



ONDERZOEKCENTRUM
ONDERNEMING & RECHT

SPANNINGEN
TUSSEN DUURZAAMHEID
EN EUROPEES RECHT

Onder redactie van

Mr. N.M. Hoek

Prof. mr. C.J.H. Jansen

Prof. mr. A.U. Janssen

Prof. mr. P.H.L.M. Kuypers



SERIE ONDERNEMING EN RECHT

Onder redactie van

Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann
Prof. mr. N.E.D. Faber
Prof. mr. C.J.H. Jansen
Prof. mr. B.A. Schuijling

deel 146

SPANNINGEN TUSSEN DUURZAAMHEID EN EUROPEES RECHT

ONDER REDACTIE VAN

Mr. N.M. Hoek
Prof. mr. C.J.H. Jansen
Prof. mr. A.U. Janssen
Prof. mr. P.H.L.M. Kuypers

*Serie Onderneming en Recht
deel 146*

WOLTERS KLUWER – 2024

MEDEDINGINGSBELEID EN DUURZAAMHEID

Groene kartels en de excepties op het kartelverbod: hoe duurzaam is het Europese mededingingsrecht?

J.C.A. Houdijk¹

1. Opzet en vraagstelling

Mededinging en duurzaamheid/milieubelangen is een thema dat binnen het mededingingsrecht al enige decennia op de agenda staat. De Europese Commissie (hierna ook: EC of Commissie) heeft zich in de jaren negentig van de vorige eeuw reeds uitgebreid uitgelaten over mogelijk mededingingsbeperkende samenwerkingsverbanden tussen ondernemingen die zich richtten op de vermindering en recyclage van afvalstoffen. De Commissie heeft daartoe destijds zowel formele besluiten² als informele besluiten³ genomen. In Nederland is de Autoriteit Consument & Markt (ACM, destijds: NMa) zich eigenlijk direct na haar oprichting in 1998 met milieu- en duurzaamheidsafspraken van ondernemingen en ondernemersvereni-

1 Mr. dr. J.C.A. (Joost) Houdijk is werkzaam als advocaat en counsel bij de vakgroep Europees en mededingingsrecht van AKD Benelux Lawyers.

2 Zie Beschikking Commissie 92/96 van 14 januari 1992, Assurpol, *Pb.* 1992, L 37/16; Beschikking Commissie 94/322/EG van 18 mei 1994, Exxon/Shell, *Pb.* 1994, L 144/20; Beschikking Commissie 94/986/EG van 21 december 1994, Philips-Osram, *Pb.* 1994, L 378/37; Beschikking Commissie 2000/475/EG van 24 januari 1999, CECED, *Pb.* 2000, L 187/47. Zie over dit besluit ook T. Lübbig, 'Sustainable Development and Competition Policy', *Journal of European Competition Law & Practice* 2013/4, no. 1, p. 1.

3 Zie VOTOB-zaak in het XXIIe Mededingingsverslag 1992 van de Commissie, Luxemburg, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 1993, p. 114-116, par. 177 e.v. Zie ACEA-zaak in het XXVIIIe Mededingingsverslag 1998 van de Commissie, Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 1999, par. 131, p. 62. Zie hierover ook het persbericht van de Europese Commissie van 6 oktober 1998, IP/98/865, 'ACEA CO₂ commitment'. Zie voorts CEMEP-zaak in Persbericht Commissie van 23 mei 2000, IP/00/508, 'Commission clears European manufacturers' agreement to improve energy efficiency of electric motors'. Zie hierover ook *Competition Policy Newsletter* 2000/2, p. 24 en 25. Zie voorts Valpak-zaak in het XXVIIIe Mededingingsverslag 1998 van de Commissie, Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 1999, par. 133 en 134, p. 62-63.

gingen gaan bezighouden. Bekend zijn de *Stibat*-zaken,⁴ waarna andere duurzaamheidsbesluiten al snel volgden.⁵

Het gaat bij mededingingsrechtelijke duurzaamheidszaken in de kern om de (mededingingsrechtelijke) toetsing van private samenwerkingsverbanden die enerzijds bepaalde mededingingsbeperkingen in zich dragen, maar anderzijds bepaalde duurzaamheidsdoelstellingen realiseren zoals de vermindering van afval en van uitstoot of de recyclage van afvalstoffen. De mededingingsbeperking kan bijvoorbeeld zitten in een afstemming tussen branchegenoten tot het uitschakelen van goedkope maar vervuilende productiemethoden. Op korte termijn zal een dergelijke afspraak leiden tot hogere kosten voor de gebruikers van producten van de branche-ondernemingen. Voor de maatschappij c.q. de omgeving zal zij echter milieuvoordelen genereren. In hoeverre kunnen dit soort overeenkomsten tussen ondernemingen de toepassing van het kartelverbod doorstaan? Deze bijdrage richt zich met name op de vraag hoe de exceptiemethodiek binnen het mededingingsrecht kan worden ingezet om tot een passende afweging van voornoemde (tegenstelde) belangen te komen.

Duurzaamheid of duurzame ontwikkeling is een breed begrip dat niet eenduidig is te definiëren.⁶ VN-resolutie 66/288 uit 2012 omschrijft duurzame ontwikkeling als de "ontwikkeling naar een economische, sociale en milieuvriendelijke duurzame toekomst voor de aarde en voor huidige en toekomstige generaties".⁷ Hierbij valt te denken aan de bescherming van milieu, biodiversiteit, klimaat, volksgezondheid, dierenwelzijn, eerlijke handel, arbeidsomstandigheden (zoals kinderarbeid, leefbaar loon, vakbondsvrijheid) en mensenrechten.⁸ Deze bijdrage concentreert zich in beginsel op duurzaamheid in de zin van milieubescherming, en zal duidelijk

4 Besluit NMa van 18 december 1998, zaaknr. 51, *Stibat*; Besluit NMa op bezwaar van 31 mei 1999, zaaknr. 51, *Stibat*.

5 Zie NMa-besluit van 5 april 2000 in zaaknr. 115/69, Stichting Auto & Recycling; NMa-besluit van 22 oktober 2001 in zaaknr. 2026/23, Auto Recycling Nederland II; NMa-besluit van 9 juli 1999 in zaaknr. 492, Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland; Besluit NMa op bezwaar, 18 september 2000, zaaknr. 492, Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland; Besluit NMa 10 december 2003, zaaknr. 3007, Stichting Papier Recycling Nederland.

6 Zie ACM-Leidraad Duurzaamheidsafspraken (2de concept), randnr. 7. De Leidraad is te vinden op <https://www.acm.nl/nl/publicaties/2e-concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken-mogelijkheden-binnen-het-mededingingsrecht>.

7 Zie Resolutie 66/288 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (27 juli 2012), *The future we want*, UN Doc A/RES/66/288.

8 Zie ACM-Leidraad Duurzaamheidsafspraken (tweede concept), randnr. 7.

aangeven wanneer andere duurzaamheidsaspecten aan de orde komen of worden bedoeld.

De uitkomst van de meeste van de hierboven genoemde EC- en ACM-zaken was dat ondernemingen inderdaad onderling afspraken mochten maken omtrent afvalverwerking en vervuilingsreductie, maar niet tegen iedere (mededingingsrechtelijke) prijs. In hun toetsingsproces slepen de mededingingsautoriteiten als het ware de scherpste mededingingsrechtelijke randjes van de onderliggende ondernemersafspraken af. De interessante vraag daarbij was op welk juridisch instrumentarium zij hun afwegingen nu precies baseerden en waar zij de grens trokken. Deze kwestie is altijd aan de orde gebleven in de vijftientig jaar die zijn verstreken sinds de eerste mededingingsrechtelijke duurzaamheidsdossiers het licht zagen bij de Europese Commissie. De centrale vraag in dit hoofdstuk is welke exceptiemethodiek(en) in het mededingingsrecht ter beschikking staan om een uitzondering te maken op het kartelverbod voor mededingingsbeperkende duurzaamheidsafspraken, en hoe mededingingsautoriteiten deze methoden precies inzetten.

Het thema mededinging en duurzaamheid is sinds de gememoreerde EC- en ACM-besluiten uit de jaren negentig van de vorige eeuw en het begin van de jaren tweeduizend eigenlijk nooit weggeweest, maar het onderwerp treedt de laatste jaren weer sterker op de voorgrond. Deze *revival* is te danken aan de klimaatproblematiek die met stip naar de top van de ranglijst van Europese en EU-lidstatelijke beleidsprioriteiten is geprojecteerd.

Sinds het Akkoord van Parijs inzake klimaatverandering (in werking sinds 4 november 2016)⁹ richten nationale en Europese overheden zich meer dan ooit tevoren op het formuleren van beleidsplannen om de uitstoot van milieuvervuilende stoffen tegen te gaan en de transitie naar duurzame productieprocessen te bespoedigen. Zo is de Europese Unie met een omvangrijk programma van aanpak gekomen in de vorm van de Europese Green Deal.¹⁰ Dit onderwerp staat met stip op nummer één in de lijst van

9 De Overeenkomst van Parijs is het eerste, universele, juridisch bindende wereldwijde klimaatverdrag. Het is vanaf 22 april 2016 door de deelnemende landen ondertekend en geratificeerd. Vindplaats: *PbEU* 2016, L 282/4. Zie voor een overzicht van de Overeenkomst en gerelateerde (EU-)documenten: <https://eur-lex.europa.eu/content/paris-agreement/paris-agreement.html?locale=nl>.

10 Zie het European Green Deal-programma voor de jaren 2019-2024: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en. Zie over de

prioriteiten van de Europese Commissie voor de jaren 2019-2024.¹¹ De EU ziet klimaatverandering en aantasting van het milieu als een existentiële bedreiging voor Europa en de wereld. Om die uitdagingen het hoofd te bieden, heeft Europa in de ogen van de EU een nieuwe groeistrategie nodig die draait om verduurzaming van de economie. In veel EU-lidstaten vormt duurzaamheid inmiddels ook een absolute beleidsprioriteit, al kunnen de beleidsaccenten (in de vorm van duurzaamheidsplannen en regelgevingsinitiatieven) natuurlijk per lidstaat verschillen.

Nu nationale en Europese overheden duurzaamheid en milieu nog scherper dan voorheen als beleidsprioriteiten hebben geformuleerd, en de achterliggende boodschap is dat de klimaatcrisis enkel met vereende krachten kan worden opgelost, komt ook de vraag (weer) op of het mededingingsrecht een bijdrage kan leveren. En zo ja, op welke wijze?

Zoals Margrethe Vestager (Eurocommissaris voor Mededinging en Digitale samenleving en vicepresident van de EC) het omschreef in haar speech d.d. 22 september 2020 over *The Green Deal and competition policy*.¹²

“To succeed, everyone in Europe will have to play their part – every individual, every business, every public authority. And that includes competition enforcers.”

Kort gezegd: in deze tijden van focus op verduurzaming van de economie en decarbonisering, kan het mededingingsrecht simpelweg niet achterblijven. Dit wil niet zeggen dat het rechtsgebied zomaar de sluizen opent voor allerlei mededingingsbeperkende afspraken van ondernemingen die onder de vlag van duurzaamheid worden gemaakt,¹³ maar het moet wel nadenken over de wijzen waarop het mededingingsrecht *omgaat* met private duurzaamheidsinitiatieven. Mededingingsautoriteiten lijken voorts meer urgentie te voelen om beleidsruimte voor duurzaamheids-

rationale achter en de functioneringswijzen van het Europese Green Deal project ook E. Chiti, ‘Managing the Ecological Transition of the EU: The European Green Deal as a Regulatory Process’, *Common Market Law Review* (59) 2022, p. 19-48.

11 Zie hierover https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024_en.

12 Zie https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/green-deal-and-competition-policy_en.

13 Zie ook de voorzichtige insteek van Vestager in dit verband: “Competition policy has to do its bit, of course. But it cannot replace the essential role of regulation.” Zie https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/green-deal-and-competition-policy_en.

afspraken te creëren dan vroeger – maar dit kan per mededingingsautoriteit verschillen.¹⁴

Dit hoofdstuk behandelt de vraag wat de belangrijkste (voorgestelde) ontwikkelingen zijn in de te hanteren exceptiemethodiek onder het Europese mededingingsrecht ten aanzien van milieu- en duurzaamheidsafspraken tussen ondernemingen, tegen de achtergrond van de Europese Green Deal. Hierbij focus ik mij op de voorstellen die de ACM in dit kader heeft gedaan (waarmee zij op het onderwerp mededinging en duurzaamheid binnen Europa het initiatief heeft genomen), alsook op de reactie van de EC op deze voorstellen. De toepassing van het EU-mededingingsrecht, dat rechtstreeks doorwerkt in de rechtsordes van de EU-lidstaten, staat hierbij centraal. Het EU-mededingingsrecht heeft voor landen zoals Nederland gediend als ijkpunt voor het nationale (in casu Nederlandse) mededingingsrecht.¹⁵

De indeling van dit hoofdstuk is als volgt. Paragraaf 2 bevat een beschrijving van het relevante EU-regelgevingskader op het vlak van milieu en duurzaamheid. Hierbij komt ook de betekenis van het EU-milieu-integratiebeginsel aan de orde voor andersoortige (niet-milieu-)beleidsterreinen, waaronder het mededingingsrecht. In paragraaf 3 wordt de werking van het mededingingsrecht uiteengezet alsook de verbodsuitzonderingsmogelijkheden onder dit rechtsgebied. Paragraaf 4 richt zich op nieuwe initiatieven omtrent de toepassingswijze van het mededingingsrecht op duurzaamheidsafspraken tussen ondernemingen in Nederland, met de ACM in een voortrekkersrol bij het uitzetten van nieuw beleid over dit onderwerp. Paragraaf 5 geeft een overzicht van de benadering van de Europese Commissie ten aanzien van het hernieuwde belang van duurzaamheid binnen het mededingingsrecht, en de reacties op de EC-positie ter zake. Deze bijdrage wordt afgesloten met een conclusie in paragraaf 6.

14 Verderop in dit hoofdstuk ga ik nader in op de aanpak die de ACM op het vlak van duurzaamheid en mededinging voorstaat *tegenover* de positie van de Europese Commissie ter zake.

15 De Nederlandse regering hanteerde destijds het uitgangspunt dat de Mededingingswet niet strenger en niet soepeler zal worden toegepast dan het Europese mededingingsrecht. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, nr. 3, p. 10. De reden dat de Nederlandse Mededingingswet zo nauw aansluit op de EU-regelgeving ter zake, ligt in de overweging van de Nederlandse regering dat het ongewenst is dat op één Europese markt significante verschillen bestaan in mededingingsbeleid tussen enerzijds de lidstaten en anderzijds de Gemeenschap, en tussen de lidstaten onderling. Zie *Kamerstukken II* 1990/91, 22093, nr. 1.

2. Beschrijving van het relevante EU-regelgevingskader op het vlak van milieu en duurzaamheid

2.1 De uitgangspunten van het EU-milieurecht

In de EU-verdragen nemen milieubescherming en duurzaamheid een belangrijke plaats in. In deze paragraaf wordt een overzicht gegeven van de inhoud, betekenis en juridische uitwerking van deze milieudoelstellingen.

Artikel 3 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU)¹⁶ schaaft duurzaamheid en milieubescherming onder de Unietaken, naast taken zoals concurrentievermogen. De Europese Unie streeft deze doelstellingen met passende middelen na, naargelang van de bevoegdheden die haar daartoe in de Verdragen zijn toegedeeld.¹⁷ Tot die EU-bevoegdheden behoren zowel een mededingingsregime (zie art. 3 lid 1 sub b Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, hierna VWEU of Werkingsverdrag), als een milieubeleid (art. 4 lid 2 sub e VWEU).

In het Werkingsverdrag zijn voor een aantal nader omschreven belangen expliciete integratieverplichtingen opgenomen, die hun integratie voorschrijven bij de uitvoering van het Uniebeleid en bij EU-optreden. Een van deze belangen is milieubescherming. De betreffende integratiebepaling is vastgelegd in artikel 11 VWEU. Deze bepaling staat samen met andere integratiebepalingen (denk aan een integratiebeginsel betreffende consumentenbescherming) in het Eerste Deel van het Werkingsverdrag, onder de beginselen van het EU-recht.

Artikel 11 VWEU luidt als volgt:

“De eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Unie, in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling.”

¹⁶ Art. 3 lid 3 VEU luidt als volgt: “De Unie brengt een interne markt tot stand. Zij zet zich in voor de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van een evenwichtige economische groei en van prijsstabiliteit, een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang, en van een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu.”

¹⁷ Zie art. 3 lid 6 VEU.

Dit principe wordt bevestigd in artikel 37 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie¹⁸ dat juridisch bindend is binnen het EU-recht.¹⁹

Artikel 11 VWEU is van toepassing op het EU-handelen dat voortvloeit uit de eerder in het Werkingsverdrag genoemde bevoegdheden. Zowel primair als secundair EU-recht vallen in beginsel onder de werking van artikel 11 VWEU. Het secundaire EU-recht bestaat uit regelgeving, maar ook uit individuele beschikkingen. Tevens kan men in dit kader *soft law* tot deze categorie rekenen. Artikel 11 VWEU is bovendien van toepassing op alle momenten van het wetgevings- en reguleringsproces: zowel bij de voorbereiding en totstandkoming van nieuwe communautaire maatregelen, als bij de interpretatie van reeds bestaande wetgeving zoals verordeningen en richtlijnen.²⁰

De milieu-integratiebepaling van artikel 11 VWEU is in het bijzonder gericht op het bevorderen van duurzame ontwikkeling. De nadruk op de doelstelling van duurzame ontwikkeling neemt niet weg dat artikel 11 VWEU via de ‘integratie-eisen betreffende milieubescherming’ ook andere (zij het aan duurzaamheid verbonden) milieubeginselen incorporeert. Denk hier aan het ‘vervuiler betaalt’-, het voorzorg- en het preventiebeginsel van artikel 191 lid 2 VWEU. En aan de milieudoelstellingen van artikel 191 lid 1 VWEU, waaronder het behoud, de bescherming en de verbetering van de kwaliteit van het milieu, evenals het behoedzaam gebruik van natuurlijke hulpbronnen.

Met zijn plaats in artikel 11 VWEU bevindt het milieu-integratiebeginsel zich sinds het Verdrag van Amsterdam in het Eerste Deel van de EU-/EG-Verdragen.²¹ Daarmee vertegenwoordigt het een elementair uitgangspunt

¹⁸ Art. 37 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie luidt als volgt: “Een hoog niveau van milieubescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu moeten worden geïntegreerd in het beleid van de Unie en worden gewaarborgd overeenkomstig het beginsel van duurzame ontwikkeling.”

¹⁹ Zie hierover ook J.C. Laguna de Paz, ‘Protecting the Environment Without Distorting Competition’, *Journal of European Competition Law & Practice* 2012/3, no. 3, p. 248.

²⁰ Zie ook N. Dhondt, *Integration of Environmental Protection into other EC Policies. Legal Theory and Practice* (diss. Amsterdam), Groningen: Europa Law Publishing 2003, p. 45-53.

²¹ In het EG-Verdrag van vóór de wijziging bij het Verdrag van Amsterdam uit 1997 (dat in werking is getreden op 1 mei 1999) was het milieu-integratiebeginsel opgenomen in art. 130 R lid 2 (nu: art. 174 lid 2) samen met andere milieubeginselen.

van het EU-recht en -beleid. De uitgangspunten vastgelegd in het Eerste Deel van het VWEU zijn over het algemeen van groot belang voor de interpretatie van het EU-recht en -beleid in de rechtspraak van de Unierechter.²² Het integratiebeginsel van artikel 11 VWEU zal zeker ook een voorname rol spelen op *economische* beleidsterreinen. In artikel 3 VEU zijn de beleidsdoelstellingen van duurzaamheid en milieukwaliteit opgenomen onder het objectief van de interne markt.

De integratiebeginselen van artikelen 11 en 191 VWEU richten zich primair tot de Europese wetgever en -beleidsmaker, niet tot de EU-lidstaten. De rechtspraak tendeeft dan ook naar het afwijzen van directe werking van artikelen 11 en 191 VWEU ten aanzien van de lidstaten.²³ De aanwezigheid van het principe van de Unietrouw in artikel 4 lid 3 VEU doet daar niets aan af, al verhindert het wel dat EU-lidstaten wetgeving uitvaardigen die de Europese milieuregels kan frustreren.²⁴ EU-harmonisatiewetgeving zorgt uiteraard wél voor directe verplichtingen voor EU-lidstaten. Zij moeten EU-richtlijnen tijdig en correct omzetten in nationale regelgeving.

Het Werkingsverdrag kent verschillende bases voor milieugerelateerde wetgeving. Zo bevat artikel 192 VWEU een expliciete rechtsbasis voor EU-milieuregelgeving. Een EU-maatregel ressorteert echter niet automatisch onder artikel 192 VWEU, enkel omdat hij (mede) de milieubescherming ten doel heeft.²⁵ Zo schaaft ook artikel 114 VWEU, als basis voor interne markt-regelgeving, milieubescherming onder de gebieden waarop de Europese Commissie wetgevingsvoorstellen kan doen.

Bij het Verdrag van Amsterdam is het milieu-integratieprincipe gepromoveerd van de Milieutitel naar het Eerste Deel van het EG-Verdrag, onder gelijktijdige aanscherping van de formulering. Toegevoegd is de zinsnede: "in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling".

- 22 Vgl. bijv. HvJ EG 21 februari 1973, C-6/72, ECLI:EU:C:1973:22, r.o. 24 (*Europemballage Corporation en Continental Can Company t. Commissie*), Jur. 1973/215. Zie verder A. Riley, 'The EU Reform Treaty and the Competition Protocol: Undermining EC Competition Law', *European Competition Law Review* (28) 2007, issue 12, p. 704.
- 23 Zie HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-379/92 (*Peralta*), Jur. 1994, p. I-3453, r.o. 55-58.
- 24 Zie N. Dhondt, *Integration of Environmental Protection into other EC Policies. Legal Theory and Practice* (diss. Amsterdam), Groningen: Europa Law Publishing 2003, p. 37-38.
- 25 Zie HvJ EG 11 juni 1991, C-300/89 (*Titaandioxide*), Jur. 1991, p. I-2867, r.o. 22 en HvJ EG 29 maart 1990, C-62/88 (*Griekenland t. Raad*), Jur. 1990, p. I-1527, r.o. 20.

2.2 EU-milieuregelgeving

Vóór 1987 heeft de Europese Unie (destijds Europese Gemeenschap) talrijke milieumaatregelen uitgevaardigd zonder dat hiervoor een expliciete basis bestond in het toenmalige EG-Verdrag. In het oorspronkelijke Verdrag van Rome kwam de term 'milieu' niet eens voor.²⁶ Milieubescherming was dus al lang een Europees beleidsthema alvorens zij als zodanig de volledige erkenning kreeg als rechtsbasis in de EU-Verdragen.

Op EU-niveau wordt het tegenwoordige milieubeleid in de eerste plaats gevormd door (milieu)richtlijnen.²⁷ Deze richtlijnen schetsen een kader waarbinnen de verschillende EU-lidstaten hun eigen regelgeving mogen uitvaardigen, met inachtneming van de doelen die in de (kader)richtlijn zijn aangegeven. De lidstaten behouden daarmee een belangrijke positie in het wetgevingsproces op het gebied van milieu. Zij hebben bij de omzetting een zekere keuzeruimte inzake de middelen waarmee zij de doelen van een richtlijn verwezenlijken. Het EU-recht bevat inmiddels een zeer uitgebreid gamma aan milieurichtlijnen (zoals op het vlak van afvalstoffen²⁸).

Door de jaren heen zijn ook veel andere EU-beleidsinstrumenten uitgevaardigd over het milieu. Zo vormen Europese actieplannen en declaraties een belangrijke bron van milieubeleid, evenals richtsnoeren en mededelingen van de Europese Commissie.²⁹

Een belangrijke positie is altijd voorbehouden geweest aan de milieuactieprogramma's die door Europese Commissie, Europees Parlement en Raad worden vastgesteld als leidraad voor het milieubeleid in de EU. Het Zevende Milieuactieprogramma heeft gelopen over de periode 2012-2020. Op 14 oktober 2020 publiceerde de Europese Commissie het voorstel voor het achtste milieuactieprogramma.³⁰ Dit voorstel ondersteunt de doelstel-

26 Zie J. Scott, *EC Environmental Law*, London: Longman 1998, p. 4.

27 Deze zijn talrijk en bevinden zich op een groot aantal deeltherreinen van het milieubeleid, zoals afvalverwerking, waterkwaliteit, uitstoot van broeikasgassen, natuurbescherming en biodiversiteit, geluidsoverlast.

28 Richtlijn 2008/98/EG betreffende afvalstoffen, *PbEU* 2008, L 312/3.

29 Denk bijvoorbeeld aan de Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over milieuconvenanten van 27 november 1996, COM(96)561 def.

30 Zie omtrent het achtste milieuactieprogramma: https://www.eerstekamer.nl/eu/edossier/e200017_voorstel_voor_een_besluit en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:7ae642ea-4340-11ea-b81b-01aa75ed71a1.0013.02/DOC_2&format=PDF.

lingen van de Europese Green Deal op het gebied van milieu en klimaat-actie (waarover hieronder meer).

De milieuactieprogramma's hebben altijd oog gehad voor de balans tussen milieubescherming en mededinging. Zo staat de Europese Commissie positief tegenover het gebruik van milieuconvenanten door het bedrijfsleven³¹ en stelt zij de mogelijkheid open dat milieuconvenanten concurrentiebeperkingen bevatten indien verstoring van de mededinging gerechtvaardigd is op grond van milieuoverwegingen. Formeel dienen deze convenanten in overeenstemming te zijn met de mededingingsregels uit het Werkingsverdrag,³² vandaar dat de Europese Commissie wijst op de exceptiemogelijkheden van artikel 101 lid 3 VWEU. De Commissie overweegt dat bij de toetsing aan artikel 101 lid 3 een belangenafweging plaatsvindt, waarbij "de bescherming van het milieu kan worden beschouwd als een element dat bijdraagt tot verbetering van de productie of de distributie van de producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang".³³ Ook in de checklist voor milieuconvenanten staat de afweging tussen verstoring van de mededinging en rechtvaardigingsgronden op basis van milieuoverwegingen centraal.³⁴

2.3 EU-duurzaamheidsmaatregelen

De Europese Commissie heeft al in 2007 een geïntegreerd pakket maatregelen inzake energie en klimaatverandering samengesteld om voor de eenentwintigste eeuw de emissie van schadelijke stoffen te doen dalen.³⁵

- 31 Zie de Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over milieuconvenanten, COM(96)561, 'Samenvatting', p. 3: "Milieuconvenanten hebben drie belangrijke voordelen. Zij kunnen een proactieve houding van de zijde van de industrie bevorderen, kosteneffectieve en pasklare oplossingen bieden en de verwezenlijking van milieudoelstellingen versnellen en vergemakkelijken."
- 32 Zie Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over milieuconvenanten, COM(96)561, p. 25, par. 48, derde gedachtestreepje, p. 25.
- 33 Zie de Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over milieuconvenanten, COM(96)561, par. 28, vierde alinea, p. 18.
- 34 Zie Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over milieuconvenanten, COM(96)561, p. 26, 'Checklist voor milieuconvenanten', onder punt III.
- 35 Zie Persbericht IP/07/29 van 10 januari 2007, "De Commissie stelt een geïntegreerd pakket maatregelen inzake energie en klimaatverandering voor om voor de 21e eeuw de emissies te doen dalen."

Het eerste EU-pakket met klimaat- en energiemaatregelen is in 2008 goedgekeurd,³⁶ het bevatte streefcijfers voor de periode naar 2020.³⁷

De Europese Commissie heeft in 2015 een strategie voor een energie-unie gepubliceerd.³⁸ Deze is gericht op het opbouwen van een energie-unie die consumenten in de EU-huishoudens en bedrijven veilige, duurzame, concurrerende en betaalbare energie biedt. Op basis van Commissievoorstellen is uiteindelijk een achttal energiewetten/-maatregelen ingevoerd in het kader van de *Clean energy for all Europeans package*.³⁹ De EU-lidstaten hebben enkele jaren de tijd om de nieuwe richtlijnen in nationaal recht om te zetten.

Voorts is de Europese Unie in 2019 met een omvangrijk programma van aanpak gekomen in de vorm van de Europese Green Deal.⁴⁰ De EU ziet klimaatverandering en aantasting van het milieu als een existentiële bedreiging voor Europa en de wereld. Om die uitdagingen het hoofd te bieden, heeft Europa in de ogen van de EU een nieuwe groeistrategie nodig die draait op verduurzaming van de economie.

- 36 Raad van de Europese Unie neemt wetgevingspakket klimaat-energie aan, 8478/09 (Presse 83), Persmededeling 2936e zitting van de Raad, Justitie en Binnenlandse Zaken, Luxemburg, 6 april 2009.
- 37 Het gaat bij deze streefcijfers om (i) een vermindering van de uitstoot van broeikasgassen met 20% (ten opzichte van 1990); (ii) een verhoging van het aandeel hernieuwbare energie tot 20%; en (iii) een verbetering van de energie-efficiëntie met 20%. Om deze doelstellingen te halen heeft de EU het emissiehandelssysteem (ETS) tot stand gebracht en later hervormd. Het ETS is er vooral op gericht de broeikasgasemissies van energie-intensieve industrieën en elektriciteitscentrales terug te dringen.
- 38 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité, het Comité van de regio's en de Europese investeringsbank, 'Een kaderstrategie voor een schokbestendige energie-unie met een toekomstgericht beleid inzake klimaatverandering', 25 februari 2015, COM(2015)80 final.
- 39 Het gaat om de volgende maatregelen: (i) Verordening (EU) 2019/941 (betreffende risicoparaatheid in de elektriciteitssector); (ii) Verordening (EU) 2019/942 (oprichting van een Agentschap van de Europese Unie voor de samenwerking tussen energieregulators); (iii) Verordening (EU) 2019/943 (betreffende de interne markt voor elektriciteit –erschikking); (iv) Richtlijn 2019/944/EU (betreffende de interne markt voor elektriciteit); (v) Richtlijn 2018/844/EU (betreffende de energieprestatie van gebouwen en betreffende energie-efficiëntie); (vi) Verordening (EU) 2018/1999 (inzake de governance van de energie-unie en van de klimaat-actie); (vii) Richtlijn 2018/2001/EU (ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen –erschikking); (viii) Richtlijn 2018/2002/EU (betreffende energie-efficiëntie).
- 40 Zie het European Green Deal-programma voor de jaren 2019-2024: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en.

De Europese Green Deal omvat onder meer een actieplan⁴¹ om het efficiënte gebruik van hulpbronnen te stimuleren via omschakeling naar een schone, circulaire economie. Tevens richt het actieplan zich op een herstel van de biodiversiteit en op het terugdringen van vervuiling. Ook omvat het Green Deal programma een Europese Klimaatwet die op 29 juli 2021 van kracht is geworden.⁴² De Klimaatwet zet politieke engagementen op dit onderwerp om in wettelijke verplichtingen. De wet borduurt (deels) voort op het eerdergenoemde *clean energy pakket* dat in de afgelopen jaren is opgebouwd. Meer concreet legt de EU-Klimaatwet de doelstelling van de Europese Green Deal om de Europese economie en samenleving in 2050 klimaatneutraal te maken, in wetgeving vast. De wet stelt ook de tussentijdse doelstelling vast om de netto uitstoot van broeikasgassen tegen 2030 met ten minste 55% te verminderen ten opzichte van het niveau van 1990. Klimaatneutraliteit tegen 2050 betekent dat de EU-landen als geheel netto geen broeikasgassen meer uitstoten, voornamelijk door de uitstoot te verminderen, te investeren in groene technologieën en de natuurlijke omgeving te beschermen.

De doelstellingen van de Europese Green Deal strekken zich uit over alle sectoren van de economie. Het gaat daarbij om investeringen in milieuvriendelijke technologieën en de verdere ondersteuning van innovatie. Het uitrollen van schonere, goedkopere en gezondere vormen van particulier en openbaar vervoer vormt een belangrijke doelstelling, evenals het decarboniseren van de energiesector. Gebouwen moeten energiezuiniger worden. Ten slotte dient internationaal samengewerkt te worden om de wereldwijde milieunormen te verbeteren.⁴³ De Raad van de EU heeft in april 2023 vijf wetten aangenomen om de uitstoot van broeikasgassen in de belangrijkste economische sectoren van de EU terug te dringen en koolstoflekkagegevoelige sectoren doeltreffend te ondersteunen bij de klimaattransitie.⁴⁴

41 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees economisch en sociaal comité en het Comité van de regio's inzake De Europese Green Deal, 11 december 2019, COM(2019)640 final.

42 Zie Verordening (EU) 2021/1119 van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 2021 tot vaststelling van een kader voor de verwezenlijking van klimaatneutraliteit, en tot wijziging van Verordening (EG) 401/2009 en Verordening (EU) 2018/1999 (Europese klimaatwet).

43 Zie hierover https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en.

44 Zie hierover <https://www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2023/04/25/fit-for-55-council-adopts-key-pieces-of-legislation-delivering-on-2030-climate-targets/>.

De Europese Klimaatwet grijpt niet specifiek in op het commune mededingingsrecht zelf, zoals dat recent bijvoorbeeld wel is gebeurd op het vlak van sectorspecifieke landbouwwetgeving.⁴⁵ Er worden via de Klimaatwet geen nieuwe mededingingsrechtelijke regels of instrumenten ingevoerd ter beslechting van eventuele samenloopgevallen van mededingings- en duurzaamheidsbelangen. De toepassing van mededingingsrechtelijke verboden op duurzaamheidsafspraken tussen ondernemingen, en de afweging van belangen die daarin besloten kan liggen, blijven in die zin plaatsvinden binnen reeds bestaande mededingingsrechtelijke kaders en structuren.

2.4 De betekenis en de kracht van het milieu-integratiebeginsel

EU-beleid en -regelgeving die in de kern niet zijn gericht op milieu dienen uit hoofde van het milieu-integratiebeginsel toch met de eisen inzake milieubescherming rekening te houden. Dit vloeit immers voort uit artikel 11 VWEU, zoals hierboven toegelicht. Ook de uitvoering van het mededingingsregime ontsnapt dus niet aan de integratie van milieubelangen.⁴⁶

Bij de toepassing van het mededingingsrecht dient derhalve rekening te worden gehouden met milieubelangen. De vraag daarbij is wat de term 'integratie' nu exact betekent, en hoe het integratieproces binnen dit rechtsgebied verloopt.

Volgens de literatuur zijn er drie mogelijke interpretaties van de integratieverplichting die uit artikel 11 VWEU voortvloeit: een *zwakke* ('rekening houden met'), een *sterke* ('in acht nemen'), en een *erg sterke* ('prioriteit geven aan').⁴⁷ Zij acht de tweede uitleg het meest plausibel.⁴⁸ Inachtneming van milieudoelstellingen bij beleidsvorming op andere EU-terreinen impliceert het zoeken naar een evenwicht tussen de verschillende doelstellingen. Ook in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU (Hof van Justitie EU) zijn aanwijzingen te vinden van deze lijn.⁴⁹

45 Zie over de sectorspecifieke mededingingsexceptie voor landbouw ook par. 3.1.

46 Zie ook R. Jacobs, 'EEC competition law and the protection of the environment', *Legal Issues of European Integration* (20) 1993, issue 2, p. 47-48.

47 Zie N. Dhondt, *Integration of Environmental Protection into other EC Policies. Legal Theory and Practice* (diss. Amsterdam), Groningen: Europa Law Publishing 2003, p. 84.

48 Dhondt 2003, p. 529.

49 Zie HvJ EG 7 februari 1985, 240/83 (ADBU), *Jur.* 1985, p. 531, r.o. 12, 13; HvJ EG 17 september 2002, C-513/99 (*Concordia Bus Finland Oy Ab t. Helsingin kaupunki en HKL-Bussiliikenne*), *Jur.* 2002, p. I-7213, r.o. 57.

In de literatuur is de heersende leer dan ook dat wanneer (EU-)beleids-terreinen samenkomen of conflicteren, geen enkel beleidsdomein en geen van de Verdragsrechtelijke integratiebepalingen formeel voorrang genieten – ook artikel 11 VWEU niet.⁵⁰ Het milieu-integratiebeginsel brengt dus niet mee dat het EU-milieubeleid een bepaalde prioriteit (juridische meerwaarde) heeft op de overige beleidsterreinen van de EU.⁵¹

In de specifieke verhouding tussen mededinging en milieu leggen de EU-verdragen ook geen hiërarchie op ten faveure van een van beide waarden.⁵² Integratie is het uitgangspunt,⁵³ waarbij in de literatuur wordt verwezen naar artikel 101 lid 3 VWEU als aanknopingspunt voor een dergelijke integratie.⁵⁴ Op de integratie van milieubelangen in het mededingingsrecht kom ik in paragraaf 4 en paragraaf 5 van dit hoofdstuk uitgebreid terug.

3. De werking van het mededingingsrecht en de omgang met duurzaamheidsbelangen binnen dit rechtsgebied

3.1 Beschrijving van het kartelverbod en de systematiek van excepties op het verbod

Het mededingingsrecht bestaat klassiek uit drie onderdelen: (i) het kartelverbod; (ii) het verbod op misbruik van een economische machtspositie; en (iii) het concentratiecontroleregime. In mededingingsrechtelijke zaken die draaien om milieu- en duurzaamheidsafspraken die zijn gemaakt tussen ondernemingen of die zijn opgezet vanuit ondernemersorganisaties, zal veelal het kartelverbod centraal staan.

50 Zie J.H. Jans, H.G. Sevenster & H.H.B. Vedder (red.), *Europees Milieurecht in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 32. Zie voor een afwijkende opinie: H.J. Gläser, 'Die Einheitliche Europäische Akte', *Europarecht* (21) 1986-2, p. 140; D.H. Scheuing, 'Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte', *Europarecht* (24) 1989-2, p. 176-177.

51 Vgl. ook K.J.M. Mortelmans, 'Naar een vernieuwd mededingingsrecht in Europa', *Ars Aequi* 2001/5, p. 345.

52 Zie A. Nikpay, L. Kjølbye & J. Faull, 'Article 81', in: J. Faull & A. Nikpay (eds.), *The EC Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 185-186.

53 Uit een oogpunt van interne samenhang binnen de EU-verdragen zou het logisch en rechtens juist zijn om daar waar beleidsterreinen samenkomen of conflicteren integratie toe te passen. Zie J.H. Jans, H.G. Sevenster & H.H.B. Vedder (red.), *Europees Milieurecht in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 4-5.

54 Zie J. Bouckaert, 'De verenigbaarheid van milieubeleidsovereenkomsten met het Europees kartelrecht', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1993/1, p. 103-106.

Het kartelverbod is geregeld in artikel 101 VWEU. Artikel 101 lid 1 VWEU verbiedt alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen EU-lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de EU-markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Het Nederlandse kartelverbod in artikel 6 lid 1 Mededingingswet (Mw) komt sterk overeen met de EU-variant (het mist enkel het element van de ongunstige beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer).

Het kartelverbod kent zowel wettelijke als buitenwettelijke uitzonderingsgronden. Zo bevat artikel 101 lid 3 VWEU (alsook het Nederlands rechtelijke equivalent van art. 6 lid 3 Mededingingswet) een generieke exceptiemogelijkheid op het (kartel)verbod van lid 1.⁵⁵ Een uitzondering op grond van artikel 101 lid 3 VWEU is mogelijk indien de mededingingsbeperkende afspraak of het mededingingsbeperkende ondernemersverenigingsbesluit voldoet aan vier voorwaarden:

1. De eerste eis is dat de overeenkomst een economische of technische meerwaarde heeft in de vorm van een bijdrage aan de verbetering van de productie of distributie, dan wel aan de economische of technische vooruitgang.⁵⁶ Er moet sprake zijn van duidelijk objectieve voordelen.⁵⁷
2. De tweede voorwaarde is dat een billijk aandeel van de voordelen uit de kartelovereenkomst aan anderen dan aan de ondernemer toekomt, namelijk aan de gebruikers. Denk hierbij vooral aan consumenten, groothandelaren en detailhandelaren.⁵⁸ Het gaat hier om een ruime categorie: als begunstigten worden beschouwd alle gebruikers die direct of indirect (individueel of in het algemeen) voordeel trekken uit de kartelafpraak. Economische of technische voordelen kunnen opwegen tegen mededingingsnadelen die ook voortvloeien uit de kartelafpraak, waardoor er toch sprake is van een economisch 'voordelige' situatie.

De economische of technische voordelen moeten in ieder geval deels de markt(partijen) ten goede komen die worden getroffen door de in de afspraak besloten mededingingsbeperking.⁵⁹ Wanneer twee markten verwant

55 Ik laat andere excepties zoals art. 106 lid 2 VWEU (DAEB-exceptie) of art. 7 Mededingingswet (bagatelbepaling) buiten het bestek van deze bijdrage.

56 Voorbeelden hiervan zijn lagere productiekosten en de ontwikkeling van nieuwe productietechnieken of -methoden.

57 Zie P.J.G. Kapteyn & P. VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 662.

58 Zie A. Jones & B. Sufrin, *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 268.

59 Jones & Sufrin 2019, p. 268.

zijn, kunnen de op afzonderlijke markten behaalde efficiëntieverbeteringen in aanmerking worden genomen, mits de gebruikers die door de beperking worden getroffen en de gebruikers die van de efficiëntiewinsten profiteren, grotendeels dezelfde groep zijn.⁶⁰ De voordelen hoeven niet meteen effectief te worden, maar mogen ook pas op de langere termijn optreden⁶¹ – al kan het lastig zijn voor ondernemingen om dit in voldoende mate aan te tonen.⁶²

3. De derde voorwaarde betreft het element van evenredigheid. De beperking van de concurrentie die uit de overeenkomst voortvloeit moet onmisbaar zijn om de genoemde positieve aspecten te verwezenlijken.
4. De vierde voorwaarde betreft zowel een fundamenteel beginsel van het EU-mededingingsregime als een extra waarborg dat aan de andere drie voorwaarden de hand zal worden gehouden. Deze eis luidt dat de concurrentie op de desbetreffende (product)markt nooit grotendeels mag worden uitgeschakeld, zodat een marktbeheersende positie ontstaat voor het kartel van samenwerkende ondernemingen.

Waar artikel 101 lid 1 VWEU is gericht op de instandhouding van het proces van werkzame mededinging, daar gaat het bij de toepassing van lid 3 primair om economische en technische belangen,⁶³ die ten gunste (moeten) komen van de consument.⁶⁴ Dit neemt niet weg dat de zwaarte van de betrokken mededingingsbeperking(en) wel degelijk (mede) de speelruimte bepaalt voor het maken van een uitzondering onder artikel 101 lid 3 VWEU.

Naast wettelijke uitzonderingsbepalingen bestaan ook zogenaamde 'buitenwettelijke' uitzonderingsgronden. Het betreft hier exceptiegronden die in de rechtspraak van (in het bijzonder) het Hof van Justitie EU tot ontwikkeling zijn gekomen.

60 Zie Mededeling van de Europese Commissie met Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81, lid 3, van het Verdrag, *PbEU* 2004, C 101/97, randnr. 43.

61 Zie R. Jacobs, 'EEC competition law and the protection of the environment', *Legal Issues of European Integration* (20) 1993, issue 2, p. 56-57.

62 Zie A. Jones & B. Sufrin, *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 268.

63 Denk aan kernwoorden als productie, distributie, technische of economische vooruitgang.

64 Zie voor een beschrijving van consumentenwelvaart als kernwaarde (achter de toepassing) van art. 81 lid 3: Ph. Nicolaides, 'The Balancing Myth: The Economics of Article 81(1) & (3)', *Legal Issues of Economic Integration* (32) 2005, issue 2, p. 124, 127, 134, 136, 137.

De *rule of reason* (ook wel *Wouters-exceptie* genaamd) is waarschijnlijk de bekendste uitzonderingsvorm.⁶⁵ Maar er zijn meer methoden en anderzortige typering, zoals de leer van de inherente beperkingen en de *Brentjens-exceptie*.⁶⁶ De vraag is of de figuur van de *rule of reason* ook zijn waarde kan hebben in de omgang van het antitrustrecht met milieuovereenkomsten,⁶⁷ en of de inzet van deze jurisprudentiële exceptiemethode in de milieucasuïstiek nodig is.

Mededingingsautoriteiten zoals de Europese Commissie en de ACM hebben in milieu- en duurzaamheidszaken veelal aansluiting gezocht bij de exceptiemogelijkheid van lid 3 van het kartelverbod,⁶⁸ en niet of nauwelijks bij de *rule of reason*. Met de 'economisering' van milieu(beschermings) aspecten en de generalisatie van het 'consumentenvoordeel' is lid 3 een redelijk effectief uitzonderingsinstrument in milieuzaken gebleken⁶⁹ – ook al kunnen vragen worden gesteld op het punt tot hoever de relevante criteria uit lid 3 zijn op te rekken.

Artikel 101 lid 3 VWEU en het Nederlandse equivalent van artikel 6 lid 3 Mw hebben zich in de beschikkingspraktijk van de EC en de ACM dus tot een belangrijk uitzonderingsinstrument in duurzaamheids- en milieuzaken ontwikkeld. Ook in de recente hervormingsoperaties van de toepassing van het mededingingsrecht op het vlak van duurzaamheidsinitiatieven (in de vorm van onder meer de ACM-Leidraad Duurzaamheidsafspraken en de EU-beleidsinitiatieven op het vlak van horizontale

65 Zie over deze figuur J.C.A. Houdijk, *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 88-96.

66 Zie K.J.M. Mortelmans, 'Naar een vernieuwd mededingingsrecht in Europa', *Ars Aequi* 2001/5, p. 346.

67 Zie voor een bevestigend antwoord c.q. positieve benadering: E.H. Pijnacker Hordijk, 'Beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod', *Markt & Mededinging* 2013/6, p. 187-195; en J.H. Jans & H.H.B. Vedder, *European Environmental Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2008, p. 273, die beide aansluiten bij de *Wouters*-leer. Voor een meer afwerende visie op het gebruik van de *Wouters*-exceptie bij duurzaamheidsinitiatieven, ten faveure van een verdergaande inschakeling van art. 6 Mw/art. 101 VWEU lid 3, zie N. Rosenboom, 'Naschrift bij: Beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod', *Markt & Mededinging* 2014/3, p. 116-119. Zie ook N. Rosenboom, 'Hoe passen overeenkomsten met het oog op duurzaamheid binnen de rechtstreeks werkende uitzondering van het karteltoezicht?', *Tijdschrift voor Toezicht* 2012/3, nr. 1, p. 40-55.

68 Graag verwijs ik naar de in par. 1 vermelde EC- en ACM-besluiten in milieu- en duurzaamheidszaken.

69 Zie J.C.A. Houdijk, *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 672-673.

overeenkomsten) komt 'lid 3' steeds als ijkpunt terug. In de volgende paragrafen ga ik nader in op de vraag welke aanpassingen in de toepassingswijze van lid 3 in de hervormingsvoorstellen naar voren komen.

Naast de 'generieke' wettelijke en buitenwettelijke excepties zijn er ook nog sectorgebonden uitzonderingen op het kartelverbod ingesteld, zoals de exceptie voor duurzame landbouwiniciatieven. Deze uitzondering is ingevoerd bij Verordening 2021/2117⁷⁰ die onder meer artikel 210 bis van Verordening (EG) 1308/2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten (GMO-verordening) heeft gewijzigd. De exceptie sluit bepaalde beperkende overeenkomsten in de landbouwsector uit van het kartelverbod, wanneer die overeenkomsten onmisbaar zijn om milieudoelstellingen te verwezenlijken. Het gaat daarbij om drie doelstellingscategorieën: (i) milieubescherming; (ii) vermindering van het gebruik van pesticiden en antimicrobiële resistentie; en (iii) diergezondheid en dierenwelzijn. De exceptie van artikel 210 bis geldt alleen voor overeenkomsten die zijn gesloten door landbouwproducenten, hetzij onderling, hetzij met andere actoren in de agrovoedingsketen, zoals ondernemingen die bijdragen leveren voor de productie, de distributie, het vervoer of de verpakking van een product. Overeenkomsten tussen uitsluitend marktdeelnemers in de agrofoodketen waarbij geen landbouwproducenten zijn betrokken, komen niet voor de uitzondering in aanmerking, ook al heeft de overeenkomst betrekking op een landbouwproduct.

Momenteel loopt een openbare consultatie over ontwerp-Richtsnoeren voor duurzaamheidsovereenkomsten in de landbouwsector die de 'GMO'-exceptie van een nadere invulling zullen voorzien.⁷¹ De ontwerp-Richtsnoeren lichten toe hoe marktdeelnemers die actief zijn in de agrovoedingssector gezamenlijke duurzaamheidsinitiatieven kunnen opzetten

70 Zie Verordening (EU) 2021/2117 van het Europees Parlement en de Raad van 2 december 2021 tot wijziging van de Verordeningen (EU) 1308/2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten, (EU) 1151/2012 inzake kwaliteitsregelingen voor landbouwproducten en levensmiddelen, (EU) 251/2014 inzake de definitie, de aanduiding, de aanbiedingsvorm, de etikettering en de bescherming van geografische aanduidingen van gearomatiseerde wijnbouwproducten en (EU) 228/2013 houdende specifieke maatregelen op landbouwgebied ten behoeve van de ultraperifere gebieden van de Unie.

71 Zie Persbericht Europese Commissie d.d. 10 januari 2023, 'Antitrustbeleid: Commissie verzoekt om opmerkingen over ontwerp-Richtsnoeren voor duurzaamheidsovereenkomsten in de landbouw', te raadplegen via: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/ip_23_102.

in overeenstemming met artikel 210a. Zo verduidelijken de Richtsnoeren dat de milieubeschermingsdoelstelling onder meer betrekking heeft op overeenkomsten om de bodem te beschermen en de bodemresistentie tegen erosie te verbeteren, teneinde de biodiversiteit te vergroten of de bodemsamenstelling te verbeteren. Om van de exceptie te kunnen profiteren, moeten de samenwerkende partijen een duurzaamheidsstandaard vaststellen c.q. hanteren die hoger is dan wat verplicht is op grond van geldende EU- of nationale wetgeving. Het is de bedoeling van de Europese Commissie om de Richtsnoeren uiterlijk op 8 december 2023 van kracht te laten zijn.⁷²

De focus van dit hoofdstuk ligt op de 'generieke' exceptie van artikel 101 lid 3 VWEU. Omwille van de beknoptheid van deze bijdrage, ga ik verder niet in op bovengenoemde specifieke landbouwexceptie.

3.2 Mededingingsrechtelijke beleidsontwikkelingen op EU- en nationaal (Nederlands) niveau

Het EU Green Deal programma, waaronder de Europese klimaatwet, bevat zelf geen specifieke regels omtrent de doorwerking(swijze) van duurzaamheidsbelangen in het mededingingsrecht. Het schrijft ook niet voor dat het mededingingsrecht op een bepaalde manier buiten toepassing zou moeten blijven bij duurzaamheidsinitiatieven. De Green Deal geeft wel een signaal af dat duurzaamheid een nóg belangrijker beleidsdoelstelling is geworden binnen Europa dan zij al was. Het is in beginsel aan het mededingingsrecht zelf om dit uitgangspunt al dan niet verder in zijn toepassingswijze te implementeren.

In sommige EU-lidstaten is op nationaal niveau rond het jaar 2020 de toepassing van het mededingingsrecht op milieu- en duurzaamheidsafspraken opnieuw onder de loep genomen, in het bijzonder in Nederland door de ACM. De ACM heeft zich daarmee een voortrekkersrol aangemeten in Europa waar het gaat om de verkenning van mogelijkheden om meer ruimte te creëren onder het mededingingsrecht voor private duurzaamheidsinitiatieven.⁷³

72 Zie hierover ook de Leidraad samenwerking landbouwers d.d. 1 september 2022, met documentkenmerk ACM/UIT/583180 en zaaknummer ACM/22/177044, p. 14-15.

73 Zie over het achterliggende vraagstuk van de positie van de ACM ten opzichte van de Europese Commissie bij de interpretatie van mededingingsregels: A. Ger-

Het laatste ACM-visiedocument betreffende duurzaamheid dateerde alweer uit 2014,⁷⁴ en was derhalve toe aan een herijking. In de tussentijd (in 2016) heeft de Minister van Economische Zaken overigens nog wel een (nieuwe versie van de) Beleidsregel mededinging en duurzaamheid uitgevaardigd,⁷⁵ en is de ACM met enige korte uitgangspunten gekomen over de wijze waarop zij toezicht houdt op duurzaamheidsafspraken.⁷⁶

In juli 2020 heeft de ACM een concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken ter consultatie gepubliceerd.⁷⁷ Na verwerking van de reacties heeft de ACM de Leidraad in februari 2021 in tweede concept vastgesteld.⁷⁸ De Leidraad beschrijft de mogelijkheden die er zijn in het mededingingsrecht voor ondernemingen om afspraken te maken om de economie en de samenleving duurzamer te maken.

Onder duurzaamheid valt onder andere de bescherming van milieu, biodiversiteit, klimaat, volksgezondheid, dierenwelzijn en eerlijke handel. Duurzaamheidsafspraken zijn er doorgaans op gericht om zuiniger (efficiënter) om te gaan met grondstoffen, om uitstoot van vervuulende stoffen en afvalstromen te beperken, of om anderszins de negatieve impact van economische activiteiten op mens, dier, klimaat, milieu of natuur te beperken. In dat kader kunnen duurzaamheidsafspraken in essentie dus een positieve economische bijdrage leveren. In de nieuwe benadering van de ACM neemt de exceptie van artikel 101 lid 3 VWEU een belangrijke plaats in.

brandy, 'Duurzaamheidsbelangen in het mededingingsrecht. De positie van de ACM ten opzichte van het Hof van Justitie en de Europese Commissie', *Markt & Mededinging* 2013/9, p. 326-332.

74 Zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12932/Visie-op-mededinging-en-duurzaamheid-ruimte-voor-duurzaam-ondernemen>.

75 Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 30 september 2016, nr. WJZ/16145098, houdende beleidsregels inzake de toepassing door de Autoriteit Consument & Markt van art. 6, derde lid, van de Mededingingswet bij mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid, *Stcrt.* 5 oktober 2016, 52945. Zie hierover J. Wubbels, 'Wat kunnen we doen aan de remmende werking van het mededingingsrecht op duurzaamheidsinitiatieven?', *Markt & Mededinging* 2016/5, p. 196-197.

76 'Uitgangspunten toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken'. Zie <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/concurrentie-en-afspraken-tussen-bedrijven/duurzaamheid-en-concurrentie/uitgangspunten-toezicht-acm-op-duurzaamheidsafspraken>.

77 Zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken>.

78 Zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/2e-concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken-mogelijkheden-binnen-het-mededingingsrecht>.

Daarnaast heeft de ACM samen met de Griekse mededingingsautoriteit een technisch rapport (*Technical Report on Sustainability and Competition*)⁷⁹ laten opstellen dat de academische basis vormt voor een meer open benadering van duurzaamheidsafspraken in het mededingingsbeleid. Het rapport beschrijft de concepten van negatieve externe effecten en milieuschade. Daarnaast geeft het rapport een uitgebreid overzicht van de empirische instrumenten om duurzaamheidsvoorwaarden te meten.

In een Legal Memo⁸⁰ heeft de ACM de juridische grondslag voor haar nieuwe benadering verder uitgewerkt, in het bijzonder met betrekking tot de ruimere interpretatie van artikel 101 lid 3 VWEU.

De inhoud van bovenstaande ACM-documenten zal worden geanalyseerd in paragraaf 4.

In het kader van de Green Deal en de nadruk op de aanpak van *climate change* zijn er ook in de Europese Unie nieuwe initiatieven ontplooid om te komen tot een herziene benadering van duurzaamheidsafspraken tegen de achtergrond van scherpere milieudoelstellingen.

De Europese Commissie heeft in 2020 een *call for contributions* uitgezet over hoe mededingingsregels en duurzaamheidsbeleid op elkaar inwerken (*Competition policy and the Green Deal*). In het kader van deze consultatie-ronde zijn ongeveer tweehonderd bijdragen bij de EC binnengekomen uit zeer diverse hoeken (zoals industrie, milieugroeperingen, consumentenorganisaties en academici).⁸¹ Vervolgens heeft de Commissie een conferentie gewijd aan het onderwerp mededinging en duurzaamheid (in februari 2021),⁸² en een *Competition Policy Brief* uitgebracht over het onderwerp (in

79 Zie 'Technical Report on Sustainability and Competition', januari 2021, te raadplegen via: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/technisch-rapport-duurzaamheid-en-mededinging>.

80 Zie ACM Legal Memo, 27 september 2021, te raadplegen via: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/acm-fair-share-for-consumers-in-a-sustainability-context.pdf>.

81 De EC heeft de ontvangen bijdragen via de website 'Competition Policy Contributing to the European Green Deal' toegankelijk gemaakt: zie https://competition-policy.ec.europa.eu/consumers/green-gazette/conference-2021_nl.

82 Zie 'The Greening Competition conference' op https://competition-policy.ec.europa.eu/consumers/green-gazette/conference-2021_en.

september 2021).⁸³ Verder geeft de Commissie aandacht aan het topic in de nieuwe concept-Richtsnoeren voor horizontale overeenkomsten⁸⁴ die in 2022 in concept zijn opgesteld in het kader van de herziening van de twee 'horizontale' Groepsvrijstellingen op het vlak van Onderzoek&Ontwikkeling en Specialisatie.⁸⁵

De inhoud van bovenstaande EU-documenten zal worden besproken in paragraaf 5.

4. Een hernieuwde interpretatie van het mededingingsrecht in duurzaamheidszaken: Nederland gidsland?

De ACM heeft met de recente publicatie van de Leidraad Duurzaamheidsafspraken, het ACM Legal Memo en het *Technical Report on Sustainability and Competition*, het voortouw genomen in Europa waar het gaat om de verruiming van mogelijkheden onder het mededingingsrecht voor private duurzaamheidsinitiatieven.

Deze paragraaf richt zich op de analyse van de door de ACM geformuleerde 'hervormde' toepassing van de lid 3-methodologie.⁸⁶ De ACM volgt in haar nieuwe benadering zoveel mogelijk een lijn die reeds was uitgezet in de Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken.⁸⁷ Met de recente Leidraad verduidelijkt en versoepelt de ACM (op onderdelen) haar visie op duurzaamheidsgerichte afspraken en biedt zij ondernemingen concrete richtsnoeren waar dergelijke afspraken onder het mededingingsrecht aan dienen te voldoen.

De ACM onderscheidt in haar Leidraad Duurzaamheidsafspraken drie categorieën afspraken die ieder een andere mededingingsrechtelijke beoordeling kennen:

83 Zie Competition Policy Brief van 10 september 2021, getiteld 'Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition', te raadplegen via: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/63c4944f-1698-11ec-b4fe-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>.

84 De nieuwe Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten is te raadplegen via: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-hbers_en.

85 Zie 'Review of the two Horizontal Block Exemption Regulations', op https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2019-hbers_en.

86 Voor een volledige analyse van de Leidraad Duurzaamheidsinitiatieven is met het oog op de focus en gelimiteerde omvang van dit hoofdstuk geen plaats.

87 Zie Leidraad Duurzaamheidsafspraken (tweede concept), randnr. 31.

1. Duurzaamheidsafspraken zonder mededingingsbeperkingen.
2. Duurzaamheidsafspraken met voordelen die opwegen tegen de mededingingsbeperkingen.
3. Duurzaamheidsafspraken die tot stand komen in overleg met de ACM (beoordeling door ACM).

Ik zal deze drie categorieën hieronder nader toelichten, en daarbij tevens aangeven op welke onderdelen de ACM haar toepassingsbeleid nu wijzigt (versoepelt).

4.1 Duurzaamheidsafspraken die de mededinging niet beperken

Niet alle afspraken tussen ondernemingen vallen onder het kartelverbod. Afspraken die bijvoorbeeld betrekking hebben op minder belangrijke concurrentieparameters en waarvan het effect op de concurrentie verwaarloosbaar is, kunnen buiten de reikwijdte van het kartelverbod vallen.⁸⁸ Denk in dit geval aan duurzaamheidsinitiatieven die wegblijven bij afspraken over prijs, service of distributiewijze.⁸⁹ Duurzaamheidsafspraken die de productkwaliteit, productvariëteit, innovatie of marktintroductie van nieuwe producten bevorderen zullen vaak juist de mededinging stimuleren.⁹⁰

De Leidraad Duurzaamheidsafspraken onderscheidt in dit kader de volgende vijf categorieën aan duurzaamheidsafspraken die geheel buiten het kartelverbod blijven, omdat ze überhaupt niet mededingingsbeperkend worden geacht:

1. Samenwerking ter stimulering van een gemeenschappelijk doel, zoals een verlaging van CO₂-emissie.
2. Gezamenlijke standaarden, labels of keurmerken over het gebruik van grondstoffen, productiemethoden, dierenwelzijn, etc., mits de voorwaarden objectief en transparant zijn.
3. Afspraken die een kwaliteitsverbetering van producten beogen waarbij bepaalde minder duurzaam geproduceerde producten niet meer worden verkocht (verkoop-stop).
4. Samenwerking in de opstartfase van bedrijfsactiviteiten om nieuwe producten op een (nieuwe) markt te introduceren. Voorwaarde is dat het gezamenlijk optreden niet langer doorloopt dan noodzakelijk.

88 Zie Leidraad Duurzaamheidsafspraken (tweede concept), randnr. 12.

89 Zie Leidraad Duurzaamheidsafspraken (tweede concept), randnr. 19.

90 Zie Leidraad Duurzaamheidsafspraken (tweede concept), randnr. 20.

5. Afspraken (convenanten) tussen ondernemingen om wetten en normen te respecteren van landen buiten Europa waarin zij actief zijn. Denk hierbij aan een verbod op illegale houtkap, maar ook aan een verbod op kinderarbeid, de betaling van een wettelijk minimumloon of een verbod op omkoping.⁹¹

4.2 Duurzaamheidsafspraken met voordelen die opwegen tegen de mededingingsbeperkingen

De generieke uitzonderingsgrond van lid 3 in artikel 101 VWEU en artikel 6 Mw is, zoals beschreven in paragraaf 3.1, gebonden aan vier cumulatieve voorwaarden:

1. De afspraken dragen bij tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang;
2. De gebruikers van de betrokken producten ontvangen van die voordelen een billijk aandeel;
3. De mededingingsbeperking is onmisbaar;
4. De mededinging wordt niet voor een substantieel deel van de betrokken producten uitgeschakeld.

De Leidraad Duurzaamheidsafspraken legt een koerswijziging neer wat betreft de toepassing van de tweede voorwaarde: het voordeel voor de gebruikers. Om aan dit criterium te voldoen moet een billijk deel van de voordelen toevallen aan de gebruikers (afnemers) van de producten die het voorwerp zijn van een afspraak. Dit kunnen de huidige gebruikers zijn en toekomstige gebruikers. Ook kan het zowel om directe gebruikers gaan als om indirecte gebruikers, lager in de bedrijfskolom en (uiteindelijk) de eindconsument.⁹²

4.2.1 Wat valt onder een billijk aandeel voor de gebruiker?

In het bijzonder voor duurzaamheidsafspraken is belangrijk wat moet worden verstaan onder het begrip 'billijk aandeel voor de gebruiker'. Als algemeen uitgangspunt geldt daarbij dat de gebruikers ten minste moeten worden gecompenseerd voor de nadelen die zij van de mededingingsbeperking ondervinden. De gebruikers moeten daarbij, per relevante markt, als groep worden gezien.⁹³

⁹¹ Zie Leidraad Duurzaamheidsafspraken (tweede concept), randnr. 23-27.

⁹² Zie Leidraad Duurzaamheidsafspraken (tweede concept), randnr. 43.

⁹³ Zie Leidraad Duurzaamheidsafspraken (tweede concept), randnr. 45.

In de Leidraad Duurzaamheidsafspraken past de ACM dit uitgangspunt aan voor een bepaald type duurzaamheidsafpraak, namelijk milieuschadeafspraken. Als voorwaarde geldt wel dat de afspraken in kwestie een efficiënte bijdrage leveren aan de naleving van een internationale of nationale norm ter voorkoming van milieuschade. Milieuschadeafspraken richten zich op het verbeteren van productieprocessen die schade veroorzaken voor mens, milieu en natuur. Overige duurzaamheidsafspraken zien bijvoorbeeld op dierenwelzijn, sociale duurzaamheid en arbeidsomstandigheden.

De aanpassing c.q. afwijking ten opzichte van de heersende toepassingsleer bestaat erin dat de gebruikers niet volledig hoeven te worden gecompenseerd. Vanaf nu worden de voordelen voor de gehele samenleving meegenomen in de beoordeling.⁹⁴ Dit kan bedrijven helpen om voordelen van milieuschadeafspraken gemakkelijker te onderbouwen. Immers, de relevante 'doelgroep' is veel groter geworden. Voor overige duurzaamheidsafspraken blijft gelden dat de gebruikers volledig gecompenseerd moeten worden door de voordelen van de afspraken.

In een Legal Memo⁹⁵ heeft de ACM de juridische grondslag voor haar nieuwe benadering verder uitgewerkt, in het bijzonder met betrekking tot de ruimere interpretatie van artikel 101 lid 3 VWEU.

De ACM betoogt daarin dat de tweede conditie van artikel 101 lid 3 VWEU ("mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt") op zichzelf beschouwd niet suggereert dat volledige compensatie van consumenten is vereist, laat staan van consumenten op de markt waarin het product of de dienst wordt verkocht. De tweede voorwaarde spreekt namelijk van een billijk aandeel voor consumenten, en niet van een volledige compensatie. Ook specificeert zij niet dat het genoemde "billijke aandeel" betrekking moet hebben op een specifieke groep consumenten in een bepaalde markt. Integendeel, wat billijk is, is van nature contextspecifiek. Dat kan niet bij voorbaat worden bepaald door een uniforme regel die opgaat voor alle omstandigheden.⁹⁶

⁹⁴ Zie Leidraad Duurzaamheidsafspraken (tweede concept), randnr. 52.

⁹⁵ Zie ACM Legal Memo, 27 september 2021, te raadplegen via: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/acm-fair-share-for-consumers-in-a-sustainability-context.pdf>.

⁹⁶ Zie ACM Legal Memo, 27 september 2021, p. 1.

De ACM verwijst naar een aantal zaken uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU⁹⁷ om haar redenering te onderbouwen. In de door de ACM aangehaalde EU-rechtspraak komt duidelijk naar voren dat een volledige compensatie niet wordt vereist onder de maatstaf van een billijk aandeel van de voordelen voor negatief getroffen consumenten.⁹⁸

De ACM besteedt nog speciale aandacht aan de *MasterCard*-zaak,⁹⁹ ten-einde te weerleggen dat die zaak erop zou duiden dat onder de tweede voorwaarde alleen voordelen 'meetellen' die de gebruikers van het product of dienst volledig compenseren voor de economische nadelen die besloten liggen in de mededingingsbeperking die op dat product of dienst rust. De ACM toont mijns inziens overtuigend aan dat het Hof van Justitie EU in *MasterCard* dan mag opmerken dat "out-of-market"-voordelen *op zichzelf* niet kunnen compenseren voor "in-market"-nadelen, maar dat het Hof niet aangeeft dat de benadeelde gebruikers altijd volledig moeten worden gecompenseerd door "in-market"-voordelen.¹⁰⁰ Dit is ook inherent aan het begrip 'billijk aandeel' in de betekenis van "substantiële objectieve voordelen". Volledige compensatie valt daar niet noodzakelijkerwijs onder (want dat gaat een stap verder).¹⁰¹

De ACM concludeert dan ook dat uit *MasterCard* (in combinatie met eerdere EU-jurisprudentie) het volgende is af te leiden:

- (i) "Out-of-market"-voordelen worden meegeteld voor de compensatie van de benadeelde consumenten, met name als ze substantieel aan dezelfde groep toekomen. Dat wil zeggen dat de "out-of-market"-voordelen óók ten goede komen aan de benadeelde gebruikers van het betreffende product of dienst.

97 Zie HvJ EU 11 september 2014, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201 (*MasterCard Inc.*); HvJ EG 23 november 2006, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734 (*Asnef-Equifax*); GvEA EG 27 september 2006, T-168/01, ECLI:EU:T:2006:265 (*GlaxoSmithKline*) (bevestigd in beroep in gevoegde zaken HvJ EG 6 oktober 2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610 (*GlaxoSmithKline Services e.a. t. Commissie e.a.*)); GvEA EG 28 februari 2002, T-86/95, ECLI:EU:T:2002:50 (*Compagnie Générale Maritime*); GvEA EG 21 maart 2002, T-131/99, ECLI:EU:T:2002:83 (*Michael Hamilton Shaw en Timothy John Falla t. Commissie*).

98 Zie C-238/05 (*Asnef-Equifax*), randnr. 72; T-168/01 (*GlaxoSmithKline*), randnr. 248; T-86/95 (*Compagnie Générale Maritime*), randnr. 343; T-131/99 (*Michael Hamilton Shaw en Timothy John Falla t. Commissie*), randnr. 163.

99 Zie HvJ EU 11 september 2014, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201 (*MasterCard Inc.*).

100 Zie HvJ EU 11 september 2014, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201 (*MasterCard Inc.*).

101 Zie ACM Legal Memo, 27 september 2021, p. 3.

- (ii) "Out-of-market"-efficiënties die andere consumenten (dan de getroffen gebruikers van het product of de dienst) ten goede komen, kunnen ook worden meegeteld bij een billijk aandeel voor de consumenten in het algemeen. En:
- (iii) Volledige compensatie van de benadeelde consumenten is niet vereist, alleen toekenning van aanzienlijke objectieve voordelen aan die groep.

4.2.2 Kwantificering van voor- en nadelen van een duurzaamheidsafspraken

Een tweede beleidswijziging ten opzichte van de geldende toepassingsleer is dat het voor een afweging van de voor- en nadelen van een duurzaamheidsafspraken niet meer altijd nodig is om deze te kwantificeren.

Bij een werkelijk kwantitatieve afweging moeten de voor- en nadelen van een afspraak op één noemer worden gebracht door deze op geld te waarderen (monetariseren). Een kwantitatieve afweging stelt meestal zwaardere eisen aan de analyse en het daarvoor benodigde feitenmateriaal. In de Leidraad geeft de ACM aan onder welke voorwaarden het haars inziens mogelijk is om te concluderen dat een duurzaamheidsafspraken aan het tweede criterium van lid 3 voldoet zónder de effecten van een afspraak te kwantificeren:

- i. de betrokken ondernemingen hebben gezamenlijk een beperkt marktaandeel (een gezamenlijk marktaandeel van niet meer dan 30%); of
- ii. de nadelen voor de mededinging zijn op basis van een grove inschatting evident geringer dan de voordelen van de afspraak.¹⁰²

Met deze beleidsaanpassing voorkomt de ACM dat ondernemingen gecompliceerde en uitgebreide kwantificeringsonderzoeken moeten (laten) uitvoeren in duurzaamheidszaken die zich daartoe helemaal niet lenen.

4.2.3 Tussenconclusie

De ACM heeft (in de Leidraad Duurzaamheidsafspraken) met een herziening van de invullingswijze van de tweede voorwaarde van (art. 101 VWEU en art. 6 Mw) lid 3 meer mogelijkheden geschapen voor ondernemingen om duurzaamheidsafspraken uit te zonderen van het kartelverbod.

102 Zie Leidraad Duurzaamheidsafspraken (tweede concept), randnr. 53, 54.

Dit doet de ACM door het gebruikerscriterium voor milieuschadeafspraken ruimer in te vullen dan tot nu usance was. In het kader van de tweede voorwaarde van lid 3 hoeven de directe gebruikers van het product of dienst waarop de mededingingsbeperkende (duurzaamheids)afpraak betrekking heeft, niet meer volledig gecompenseerd te worden voor de economische nadelen die zij lijden door die mededingingsbeperking. Deze nadelen worden doorgaans gevormd door relatief hogere kosten voor het betreffende product of dienst. Het is voor de vervulling van de tweede voorwaarde voldoende indien bij milieuschadeafspraken de directe gebruikers substantieel (maar niet volledig) worden gecompenseerd voor de meerkosten die zij moeten bijdragen aan het product of dienst. De rest van de behaalde voordelen die voortvloeien uit de mededingingsbeperkende duurzaamheidsafpraak mag ten goede komen aan een bredere groep van consumenten (niet zijnde de directe gebruikers van het product of dienst).

Daarnaast ruilt de ACM de kwantificering van voor- en nadelen van een duurzaamheidsafpraak in voor een lichtere, kwalitatieve, toets bij (duurzaamheids)afspraken tussen ondernemingen met een beperkt marktaandeel of waarvan de voordelen evident zijn.

4.3 Duurzaamheidsafspraken die tot stand komen in overleg met de ACM (beoordeling door ACM)

Een derde variant van de gewijzigde aanpak van duurzaamheidsafspraken die de ACM in haar Leidraad Duurzaamheidsafspraken beschrijft, is de optie van (voorafgaande) consultatie van de ACM door marktpartijen inzake hun voorgenomen afspraken. De ACM is doorgaans terughoudend om op het vlak van het kartelrecht informele zienswijzen af te geven aan ondernemingen die daarom vragen. Er moet echt sprake zijn van een nieuwe rechtsvraag alvorens de ACM bereid is naar de kwestie te kijken. Bij duurzaamheidsafspraken lijkt die drempel in de Leidraad enigszins verlaagd te worden.

Indien partijen twijfelen over de toelaatbaarheid van hun duurzaamheidsafspraken of over de door hen te hanteren beoordelingswijze, kunnen ondernemingen met de ACM in overleg treden. De ACM doet zelf geen onderzoek, maar baseert haar (informele) beoordeling op de door de ondernemingen aangeleverde en openbare informatie.¹⁰³ De ACM heeft in

¹⁰³ Zie Leidraad Duurzaamheidsafspraken (tweede concept), randnr. 71.

2022 enige informele zienswijzen afgegeven waarin zij de normen heeft toegepast die in haar Leidraad Duurzaamheidsafspraken zijn neergelegd.

In de zaak *VEMW/Windpark Hollandse Kust West*¹⁰⁴ ging het om een initiatief van een aantal bedrijven en instellingen (leden van de vereniging VEMW) tot het gezamenlijk inkopen van elektriciteit uit een windmolenpark.¹⁰⁵ Op deze wijze werd de elektriciteitsprijs voor groene energie voor de betrokken partijen voor een aantal jaar vastgelegd. De aangesloten bedrijven stimuleren hiermee de productie van duurzame energie. Het initiatief geldt slechts voor één windmolenpark dat nog moet worden aanbesteed. Volgens de ACM was deze afspraak niet in strijd met het kartelverbod, aangezien er voldoende mogelijkheden blijven bestaan voor bedrijven en ontwikkelaars van windparken om elders duurzame energie in te kopen en te verkopen.

In de zaak *Regionale netbeheerders/Uniforme interne CO₂-verrekenprijs bij inkoop- en investeringsbeslissingen*¹⁰⁶ ging het om een initiatief betreffende een prijsafpraak voor CO₂ om duurzame investeringen te stimuleren.¹⁰⁷ Netbeheerders wilden met elkaar afspreken dat ze een prijs van € 50 (later € 100) per ton CO₂ gebruiken bij inkoop- en investeringsbeslissingen. Op die manier wordt het aantrekkelijker om investeringen te doen die leiden tot minder CO₂-uitstoot. Immers, hoe minder CO₂ de betrokken netbeheerders uitstoten, hoe lager de kosten. Volgens de ACM wegen de duurzaamheidsbaten van deze afspraak op tegen de hogere prijs voor CO₂. Alle energiegebruikers profiteren van een lagere CO₂-uitstoot. De ACM ziet verder dat samenwerking noodzakelijk is om dit voordeel te behalen en er blijft

¹⁰⁴ Zie nieuwsbericht ACM van 28 februari 2022, 'ACM positief over samenwerking bedrijven om duurzaamheid in energiesector te bevorderen', te vinden op <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-positief-over-samenwerking-bedrijven-om-duurzaamheid-energiesector-te-bevorderen>.

¹⁰⁵ Zie hierover ook C.L. Wolberink, 'De Leidraad Duurzaamheidsafspraken in de praktijk', in: *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2022/2, p. 17; P. Jansen & J.D. Weber, 'Toetsing door de ACM van duurzaamheidsinitiatieven na haar Conceptleidraad Duurzaamheidsafspraken', *Tijdschrift aanbestedingsrecht en staatssteun* 2023/2, p. 22-23.

¹⁰⁶ Zie Informele beoordeling ACM - regionale netbeheerders, 24 februari 2022 met kenmerk ACM/UITNZP/001356, te vinden op: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/netbeheerders-kunnen-samenwerken-om-co2-uitstoot-te-verminderen.pdf>.

¹⁰⁷ Zie hierover ook P. Jansen & J.D. Weber, 'Toetsing door de ACM van duurzaamheidsinitiatieven na haar Conceptleidraad Duurzaamheidsafspraken', *Tijdschrift aanbestedingsrecht en staatssteun* 2023/2, p. 21-22.

voldoende ruimte voor concurrentie. Daarom valt deze afspraak volgens de ACM onder de uitzondering van het kartelverbod (art. 6 lid 3 Mw).

In deze zaak gebruikt de ACM haar nieuwe benadering van een ruimere uitleg van de tweede voorwaarde van lid 3 (voordeel voor de gebruiker) om een in de kern mededingingsbeperkende (duurzaamheids)afpraak te sauveren.

In de zaak *Duurzaamheidsafpraak vermindering illegale bestrijdingsmiddelen in tuinbranche*¹⁰⁸ wilden tuincentra afspraken maken over het tegengaan van het gebruik van illegale bestrijdingsmiddelen.¹⁰⁹ Zij beoogden hiermee een bijdrage te leveren aan verduurzaming van de sector en te voorkomen dat kwekers middelen zouden gebruiken die slecht zijn voor mens, dier en milieu. Omdat het gebruik van illegale bestrijdingsmiddelen ondanks het publieke toezicht nog steeds plaatsvindt, heeft de tuinbranche zelf het initiatief genomen tot afspraken om dit gebruik te stoppen.

De ACM oordeelt dat de afspraken tussen tuincentra om het gebruik van illegale bestrijdingsmiddelen door kwekers tegen te gaan niet in strijd zijn met het kartelverbod. De concurrentieregels zijn namelijk niet bedoeld om oneigenlijke concurrentie te beschermen, zoals concurrentie op basis van het gebruik van verboden bestrijdingsmiddelen. Dit soort afspraken moeten wel open en transparant zijn en er moet een zorgvuldige procedure zijn voordat tot uitsluiting van leveranciers wordt overgegaan.

In de zaak *Gezamenlijke afspraak tussen frisdrankleveranciers over afschaffen plastic handgreep*¹¹⁰ wilden frisdrankleveranciers, waaronder Coca-Cola, Vrumona, Albert Heijn en Jumbo, afspreken om te stoppen met de plastic handgrepen op alle multipacks frisdrank en water.¹¹¹ Door gezamenlijk

108 Zie persbericht ACM d.d. 2 september 2022, 'ACM akkoord met afspraken tuincentra om gebruik illegale bestrijdingsmiddelen tegen te gaan', te vinden op: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-akkoord-met-afspraken-tuincentra-om-gebruik-illegale-bestrijdingsmiddelen-tegen-te-gaan>.

109 Zie hierover ook P. Jansen & J.D. Weber, 'Toetsing door de ACM van duurzaamheidsinitiatieven na haar Conceptleidraad Duurzaamheidsafspraken', *Tijdschrift aanbestedingsrecht en staatssteun* 2023/2, p. 24.

110 Zie persbericht ACM d.d. 26 juli 2022, 'ACM positief over gezamenlijke afspraak tussen frisdrankleveranciers over afschaffen plastic handgreep', te vinden op: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-positief-over-gezamenlijke-afspraken-tussen-frisdrankleveranciers-over-afschaffen-plastic-handgreep>.

111 Zie hierover ook P. Jansen & J.D. Weber, 'Toetsing door de ACM van duurzaamheidsinitiatieven na haar Conceptleidraad Duurzaamheidsafspraken', *Tijdschrift aanbestedingsrecht en staatssteun* 2023/2, p. 24-25.

afspraken te maken heeft straks meer dan 70% van deze multipacks geen handgreep.

De ACM heeft het plan positief beoordeeld. Door geen handgreep meer toe te voegen aan de verpakkingen, wordt de verpakking beter recyclebaar en is minder plastic nodig. De ACM vindt het daarom aanmerkelijk dat de afspraak de concurrentie niet beperkt en dus is toegestaan.

In de praktijk blijkt dus dat de ACM de richtsnoeren uit haar Leidraad daadwerkelijk in de praktijk brengt en meer ruimte lijkt te geven aan private duurzaamheidsinitiatieven en -afspraken dan vroeger.

5. Een hernieuwde interpretatie van het mededingingsrecht in duurzaamheidszaken op EU-niveau: de opstelling van de Europese Commissie tegen het licht van de Green Deal

5.1 EC-beleidsinitiatieven op het vlak van duurzaamheid en mededinging

In het licht van de Green Deal heeft de Europese Commissie een aantal initiatieven genomen om het mededingingsbeleid onder de loep te nemen en zo mogelijk te 'vergroenen' (al zal de Commissie die term zelf niet zo snel gebruiken).

In 2020 heeft de Commissie een consultatieronde gehouden over 'Mededingingsbeleid ter ondersteuning van de Green Deal'¹¹² die 189 (openbare) reacties heeft opgeleverd uit zeer diverse hoek (denk aan het bedrijfsleven, belangengroeperingen, overheidslichamen en publieke autoriteiten, universiteiten). De ingediende antitrustreacties lopen qua afzenders dus sterk uiteen. *Inhoudelijk* is er zeker een gemeenschappelijke lijn te herkennen in de reacties, die deels al lag besloten in de meer specifieke vragen die de Europese Commissie had neergelegd in haar oorspronkelijke uitvraag van

112 De consultatie-uitvraag strekte zich uit over drie gebieden van het mededingingsrecht: (i) staatssteuntoezicht; (ii) antitrustregels; en (iii) concentratiecontrole. Ik concentreer mij in het kader van deze bijdrage op de input die is gegeven op antitrust-vlak. Alle openbare reacties zijn te raadplegen via de volgende website onder 'Call for contributions': https://competition-policy.ec.europa.eu/consumers/green-gazette/conference-2021_en.

oktober 2020.¹¹³ Veel respondenten wijzen op het belang van horizontale samenwerking (dus tussen concurrenten) als effectieve manier om Green Deal-doelstellingen sneller te verwezenlijken.

Collectieve actie, vooral sectorbreed, verkleint het risico dat concurrenten meeliften op de duurzaamheidsinvesteringen van één bedrijf of profiteren van het *first mover*-nadeel van een onderneming – kort gezegd het besluit van een bedrijf om te stoppen met milieubelastende productiemethoden, waardoor er meer ruimte overblijft voor expansie aan de kant van een concurrerende onderneming die goedkoop en vervuילend blijft produceren.

Als voorbeelden van horizontale samenwerking worden onder meer genoemd industrie-brede overeenkomsten om vervuïlende of onethische productiewijzen geleidelijk af te schaffen en deze te vervangen door schonere, duurzamere productiemethoden. Productieprocessen die ecologisch niet-duurzaam zijn, hoge emissies hebben, en/of de biodiversiteit in gevaar brengen, moeten daarmee verdwijnen.

Juridisch spitsen de commentaren zich toe zowel op de toepassing van artikel 101 VWEU lid 1 als lid 3, en op de ruimte die elk van beide bepalingen biedt om duurzaamheidsinitiatieven van ondernemingen te adresseren. Veel indieners van reacties roepen de Europese Commissie op om meer guidance te geven omtrent de passende interpretatie en toepassing van artikel 101 VWEU ten aanzien van ondernemerssamenwerkingen op het vlak van duurzaamheid. Zij vragen dus om EC-richtsnoeren, net zoals de ACM deze in Nederland al heeft gegeven door middel van haar Leidraad Duurzaamheidsafspraken. Een mogelijkheid om die nadere Europeesrechtelijke guidance inzake duurzaamheidsovereenkomsten te regelen bestaat bij de revisie van de bestaande Richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten.¹¹⁴ In de nieuwe Richtsnoeren zou dan een overzicht kunnen worden opgenomen over de toepassing van het kartelverbod op ondernemersovereenkomsten die bijdragen aan de Green Deal.¹¹⁵

113 Zie 'Mededingingsbeleid ter ondersteuning van de Green Deal. Oproep tot het leveren van bijdragen'. Te raadplegen via: https://competition-policy.ec.europa.eu/consumers/green-gazette/conference-2021_en (zie onder 'Call for contributions').

114 Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* 2011, C 11/1.

115 Zie 'Response to the DG Comp call for contributions on "Competition policy and the Green Deal"', Ginevra Bruzzone and Sara Capozzi, LUISS School of European

Commissie-richtsnoeren zouden zich onder meer moeten uitlaten over het soort bewijs dat ondernemingen moeten verstrekken om aan te tonen dat aan de criteria van artikel 101 lid 3 VWEU is voldaan wanneer duurzaamheidsovereenkomsten eenmaal inbreuk maken op het kartelverbod.¹¹⁶

Voor wat betreft de toepassing van lid 3 wordt gepleit voor eenzelfde benadering die de ACM ook al heeft aangehouden in haar Leidraad Duurzaamheidsafspraken, en dat is om de positieve effecten van een duurzaamheidsafpraak te meten over een bredere groep gebruikers, en dus niet alleen over de gebruikers die door de in de duurzaamheidsafpraak verdisconteerde prijsstijging worden getroffen.¹¹⁷

De Europese Commissie heeft in februari 2021 een conferentie georganiseerd¹¹⁸ over de bijdragen c.q. resultaten uit de gehouden consultatieronde. Vervolgens heeft zij in twee documenten haar zienswijze gegeven over een meer concrete beleidslijn op het vlak van duurzaamheid en mededinging, tegen de achtergrond van de Green Deal-doelstellingen.

De twee documenten die nader ingaan op het snijvlak tussen duurzaamheid en mededinging zijn een *Competition Policy Brief*¹¹⁹ van de EC, en een herziene versie van de Richtsnoeren voor horizontale overeenkomsten.¹²⁰

Political Economy and Assonime, p. 5-7. Deze bijdrage is te raadplegen via: https://competition-policy.ec.europa.eu/consumers/green-gazette/conference-2021_en (zie onder 'Call for contributions' en vervolgens in de map 'Academia').

116 Zie bijv. 'Response to: Competition Policy Supporting the Green Deal', Giorgio Monti, Tilburg University, p. 1-3. De vindplaats van deze bijdrage is idem als hierboven geïndiceerd.

117 Zie bijv. 'A Competition Policy to Support the Green Deal. Submission by Prof. dr. Hans Vedder, Arletta Gorecka and Fabian Richter', University of Groningen, p. 11. De vindplaats van deze bijdrage is idem als hierboven geïndiceerd.

118 Zie 'The Greening Competition conference' op: https://competition-policy.ec.europa.eu/consumers/green-gazette/conference-2021_en.

119 Zie Competition Policy Brief van 10 september 2021 (2021 – Issue 1), 'Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition', te vinden op: https://competition-policy.ec.europa.eu/publications/competition-policy-briefs_en.

120 Zie *Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten* (draft), te vinden via: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-hbers_en.

5.2 De beleidslijn van de Europese Commissie op het snijvlak van duurzaamheid en mededinging

In de *Competition Policy Brief* geeft de Europese Commissie aan dat duurzaamheidsvoordelen beoordeeld kunnen worden in het kader van artikel 101 lid 3 VWEU als kwalitatieve efficiënties. De EC is wel van mening dat de gebruikers van het product of de dienst waarop de mededingingsbeperkende afspraak betrekking heeft volledig vergoed moeten worden voor hun schade.¹²¹ Alleen in dat geval kan een geldig beroep worden gedaan op de exceptie van artikel 101 lid 3 VWEU. Voordelen die aan derde partijen toekomen mogen niet in deze lid 3-equatie worden meegenomen.¹²²

De Commissie geeft als voorbeeld een overeenkomst die leidt tot een vermindering van de vervuiling ten voordele van de samenleving: ervan uitgaande dat de voordelen aanzienlijk zijn, kan een redelijk deel van deze voordelen toekomen aan de benadeelde consumenten – die onderdeel uitmaken van de samenleving – en hen volledig vergoeden voor de schade. De EC gaat met deze redenering minder ver dan de ACM in haar Leidraad. De ACM overwoog daarin immers dat volledige compensatie van consumenten niet is vereist in het kader van de tweede voorwaarde van artikel 101 lid 3 VWEU om tóch aan dat criterium te voldoen.

De concept-Richtsnoeren voor horizontale overeenkomsten behandelen het onderwerp duurzaamheid in een nieuw hoofdstuk 9. De Europese Commissie hanteert ook hier hetzelfde uitgangspunt als in haar *Competition Policy Brief*. Het begrip ‘gebruikers’ omvat alle directe of indirecte gebruikers van de producten waarop de overeenkomst van toepassing is. De EC vervolgt:

“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

121 Zie over het meten van duurzaamheidsvoordelen en het afwegen van deze voordelen tegen de kosten die voortvloeien uit een potentiële mededingingsbeperking: R. Inderst & S. Thomas, ‘Integrating Benefits from Sustainability into the Competitive Assessment’, *Journal of European Competition Law & Practice* 2021/9, vol. 12, p. 705-709.

122 Zie Competition Policy Brief van 10 september 2021, ‘Competition Policy in Support of Europe’s Green Ambition’, p. 5-6.

die voortvloeien uit de overeenkomsten, moeten worden gerelateerd aan de gebruikers van de producten waarop die overeenkomsten van toepassing zijn.”¹²³

Collectieve voordelen kunnen in aanmerking worden genomen in het kader van de tweede voorwaarde van artikel 101 lid 3 VWEU, maar dan moeten partijen wel kunnen aantonen dat gebruikers op de relevante markt aanzienlijk overlappen met de begunstigten of er deel van uitmaken. Collectieve voordelen die zich buiten de relevante markt voordoen, moeten aantoonbaar ten goede komen aan de gebruikers van het product op de relevante markt.¹²⁴ Het Commissiebeleid 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.¹²⁵ Hier wordt ook wel het begrip ‘consumentenneutraliteit’ mee verbonden. Hoewel sommige afwegingen van de EC een opening lijken te vormen voor een ruimere benadering, houdt de Commissie de deur uiteindelijk toch dicht door te benadrukken dat directe afnemers volledig gecompenseerd moeten worden.¹²⁶ Deze harde grens van volledige compensatie van de gebruiker lijkt eerder uit beleidsoverwegingen voort te komen – zoals het vermijden van een hellend vlak richting sociale en industriepolitiek binnen het mededingingsrecht – dan uit de rechtspraak van het Hof van Justitie.¹²⁷

5.3 Reacties op de beleidslijn van de Europese Commissie

Zoals gezegd gaat de EC met haar benadering minder ver dan de ACM in haar Leidraad. Mijsn inziens gebruikt de EC in haar benadering niet de ruimte die juridisch-economisch openligt bij de invulling van de tweede voorwaarde van artikel 101 lid 3 VWEU, en die doctrinair verdedigbaar is.

123 Zie Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (draft), randnr. 588.

124 Zie Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (draft), randnr. 606.

125 Zie P. Jansen & J.D. Weber, ‘Toetsing door de ACM van duurzaamheidsinitiatieven na haar Conceptleidraad Duurzaamheidsafspraken’, *Tijdschrift aanbestedingsrecht en staatssteun* 2023/2, p. 20.

126 Zie L. Bremmer & Z.J. van den Bosch, ‘De duurzaamheidsambities van de Commissie: groene woorden, grijze daden’, *Mededingingsrecht in de Praktijk*, 2022/2, p. 9. Zie ook: E. Pijnacker Hordijk, ‘Met het waarborgen van werkzame mededinging alleen voorkom je klimaatverandering niet; daar is (veel) meer voor nodig’, *Markt & Mededinging* 2022/3, p. 82.

127 Zie W. Sauter, ‘Wat is een billijk aandeel?’, *Markt & Mededinging* 2022/2, p. 54.

De hoofdoorzaak van het probleem in de ogen van de ACM¹²⁸ is dat de Commissie alle ESG¹²⁹-gerelateerde duurzaamheidsvoordelen op één hoop gooit, variërend van dierenwelzijn tot broeikasgasreductie. De EC onderwerpt ze aan dezelfde *fair share*-test en negeert daarbij de context, met name de vraag of er negatieve externe effecten zijn in de orde van grootte van de klimaatverandering. Er moet altijd gekeken worden naar de context van zaken om te bepalen wat redelijk en efficiënt is.¹³⁰ Vanuit dit perspectief kan de mate waarin de gebruikers van het product worden gecompenseerd voor de meerkosten die voortvloeien uit de mededingingsbeperkende duurzaamheidsafspraken, van situatie tot situatie verschillen.

De grondgedachte van het Commissiebeleid om vast te houden aan volledige compensatie (of consumentenneutraliteit) is in de ogen van de ACM¹³¹ begrijpelijk wanneer er geen negatieve externe effecten zijn. Zo brengen consumenten die vlees eten van mishandelde dieren geen schade toe aan andere mensen, nu of in de toekomst. In dat geval is het volgens de ACM gerechtvaardigd om volledige compensatie te eisen uit door deze consumenten gewaardeerde voordelen. Maar waarom zouden business-class-reizigers volledig moeten worden gecompenseerd voor de schade die is toegebracht door een hypothetische overeenkomst tussen luchtvaartmaatschappijen die vereist dat rekening wordt gehouden met de negatieve externe effecten van vliegen?¹³²

Het is logisch om directe gebruikers van vervuilende producten of diensten (extra) te laten meebetalen aan de veroorzaakte milieuschade. In de literatuur en jurisprudentie bestaan verschillende argumenten voor een ruime invulling van de tweede voorwaarde van artikel 101 lid 3 VWEU, waarbij ruimhartiger andere consumenten dan de gebruikers van het product of de dienst als begunstigen worden 'meegeteld':

128 Zie M. Snoep, Speech ACM: 'What is fair and efficient in the face of climate change?', te raadplegen via: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/speech-acm-what-fair-and-efficient-face-climate-change>.

129 De afkorting 'ESG' is een samenvoeging van de woorden *Environmental*, *Social* en *Governance* (Milieu, Maatschappij en Bestuur) en deze drie begrippen vormen de drie belangrijkste aspecten als het gaat om het meten van duurzaamheid.

130 Zie M. Snoep, Speech ACM: 'What is fair and efficient in the face of climate change?'.

131 Zie M. Snoep, Speech ACM: 'What is fair and efficient in the face of climate change?'.

132 Zie M. Snoep, Speech ACM: 'What is fair and efficient in the face of climate change?'.

1. De directe gebruikers van een milieuvervuilend product dragen via de consumptie van het betreffende goed meer bij aan de vervuiling van de leefomgeving dan niet-gebruikers van dat goed. Het is dan economisch rechtvaardig (en in lijn met het 'vervuiler-betaalt'-beginsel) als die gebruikers ook meebetalen aan (de oplossing voor de) vervuiling die het product veroorzaakt, bijvoorbeeld door een meerprijs te betalen voor dat product.¹³³ In dergelijke gevallen kan het billijk zijn dat de gebruikers niet volledig worden gecompenseerd voor de nadelen van de mededingingsbeperkende duurzaamheidsafspraken, omdat hun vraag naar de producten in kwestie in wezen het probleem veroorzaakt waarvoor de samenleving oplossingen moet vinden. Bovendien genieten zij dezelfde voordelen als de rest van de samenleving.¹³⁴

2. De EU-mededingingsregels zijn "niet uitsluitend bedoeld om de rechtstreekse belangen van de concurrenten of van de consument te beschermen, maar om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen".¹³⁵ Het doel van de mededingingswetgeving is dus niet (louter) de enge materiële welvaart van de consument op de relevante markt, en het is daarom niet gepast om die consument een voorkeurspositie te geven die de samenleving als geheel schaadt.¹³⁶ Bij een extern effect (zoals milieuvervuiling) is er een argument om het begrip 'gebruiker' mededingingsrechtelijk breder te definiëren. Dit sluit aan bij de economische wetenschap: een gebruiker is iedereen wiens welzijn of winst door het product, of de bijbehorende externaliteit beïnvloed wordt. Ook toekomstige generaties kunnen dus als gebruikers worden gezien.¹³⁷

3. In de EU-Verdragen bestaat nog steeds het milieu-integratiebeginsel, dat als zodanig ontbreekt in EU-lidstaten. Graag verwijs ik naar artikel 11 VWEU en artikel 191 lid 2 VWEU.¹³⁸ Een ruime interpretatie van de tweede voorwaarde van artikel 101 lid 3 VWEU past in de verplichting om de EU-mededingingsregels toe te passen op een manier die in over-

133 Zie ook E. van Damme, 'Markt, milieu en muggenzifterij', *Markt & Mededinging* 2022/4, p. 115.

134 Zie Leidraad Duurzaamheidsafspraken (tweede concept), randnr. 48.

135 Zie HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, r.o. 38 (*T-Mobile e.a. t. Raad van bestuur Nma*).

136 Zie E. van Damme, 'Markt, milieu en muggenzifterij', *Markt & Mededinging* 2022/4, p. 115.

137 Zie E. van Damme, 'Concurrentie en duurzaamheid gaan hand in hand', *Markt & Mededinging* 2020/4-5, p. 173.

138 Zie voor een uitgebreide toelichting op de werking van deze bepalingen par. 2 van dit hoofdstuk.

eenstemming is met de andere doelstellingen van de EU-Verdragen, zoals duurzame ontwikkeling op basis van evenwichtige economische groei en een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu.¹³⁹ Ook aan de eis van een consistente interpretatie van de EU-Verdragen in het algemeen (zie art. 7 VWEU) wordt zo voldaan.¹⁴⁰ Indien nationale mededingingsautoriteiten al goed onderbouwde mogelijkheden zien om meer rekening te houden met duurzaamheidsbelangen bij de toepassing van lid 3, dan heeft de Europese Commissie daarvoor een extra (juridisch) argument in de vorm van het EU-milieu-integratiebeginsel.

6. Conclusie

Het thema mededinging en duurzaamheid treedt de laatste jaren weer sterker op de voorgrond. Deze *revival* is (uiteraard) te danken aan de klimaatproblematiek die met stip naar de top van de ranglijst van Europese en nationale beleidsprioriteiten is geprojecteerd. De Europese Unie is met een omvangrijk programma van aanpak gekomen in de vorm van de Europese Green Deal. De EU ziet klimaatverandering en aantasting van het milieu als een existentiële bedreiging voor Europa en de wereld. Om die uitdagingen het hoofd te bieden, heeft Europa in de ogen van de EU een nieuwe groeistrategie nodig die draait om verduurzaming van de economie. In deze paragraaf vat ik de belangrijkste punten van dit hoofdstuk kort samen.

Nu nationale en Europese overheden duurzaamheid en milieu nog scherper dan voorheen als beleidsprioriteiten hebben geformuleerd, en de achterliggende boodschap is dat de klimaatcrisis enkel met vereende krachten kan worden opgelost, komt ook de vraag (weer) op of het mededingingsrecht een extra bijdrage kan leveren. En zo ja, op welke wijze. Het gaat daarbij in de kern om de (mededingingsrechtelijke) toetsing van private samenwerkingsverbanden die enerzijds bepaalde mededingingsbeperkingen in zich dragen, maar anderzijds bepaalde duurzaamheidsdoelstellingen realiseren zoals de vermindering van afval en van uitstoot

¹³⁹ Zie ACM Legal Memo, 27 september 2021, te raadplegen via: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/acm-fair-share-for-consumers-in-a-sustainability-context.pdf>, p. 5.

¹⁴⁰ Zie ACM Legal Memo, 27 september 2021, te raadplegen via: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/acm-fair-share-for-consumers-in-a-sustainability-context.pdf>, p. 5.

of de recyclage van afvalstoffen. De mededingingsbeperking kan bijvoorbeeld zitten in een afstemming tussen branchegenoten tot het uitsluiten van goedkope maar vervuulende productiemethoden. Op korte termijn zal een dergelijke afspraak leiden tot hogere kosten voor de gebruikers van producten van de branche-ondernemingen. Voor de maatschappij c.q. de omgeving zal zij echter milieuvoordelen genereren.

In hoeverre kunnen dit soort overeenkomsten tussen ondernemingen de toepassing van het kartelverbod doorstaan? Deze bijdrage richt zich met name op de vraag hoe de exceptiemethodiek binnen het mededingingsrecht kan worden ingezet om tot een passende afweging van voornoemde (tegenstelde) belangen te komen.

De ACM heeft (in de Leidraad Duurzaamheidsafspraken uit 2021) met een herziening van de invullingswijze van de tweede voorwaarde van lid 3 (van art. 101 VWEU en art. 6 Mw) meer mogelijkheden geschapen voor ondernemingen om duurzaamheidsafspraken uit te zonderen van het kartelverbod. Dit doet de ACM onder meer door het gebruikerscriterium voor milieuschadeafspraken te verbreden naar de gehele samenleving. De gebruiker van het product of de dienst waarvoor een mededingingsbeperkende duurzaamheidsafpraak geldt, dient nog steeds voor een billijk deel gecompenseerd te worden (dat neerkomt op merkbare objectieve voordelen), maar een volledige vergoeding hoeft het niet (meer) te zijn. Deze verbreding van de tweede voorwaarde kan bedrijven helpen om voordelen van milieuschadeafspraken gemakkelijker te onderbouwen. Immers, de relevante 'doelgroep' is veel groter geworden.

Daarnaast ruilt de ACM bij duurzaamheidsafspraken tussen ondernemingen de kwantificering van voor- en nadelen van de betreffende afspraak in voor een meer kwalitatieve toets in twee gevallen: (i) bij duurzaamheidsafspraken tussen ondernemingen met een beperkt marktaandeel (niet meer dan 30%) en; (ii) bij duurzaamheidsafspraken waarvan evident is dat de voordelen ruimschoots opwegen tegen de nadelen. Met deze beleidsaanpassing voorkomt de ACM dat ondernemingen gecompliceerde en uitgebreide kwantificeringsonderzoeken moeten (laten) uitvoeren in duurzaamheidszaken die zich daartoe helemaal niet lenen.

In haar *Competition Policy Brief* van 10 september 2021, getiteld '*Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition*', en in haar nieuwe Richtsnoeren voor horizontale overeenkomsten volgt de Europese Commissie een conservatievere lijn dan de ACM. Het Commissiebeleid komt erop neer dat de

consument die de nadelen van een afspraak ondervindt, ook begunstigde moet zijn van de voordelen daarvan. Gebruikers van het product of de dienst waarvoor een mededingingsbeperkende duurzaamheidsafpraak geldt moeten volledig gecompenseerd worden voor de meerkosten die voortvloeien uit die afspraak.

Dit uitgangspunt is om verschillende redenen niet terecht. Het is logisch om directe gebruikers van vervuilende producten of diensten (extra) te laten meebetalen aan de veroorzaakte milieuschade. In de literatuur en jurisprudentie bestaan verschillende argumenten voor een ruime invulling van de tweede voorwaarde van artikel 101 lid 3 VWEU, waarbij ruimhartiger andere consumenten dan de gebruikers van het product of de dienst als begunstigden worden 'meegeteld':

1. De directe gebruikers van een milieuvervuilend product dragen via de consumptie van het betreffende goed meer bij aan de vervuiling van de leefomgeving dan niet-gebruikers van dat goed. Het is dan economisch rechtvaardig (en in lijn met het 'vervuiler-betaalt'-beginsel) als die gebruikers ook meebetalen aan (de oplossing voor de) vervuiling die het product veroorzaakt, bijvoorbeeld door een meerprijs te betalen voor dat product. In dergelijke gevallen kan het billijk zijn dat de gebruikers niet volledig worden gecompenseerd voor de nadelen van de mededingingsbeperkende duurzaamheidsafpraak, omdat hun vraag naar de producten in kwestie in wezen het probleem veroorzaakt waarvoor de samenleving oplossingen moet vinden. Bovendien genieten zij dezelfde voordelen als de rest van de samenleving.

2. De EU-mededingingsregels zijn "niet uitsluitend bedoeld om de rechtstreekse belangen van de concurrenten of van de consument te beschermen, maar om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen". Het doel van de mededingingswetgeving is dus niet (louter) de enge materiële welvaart van de consument op de relevante markt, en het is daarom niet gepast om die consument een voorkeurspositie te geven die de samenleving als geheel schaadt. Bij een extern effect (zoals milieuvervuiling) is er een argument om het begrip 'gebruiker' mededingingsrechtelijk breder te definiëren. Dit sluit aan bij de economische wetenschap: een gebruiker is iedereen wiens welzijn of winst door het product, of de bijbehorende externaliteit beïnvloed wordt.

3. In de EU-Verdragen bestaat nog steeds het milieu-integratiebeginsel. Graag verwijs ik naar artikel 11 VWEU en artikel 191 lid 2 VWEU. Een

ruime interpretatie van de tweede voorwaarde van artikel 101 lid 3 VWEU past in de verplichting om de EU-mededingingsregels toe te passen op een manier die in overeenstemming is met de andere doelstellingen van de EU-Verdragen, zoals duurzame ontwikkeling op basis van evenwichtige economische groei en een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu. Ook aan de eis van een consistente interpretatie van de EU-Verdragen in het algemeen (zie art. 7 VWEU) wordt zo voldaan.

In die gevallen waarin de ruimhartige 'ACM-beleidslijn' omtrent de tweede voorwaarde van artikel 101 lid 3 VWEU niet van toepassing zou zijn, bijvoorbeeld op het vlak van dierenwelzijn, kan wellicht de *rule of reason* c.q. de leer van de inherente beperkingen nog een rol spelen.¹⁴¹ Echter, ik denk dat de relevantie van deze exceptie in de praktijk beperkt zal zijn op het snijvlak van ESG-duurzaamheidsbelangen en mededinging, om een aantal redenen.

In de eerste plaats bestaat een specifieke EU-exceptie voor de landbouw (art. 210 bis Verordening 1308/2013), waarin onder meer dierenwelzijn expliciet aan bod komt.

Daarnaast bestaan vele vormen van duurzaamheidssamenwerking buiten milieuschadeafspraken die door mededingingsautoriteiten als überhaupt *niet-mededingingsbeperkend* zullen worden gekwalificeerd. Die vallen dan sowieso buiten het kartelverbod en hoeven niet gerechtvaardigd te worden. De ACM en de EC noemen in dit kader bijvoorbeeld (i) codes voor milieu- of klimaatbewust of sociaal verantwoord marktgedrag; (ii) afspraken die een kwaliteitsverbetering van producten beogen waarbij bepaalde minder duurzaam geproduceerde of aangeboden producten niet meer worden verkocht; (iii) afspraken die er enkel toe strekken dat de betrokken ondernemingen de nationale of internationale normen respecteren die gelden bij het zaken doen in landen buiten Europa; (iv) overeenkomsten voor de totstandbrenging van een database met informatie over leveranciers

¹⁴¹ Zie hierover ook A.A. Koeman & N.S.J. Koeman, 'Leidraad Duurzaamheidsafspraken: een stap in de goede richting?', *Markt & Mededinging* 2022/1-2, p. 3. Zie ook de ACM in haar Leidraad Duurzaamheidsafspraken (tweede concept), randnr. 18, waarin de ACM aangeeft het leerstuk op dit punt nog onvoldoende duidelijk te vinden om hierover in de onderhavige Leidraad uitleg te geven. Maar de ACM sluit desniettemin niet uit dat deze rechtspraak ook op duurzaamheidsafspraken van toepassing is.

die duurzame productieprocessen hanteren of distributeurs die producten op duurzame wijze verkopen.

Verder kan in Nederland nog gewezen worden op het wetsvoorstel Ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven¹⁴² dat voor duurzaamheidsinitiatieven die niet vrijgesteld kunnen worden van het kartelverbod in de toekomst wellicht nog perspectief biedt.¹⁴³

Mochten deze uitzonderingsinstrumenten onvoldoende soelaas bieden, dan blijft de *rule of reason* op de achtergrond in mijn ogen beschikbaar voor toepassing op het snijvlak van ESG-duurzaamheidsbelangen en mededinging. Een voorname rol in dit domein zal zij echter niet spelen.

142 Het wetsvoorstel Ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven is op 4 juli 2019 ingediend bij de Tweede Kamer (*Kamerstukken II*, 2018/19, 35247, nr. 2). De behandeling is vooralsnog opgeschort in afwachting van de afronding van de ACM- en EC-richtsnoeren. Zie de brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat aan de Tweede Kamer d.d. 5 juli 2022, Vergaderjaar 2021-2022, *Kamerstukken II* 35247, nr. 10. Zie over dit onderwerp ook C.L. Wolberink, 'De Leidraad Duurzaamheidsafspraken in de praktijk', *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2022/2, p. 15.

143 Zie voor een voorbeeld uit het buitenland van een specifieke 'duurzaamheids-exceptie' in de nationale mededingingswet: V.H.S.E. Robertson, 'Sustainability: A World-First Green Exemption in Austrian Competition Law', *Journal of European Competition Law & Practice* 2022/13 (no. 6), p. 426-434.