

Gezamenlijke reactie d.d. 30 september 2020

**Land- en Tuinbouw Organisatie Nederland
BarentsKrans N.V.**

Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken

**Land- en Tuinbouw
Organisatie Nederland**
Bezuidenhoutseweg 105-113
2594 AC Den Haag

BarentsKrans N.V.
Lange Voorhout 3
2514 EA Den Haag

Reactie concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken

1. INLEIDING

1. LTO Nederland maakt zich al jaren sterk voor het faciliteren van duurzaamheidsinitiatieven. Ervaringen uit het verleden – zoals het Energieakkoord en de *Kip van Morgen* – laten zien dat noodzakelijke en breed gedragen initiatieven stranden op de toepassing van de mededingingsregels. Om die reden verwelkomt LTO Nederland de concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken (de “**Leidraad**”). Dat laat onverlet dat wij enkele suggesties hebben om de effectiviteit van de Leidraad te vergroten.
2. Tegen die achtergrond bespreken wij hierna de volgende onderwerpen:
 - 2.1. De ruime omschrijving van duurzaamheidsafspraken en het belang daarvan voor de slagingskansen van duurzaamheidsinitiatieven en de definitie van *milieuschadeafspraken*.
 - 2.2. Duurzaamheidsafspraken hebben vrijwel altijd een internationale dimensie. Kan de ACM toelichten welke stappen zij zet om Europees draagvlak voor ruimte voor duurzaamheidsafspraken te realiseren?
 - 2.3. De toelichting die de ACM geeft in het hoofdstuk omtrent de vrijstelling van het kartelverbod. LTO Nederland zal daarbij met name ingaan op de onderbouwing van de voor- en nadelen van een duurzaamheidsafpraak.
 - 2.4. Het alternatief dat in de toekomst wordt geboden door middel van de Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven.
 - 2.5. De mogelijkheden die potentieel worden geboden door de leer van de inherente beperkingen.

2. OMSCHRIJVING DUURZAAMHEIDSAFSPRAAK

3. Ten eerste spreekt LTO Nederland haar waardering uit voor de brede omschrijving die wordt gehanteerd voor duurzaamheidsafspraken. LTO Nederland heeft in het kader van het wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven gepleit voor de toevoeging van het thema biodiversiteit aan de reikwijdte van het wetsvoorstel. Zij waardeert dan ook de uitdrukkelijke benoeming van biodiversiteit als één van de onderwerpen van duurzaamheidsafspraken. Hetzelfde geldt voor belangrijke thema's als klimaat, dierenwelzijn, water- en bodemkwaliteit en sociale standaarden.
4. Initiatieven van marktpartijen ten aanzien van deze thema's kunnen in aanzienlijke mate bijdragen aan het behalen van de duurzaamheidsdoelstellingen op deze terreinen. Samenwerking is daarvoor noodzakelijk. LTO Nederland waardeert dat de ACM dit erkent door middel van de brede omschrijving van duurzaamheidsafspraken.

Omschrijving milieuschadeafpraak

5. In de Leidraad hanteert de ACM een onderscheid tussen *milieuschadeafspraken* enerzijds en *overige duurzaamheidsafspraken* anderzijds. Dit onderscheid kan in de praktijk essentieel zijn

Reactie concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken

omdat voor milieuschadeafspraken niet de eis geldt dat de voordelen van en duurzaamheidsafpraak de eventuele nadelen voor de mededinging overtreffen.

6. Op basis van de tekst van de Leidraad neemt LTO Nederland aan dat het thema biodiversiteit potentieel valt onder de categorie milieuschadeafspraken. Biodiversiteit – de variatie binnen soorten organismen, tussen soorten en tussen ecosystemen – is een cruciale voorwaarde voor duurzame, toekomstbestendige landbouw. Tegen die achtergrond heeft LTO Nederland in samenwerking met een grote groep belangenorganisaties het Deltaplan Biodiversiteit gelanceerd (<http://www.samenvoorbiodiversiteit.nl>). De initiatiefnemers van het Deltaplan signaleren dat, ondanks de inspanningen van de afgelopen decennia, biodiversiteit afneemt. Dat heeft belangrijke negatieve effecten op de voedselketen – niet alleen nu maar vooral in de toekomst. Dit is urgent.

Dat de risico's van afnemende biodiversiteit niet denkbeeldig zijn, blijkt onder meer uit de schimmelziekte – Panamaziekte – die op massale schaal bananenbomen bedreigt. Vrijwel iedere banaan die in Europa wordt verkocht, is van één ras: de Cavendish. Daarbij wordt de Cavendish-banaan doorgaans als monocultuur aangeplant. Er wordt dus jaar in, jaar uit hetzelfde gewas geplant op de landbouwgrond. Dat maakt de banaan bijzonder vatbaar voor ziektes

7. Wij verzoeken de ACM dan ook te verduidelijken dat afspraken in het kader van de bevordering van biodiversiteit potentieel binnen de definitie van milieuschadeafspraken vallen.

3. EUROPESE DIMENSIE

8. Een belangrijk aandachtspunt bij duurzaamheidsafspraken blijft de internationale component van initiatieven. LTO Nederland waardeert de inspanningen van de ACM en de Nederlandse overheid om ruimte te creëren voor duurzaamheidsinitiatieven in Nederland. Tegelijkertijd zullen duurzaamheidsafspraken in veel gevallen grensoverschrijdende aspecten hebben. Zowel de duurzaamheidsgevolgen als de kosteneffecten van een initiatief hebben noodzakelijkerwijs grensoverschrijdende gevolgen (het is immers ondenkbaar dat kosten van een duurzaamheidsinitiatief enkel op de Nederlandse markt tot stand zouden komen terwijl de kosten bij export geabsorbeerd zouden moeten worden). Een – minstens – Europese aanpak van bepaalde duurzaamheidsuitdagingen is daarom noodzakelijk om de uiteindelijke doelstellingen te bereiken. Wij benadrukken dan ook het belang om bij de Europese instituties te pleiten voor een Europees equivalent of alternatief voor de Leidraad.

4. VRIJSTELLING KARTELVERBOD

9. LTO Nederland verwelkomt de *guidance* die de ACM geeft in de leidraad ten aanzien van de manier waarop ondernemingen kunnen analyseren of een duurzaamheidsafpraak in aanmerking komt voor vrijstelling op grond van lid 3 van het kartelverbod. In het navolgende beschrijft LTO Nederland een aantal suggesties voor aanvullingen op de Leidraad die ondernemingen beter in staat kunnen stellen om een lid 3-analyse uit te voeren.

Reactie concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken

Kwalitatieve versus kwantitatieve benadering

10. De ACM erkent in nr. 33 van de Leidraad terecht dat het in sommige gevallen lastig zal zijn om de voordelen van een duurzaamheidsafpraak cijfermatig te onderbouwen. In die gevallen hebben ondernemingen geen andere keuze dan een kwalitatieve onderbouwing van de voordelen te geven. De ACM lijkt open te staan voor een kwalitatieve onderbouwing van de voordelen van een duurzaamheidsafpraak.
11. Daar staat tegenover dat in paragraaf 45 en verder wordt beschreven dat de ACM bij de afweging van de voor- en nadelen van een duurzaamheidsafpraak uitgaat van een kwantitatieve benadering. Slechts in een beperkt aantal gevallen kunnen ondernemingen volstaan met een kwalitatieve beoordeling van de voor- en nadelen.
12. LTO Nederland heeft er begrip voor dat de voor- en nadelen van een duurzaamheidsafpraak moeten worden afgewogen. De huidige bewoordingen kunnen evenwel voor verwarring zorgen waardoor ondernemingen onterecht uitgaan van een onjuiste benadering van de analyse. Wij vragen u dan ook dit punt – met name de verhouding tussen nr. 33 en nr. 45 en verder – te verduidelijken. Tevens vragen wij u om enige richting te geven omtrent de manier waarop door middel van een kwalitatieve onderbouwing de voordelen van een duurzaamheidsafpraak in kaart moet worden gebracht. Wij realiseren ons dat de onderbouwing in veel gevallen maatwerk zal zijn. Een nadere toelichting op dit onderdeel zou voor de praktijk bijzonder behulpzaam zijn.

Kwantificering voor- en nadelen

13. De beoordeling van de voor- en nadelen van een duurzaamheidsafpraak staat centraal in de analyse. De ACM beschrijft dat milieuprijzen kunnen worden gebruikt in geval van *milieuschadeafspraken*. Die kengetallen zijn niet beschikbaar voor *overige duurzaamheidsafspraken*. Voor die categorie duurzaamheidsafspraken stelt de ACM in nr. 53 voor om gebruik te maken van een onderzoek naar de betalingsbereidheid van consumenten voor een bepaald product of productkenmerk – een *willingness to pay*-onderzoek.
14. LTO Nederland signaleert dat deze methodiek beperkingen heeft om de werkelijke voor- en nadelen van een duurzaamheidsafpraak te onderzoeken. De betalingsbereidheid van een gebruiker vormt geen afspiegeling van de voor- en nadelen van de afspraak. De ACM merkt in de Leidraad terecht op dat afspraken objectieve duurzaamheidsvoordelen moeten hebben. Die voordelen worden niet becijferd op basis van een betalingsbereidheidsonderzoek aangezien daarin slechts de subjectieve waarde van een product of productkenmerk voor individuele gebruikers wordt getoetst.
15. Dat geldt temeer voor duurzaamheidsafspraken waarbij gebruikers de tamelijk abstracte voordelen in de vorm van duurzaamheidsbevordering (bijvoorbeeld dierenwelzijn, biodiversiteit of verbeterde sociale standaarden) moeten afwegen tegen een concreet bedrag in hun portemonnee. Met andere woorden: er bestaat een risico dat een betalingsbereidheidsonderzoek leidt tot een *tragedy of the commons*.
16. In de visie van LTO Nederland is dat nu juist hetgeen de leidraad – en ook de Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven – beoogt te voorkomen. De ACM benoemt in nr. 30 van de Leidraad dat objectieve duurzaamheidsvoordelen niet alleen waardevol zijn voor de gebruikers maar ook

Reactie concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken

voor (delen van) de samenleving in bredere zin. LTO Nederland vreest dat die benadering verloren gaat in een betalingsbereidheidsonderzoek. Daarbij komt dat het uitgangspunt van duurzaamheidsinitiatieven is dat het leidt tot lange termijn meerwaarde voor de samenleving (en dus voor toekomstige gebruikers). Het lage termijn effect komt onvoldoende tot uiting in een betalingsbereidheidsonderzoek en doet daarmee onvoldoende recht aan de aard van duurzaamheidsinitiatieven.

17. LTO Nederland pleit dan ook voor toepassing van andere benaderingen, zoals de *true pricing* methode die in nr. 35 van de Leidraad wordt toegelicht. Door middel van *true pricing* kan een vergelijking worden gemaakt van de werkelijke kosten van een product of dienst met en zonder toepassing van een duurzaamheidsafpraak. Daarin kunnen tevens de belangen van toekomstige gebruikers van een product of dienst worden meegenomen – wat bij een analyse op basis van een betalingsbereidheidsonderzoek per definitie niet mogelijk is.
18. LTO Nederland vraagt de ACM om een nadere toelichting op te nemen in de Leidraad omtrent alternatieve methodes voor de kwantificering van de voor- en nadelen van een duurzaamheidsafpraak. In het kader van de voorspelbaarheid van de beoordeling door de ACM, verzoeken wij om (zo mogelijk) tevens aan te geven in welke omstandigheden een methode gehanteerd kan worden.

5. WET RUIMTE VOOR DUURZAAMHEIDSINITIATIEVEN

19. Aan het slot van de Leidraad wordt aandacht besteed aan de toekomstige Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven. Vanzelfsprekend ligt het primaat voor het wetsvoorstel bij de Minister van EZK. LTO Nederland vraagt evenwel aandacht van de ACM voor een concreet aspect dat uiteindelijk essentieel is voor succesvolle toepassing van het wetsvoorstel.
20. Wij benadrukken het voortdurende belang van Europese inbedding van een regeling omtrent duurzaamheidsinitiatieven. Zoals wij eerder beschreven zullen duurzaamheidsinitiatieven in veel gevallen grensoverschrijdende aspecten hebben. Dat geldt zowel voor de duurzaamheidsgevolgen als voor de kosteneffecten van een initiatief. Wij benadrukken dan ook het belang om bij, onder meer, de ECN te pleiten voor een Europees equivalent of alternatief voor het wetsvoorstel.

6. INHERENTE BEPERKING

21. Ten slotte vraagt LTO Nederland aandacht voor een onderwerp dat onbesproken blijft in de Leidraad: de leer van inherente beperkingen. Dat leerstuk biedt een mogelijkheid om duurzaamheidsafspraken te maken die buiten het bereik van het kartelverbod vallen. In de visie van LTO Nederland verdient het leerstuk dan ook vermelding in hoofdstuk 4 van de Leidraad.
22. In het *Wouters*-arrest heeft het Hof van Justitie uitgemaakt dat niet elke overeenkomst tussen ondernemingen of elk besluit van een ondernemersvereniging die de handelingsvrijheid van de partijen of van een van hen beperkt, automatisch onder het kartelverbod valt. Als een potentieel mededingingsbeperkende afspraak onderdeel uitmaakt van een legitiem plan met als doel een

Reactie concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken

- publiek belang te borgen, dan valt die afspraak buiten het bereik van het kartelverbod als de mededingingsbeperking noodzakelijk is om het publiek belang te borgen.
23. Deze rechtspraak biedt naar de overtuiging van LTO Nederland mogelijke aanknopingspunten voor de beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder artikel 6 lid 1 Mw, zonder dat een wet- of regelgevingstraject noodzakelijk is. LTO Nederland vraagt daarom deze rechtspraak in de Leidraad op te nemen. Vanzelfsprekend dient toepassing van het leerstuk niet te leiden tot *greenwashing* van mededingingsbeperkende afspraken. Echter, conceptueel past de leer van inherente beperkingen goed bij duurzaamheidsinitiatieven. Het principe dat een legitiem publiek belang in een beperkt aantal gevallen ruimte creëert voor afspraken met een mededingingsbeperkend component is de kern van de (wetgevings)initiatieven die worden ontplooid vanuit het streven om duurzaamheidsinitiatieven mogelijk te maken.
24. LTO Nederland stelt het volgende beoordelingskader voor, in lijn met het *Wouters*-arrest en de daaropvolgende uitspraken (waaronder *Meca-Medina*, *OTOC*, *Cipolla*, en *API*):
- 24.1. Ten eerste moet een afspraak zijn gemaakt in het kader van een plan dat een legitieme duurzaamheidsdoelstelling nastreeft. Daarbij kan worden aangesloten bij de definitie van duurzaamheidsafpraak die in de Leidraad wordt gehanteerd.
- 24.2. Ten tweede moet het plan, inclusief de te beoordelen afspraak, geschikt zijn om de duurzaamheidsdoelstelling te realiseren.
- 24.3. Ten derde mag de afspraak niet verder gaan dan nodig is om de duurzaamheidsdoelstelling te realiseren.
25. Vanzelfsprekend zou het de voorkeur verdienen indien dergelijke duiding door de Europese Commissie zou worden gegeven.

* * *