rechtvaardigingsgrond aangezien zij niet voldoet aan de voorwaarden van onmisbaarheid en de voorwaarde dat de eindgebruiker hier voordeel van ondervindt.

De alternatieve vorm van herkomsttransparantie die inhoudt dat de sector jaarlijks door een derde een geaggregeerd overzicht laat publiceren waarin aangegeven wordt in welke mijnen of mijngebieden de bedrijven inkopen leidt volgens ACM waarschijnlijk niet tot een overtreding van het kartelverbod van artikel 6 Mw en 101 VWEU, mits het overzicht op de juiste wijze openbaargemaakt wordt. Het moet gaan om een overzicht van geaggregeerde, niet actuele (historische) gegevens. De gegevens moeten daarnaast door een onafhankelijke derde verzameld en bewerkt worden.

\*\*\*