

Autoriteit
Consument & Markt



M
T
Directie Telecom
Postbus 20401
2500 EK 'S-GRAVENHAGE

Den Haag, 18 FEB 2016

Aantal bijlage(n):

Uw kenmerk:

Ons kenmerk: ACM/DM/2016/200906

Contactpersoon: mr. N.M. Aartsen

Onderwerp: 16.0183.66 - Reactie ACM op voorgestelde aanpassingen Beleidsregel Mededinging en Duurzaamheid

G.

De afgelopen tijd zijn er door ACM en EZ diverse gesprekken gevoerd over de aangebrachte wijzigingen in de concept-beleidsregel "Mededinging en duurzaamheid" die op 23 december 2015 ter consultatie is gepubliceerd.

Op 26 oktober 2015 hebben wij een aantal bedenkingen bij de door EZ voorgestelde wijzigingen in het eerste concept reeds mondeling toegelicht. De geconsulteerde versie van de beleidsregel komt niet tegemoet aan die bedenkingen. Voordat overgegaan wordt tot vaststelling van een definitieve aangepaste beleidsregel, wil ACM met deze brief daarom graag haar bedenkingen en suggesties nogmaals naar voren brengen. Hieronder volgen onder andere de drie grootste bezwaren die ACM heeft tegen de aanpassingen zoals die in de ter consultatie voorgelegde aangepaste beleidsregel zijn vastgelegd en reflecteer ik graag op een aantal alternatieven

1) *Afspraken in zijn geheel bekijken*

In artikel 2a. van de beleidsregel is toegevoegd dat afspraken in zijn geheel worden bekeken. ACM heeft ten eerste aangegeven dat niet duidelijk is wat hiermee precies wordt bedoeld en ten tweede dat ACM niet alle overige afspraken die in een bepaalde context worden gemaakt mee kan nemen bij de beoordeling van een afspraak die mogelijk de mededinging beperkt. Als voorbeeld hebben wij gewezen op het Energieakkoord. Het Energieakkoord bestond uit een veelheid van afspraken, de vervroegde sluiting van de kolencentrales was hier slechts één van. Het is voor ACM niet mogelijk om de voordelen en nadelen van al deze afspraken tegen elkaar af te wegen. Dit voorbeeld heeft EZ nu juist opgenomen in de consultatie-versie om te verduidelijken dat EZ uitdrukkelijk wil dat ACM wel alle afspraken in ogenschouw neemt bij het beoordelen van de mededingings-beperkende effecten. Dit past niet binnen de wettelijke toets die ACM krachtens de mededingingswet uitvoert, waarbij de effecten van een afspraak tussen ondernemingen op de mededinging op een relevante markt worden onderzocht.

Pagina
1/3
T 070 722 20 00 | F 070 722 23 55
info@acm.nl | www.acm.nl | www.consuwijzer.nl
Muzenstraat 41 | 2511 WB Den Haag
Postbus 16326 | 2500 BH Den Haag





2) *Meewegen van voordelen voor de samenleving als geheel*

In artikel 2b. is toegevoegd dat waar mogelijk de voordelen voor de samenleving als geheel worden meegewogen. Uit hoofdstuk 3.3 blijkt dat onder "samenleving als geheel" moet worden verstaan dat ook niet-gebruikers van het product voordeel kunnen hebben van een duurzaamheidsinitiatief, doordat zij ook profiteren van positieve milieueffecten of verbeterde dierenwelzijn waarderen. Dit is ons inziens rechtstreeks in strijd met de tweede voorwaarde van art. 6 lid 3 Mw/art. 101 lid 3 VWEU, waarin staat dat de voordelen ten goede moeten komen aan "de gebruiker". De Commissie heeft in haar "Richtsnoeren Horizontale Samenwerking" verduidelijkt dat onder het begrip 'gebruiker' moet worden verstaan: alle rechtstreekse of onrechtstreekse gebruikers van de producten die door de overeenkomst worden gedekt. Met andere woorden, de gebruikers in de zin van artikel 101 lid 3 zijn de afnemers van de partijen bij de overeenkomst maar, in voorkomend geval, ook de daarop volgende afnemers. Afspraken kunnen ook aan anderen dan de direct betrokken gebruikers ten goede komen, maar de Commissie (en dit volgt ook uit de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie) hanteert als minimumeis dat de voordelen in voldoende mate aan de groep gebruikers die de nadelen van de afspraak dragen ten goede moeten komen om hen voor die nadelen te compenseren. Minimaal geldt dus dat deze afnemers er als gevolg van de afspraak niet op mogen achteruit gaan. Dit laat overigens onverlet dat onder de eerste voorwaarde kan worden gekeken naar voordelen voor de samenleving als geheel, maar betekent wel dat als die voordelen niet tenminste voor de gebruikers de nadelen compenseren, aan de tweede voorwaarde niet voldaan zal zijn.

3) *Dynamisch waarderen voor- en nadelen*

In hoofdstuk 3.2 heeft EZ opgenomen dat bij het waarderen van de voor- en nadelen het van belang is dit dynamisch te bekijken. Daarbij wordt opgemerkt dat sommige voor- en/of nadelen niet direct na het invoeren van duurzaamheidsinitiatieven naar voren komen, of zich mogelijk positiever of negatiever ontwikkelen dan in de afspraken is voorgesteld. EZ wil dat ACM alle voordelen van de totale afspraak in kaart brengt. ACM is op zich geen tegenstander van een dynamische benadering en wil voor- en nadelen die zich in de toekomst zullen materialiseren meenemen. Daarbij merken wij wel op dat meewegen alleen mogelijk is als die nadelen en/of voordelen objectief en reëel te verwachten zijn op het moment van beoordeling. Het is aan partijen om deze gegevens aan te leveren en te onderbouwen dat nadelen en voordelen objectief en reëel te verwachten zijn.

4) *Uitleg over toepassing van verschillende methodes*

Hoofdstuk 4 over de methodologie bespreekt de voordelen maar vooral de nadelen van de WTP-methode die gebruikt is in de analyse van de Kip van Morgen en een mogelijke alternatieve methode. Dit hoofdstuk is, zoals aangegeven door EZ, bedoeld om meer uitleg te geven over methodes die gebruikt worden om voor- en nadelen te kwantificeren. Het risico van dit hoofdstuk is dat het meer vragen oproept dan dat het antwoorden geeft. Wij suggereren daarom om dit hoofdstuk niet op te nemen. Te meer omdat ACM tot nu toe nog maar één keer de WTP-methode heeft toegepast en dit door ons ook wordt gezien als een van de mogelijk te hanteren methodes, en niet als de enige methode.

Autoriteit Consument & Markt



Parallel aan het proces van wijziging van de beleidsregel, voeren wij met u gesprekken over andere oplossingen die mogelijk meer ruimte creëren voor duurzaamheidsinitiatieven. Hiertoe heeft EZ een notitie "denklijn Mededinging en Duurzaamheid" opgesteld waarin verschillende opties worden beschreven. EZ heeft te kennen gegeven deze opties verder te willen verkennen. ACM heeft aangegeven graag mee te denken over verdere uitwerking. ACM wil zich daarbij graag richten op de opties die genoemd zijn in paragraaf 3.2 en 3.5 van de notitie. Dit betreft het opnemen of aanscherpen van duurzaamheidseisen in bijzondere wetgeving en het legitimeren van afspraken over duurzaamheidsinitiatieven door een vorm van politieke wilsuiving. ACM heeft aangegeven geen voorstander te zijn van de optie tot aanpassing van de beleidsregel (om de redenen zoals hierboven benoemd) en het opnemen van een afwegingskader voor het toestaan van duurzaamheidsafspraken in de Mededingingswet.

Wij verzoeken u daarom om de bovengenoemde wijzigingen van de beleidsregel niet door te voeren. Mocht de geconsulteerde beleidsregel ongewijzigd worden ingevoerd, dan kan er een situatie ontstaan waarbij wij bij de beoordeling van een specifieke casus gebonden zijn aan striktere Europese regels. Voorkomen moet worden dat er een situatie ontstaat waarin de beleidsregel suggereert dat de wet meer ruimte biedt dan in werkelijkheid het geval is. Initiatiefnemers zouden daarmee op het verkeerde been kunnen worden gezet. ACM moet vervolgens die verwachtingen corrigeren, hetgeen ten koste kan gaan van het vertrouwen in de overheid en de toezichthouder.

ACM wil met deze brief nogmaals benadrukken dat wij er vanuit onze rol en verantwoordelijkheid belang aan hechten dat er een werkbare oplossing komt. Een oplossing die tegemoet komt aan het gevoelde gebrek aan ruimte voor legitieme en maatschappelijke gewenste duurzaamheidsinitiatieven waarmee andere publieke belangen dan de mededinging gediend zijn, en een oplossing die toelaat dat wij invulling kunnen geven aan onze taken als mededingingsautoriteit en de verantwoordelijkheden die op grond daarvan uit Europese regels voortvloeien. Wij denken daarom graag constructief met EZ mee over oplossingsrichtingen.

Uiteraard zijn wij gaarne bereid desgevraagd deze beknopte beschrijving van onze bezwaren nader toe te lichten.

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

—

M. Denkers, BA. MSc. MBA
Directeur Directie Mededinging