

MEDEDINGINGSRECHT EN DUURZAAMHEID

Jan BLOCKX
Docent Universiteit Antwerpen

SAMENVATTING

In mededingingsrechtelijke kringen is een levendig debat gaande: draagt de handhaving van de mededinging bij aan duurzaamheid of staat zij soms duurzaamheid in de weg? Dat debat spitst zich vooral toe op afspraken tussen concurrenten die duurzaamheidsdoelstellingen nastreven. Zulke afspraken kunnen immers in sommige gevallen het eerste lid van artikel 101 VWEU (en art. IV.1 WER) schenden terwijl een strikte interpretatie van het derde lid verhindert dat er voor zulke afspraken een vrijstelling wordt verleend. De Nederlandse Autoriteit Consument & Markt en andere mededingingsautoriteiten en sommige auteurs stellen daarom een soepelere interpretatie van het derde lid voor. Tegenstanders van een ruimere interpretatie vrezen dan weer dat dit aanleiding zal geven tot greenwashing. Ook ten aanzien van misbruik van machtspositie en concentratiecontrole kunnen gelijkaardige vragen worden gesteld naar hun verhouding met duurzaamheidsoverwegingen, al is het debat daarover nog in een minder ontwikkeld stadium.

RÉSUMÉ

Un débat doctrinaire occupe le monde du droit de la concurrence: appliquer les règles de la concurrence, est-ce soutenir ou faire obstacle à la durabilité? Ce débat concerne surtout les accords entre concurrents qui poursuivent des objectifs de durabilité. Dans certains cas, de tels accords peuvent tomber dans le champ de l'interdiction du premier paragraphe de l'article 101 TFUE (et l'art. IV.1 CDE), alors qu'une interprétation stricte du troisième paragraphe empêche qu'une exemption soit accordée à de tels accords. L'autorité de la concurrence néerlandaise et certains autres autorités et auteurs proposent alors une interprétation plus souple du troisième paragraphe. Ceux qui s'opposent à cette interprétation plus large craignent qu'elle amène à du greenwashing. Aussi dans les domaines de l'abus de position dominante et du contrôle des concentrations, des questions similaires se posent quant à leur relation avec des considérations de durabilité, même si le débat y est encore moins développé.

I. INLEIDING

1. Mededingingsrecht is niet ontstaan in een vacuüm. De Amerikaanse Sherman Act van 1890, die het vertrekpunt vormde voor het mededingingsrecht zoals wij dat vandaag in België kennen, werd gedreven door een veelheid van economische, maar ook sociale en politieke bezorgdheden die op dat moment leefden in de snel industrialiserende nieuwe wereld.¹ De mededingingsbepalingen in het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap van 1958 moeten eveneens gezien worden binnen de ruimere doelstellingen van dat verdrag: (het vermijden van oorlog op het oude continent door) het integreren van de nationale markten, het verhogen van de levensstandaard van de burgers enz.²

2. Mededingingsrecht is evenmin geëvolueerd in een vacuüm. De politieke, sociale en economische ontwikkelingen doorheen de decennia hebben een impact gehad op de sectoren en praktijken waarop mededingingsautoriteiten hun handhaving concentreerden. Dit geldt ook voor de toenemende bezorgdheid, vooral vanaf de jaren 70 van de vorige eeuw, voor duurzaamheid en dan in het bijzonder voor milieubescherming. Op Europees vlak werd de nood aan milieubescherming midden de jaren 80 door de Eenheidsakte ingeschreven in het Verdrag en daaropvolgende verdragswijzigingen hebben daaraan steeds meer aandacht besteed.

3. Dit vertaalde zich ook in het mededingingsrecht. In het Europese staatssteunrecht bijvoorbeeld nam de Commissie in 1974 al een mededeling aan over staatssteun voor milieudoelstellingen.³ Sindsdien zijn er geregeld nieuwe richtsnoeren over staatssteun voor milieubescherming gepubliceerd en werden ook meer en meer milieubeschermingsmaatregelen van lidstaten vrijgesteld van staatssteuncontrole door middel van vrijstellingsverordeningen.⁴ Hoe belangrijk

¹ Zie hierover onder andere R. PITOFKY, "The political content of antitrust", *University of Pennsylvania Law Review* 1979, (1051) 1060-1065; M.S. JACOBS, "An essay on the normative foundations of antitrust economics", *North Carolina Law Review* 1995, (219) 232 en W. TROESKEN, "The letters of John Sherman and the origins of antitrust", *The Review of Austrian Economics* 2002, 275-295.

² Deze worden bv. vermeld door H. VON DER GROEBEN, de eerste commissaris van de Europese Commissie bevoegd voor mededinging in zijn "The role of competition in the common market" in *Proceedings Conference on Antitrust and the European Communities*, American Bar Association, 1963.

³ Mededeling van de Europese Commissie, 6 november 1974 betreffende de steunmaatregelen van de Staten ten behoeve van het milieu (SEC(74)4265), beschreven in het Vierde Verslag over het Mededingingsbeleid, Brussel, Europese Commissie, 1975, punten 175-182.

⁴ De momenteel toepasselijke richtsnoeren zijn de Richtsnoeren van de Commissie over staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020 (*Pb.C.* 28 juni 2014, afl. 200, 1), die momenteel onderworpen zijn aan een herziening. De vrijstellingen zijn vervat in deel 7 van Commissieverord. nr. 651/2014 van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de art. 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard (*Pb.L.* 26 juni 2014, afl. 187, 1).

dit wel is in de praktijk blijkt uit het feit dat, volgens berekeningen van de Commissie, zowat de helft van de staatssteun die Europese lidstaten momenteel uitkeren bedoeld is voor milieubescherming (inclusief energiebesparingen).⁵

4. In deze bijdrage laat ik het staatssteunbeleid verder buiten beschouwing en concentreer ik me op het mededingingsrecht in enge zin, dat wil zeggen op de zogenaamde *antitrust*-regels over restrictieve afspraken tussen ondernemingen en misbruik van machtspositie, alsook op de concentratiecontrole. Ook daarin wordt de Europese Commissie en – vanaf de invoering van de Mededingingswet in 1993⁶ – de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA), al decennialang geconfronteerd met kwesties van duurzaamheid. Een precieze definitie van duurzaamheid ontbreekt weliswaar, maar daarmee bedoel ik eerst en vooral ecologische doelstellingen, maar ook andere kwesties zoals sociale rechtvaardigheid of de ontwikkeling van onderontwikkelde landen of delen van de wereld komen hieronder (in mindere mate) aan bod.

5. In wat volgt besteed ik eerst aandacht aan de beleidsoverwegingen die ten grondslag liggen aan het huidige debat over mededinging en duurzaamheid (titel II) om vervolgens te bespreken hoe duurzaamheidsoverwegingen een rol kunnen spelen in het mededingingsrecht, zowel in *antitrust* (titel III) als concentratiecontrole (titel IV).

II. POLITIEKE ACHTERGROND EN BELEIDSOVERWEGINGEN

6. De aandacht voor de interactie tussen mededingingsrecht en duurzaamheid, en dan vooral milieubescherming, is de laatste jaren sterk gegroeid. In Europa hebben de lidstaten op dit vlak het voortouw genomen. Met name in Nederland is er al een tiental jaar een levendig debat gaande over de wijze waarop het mededingingsbeleid rekening kan en/of moet houden met duurzaamheidsoverwegingen. Deze problematiek kwam erg onder de aandacht toen de Nederlandse overheid samen met werkgevers- en werknemersorganisaties, alsook verschillende milieubewegingen in 2013 het SER Energieakkoord sloot. Dat akkoord was bedoeld om de Nederlandse economie en energievoorziening te verduurzamen, onder andere door het sluiten van vijf kolencentrales. Toen de Nederlandse mededingingsautoriteit, de Autoriteit Consument & Markt (ACM), echter gevraagd werd om een advies te geven over die afspraak oordeelde ze dat die de mededinging beperkte, en daarom mogelijk in strijd was met artikel 101 VWEU en de verplichtingen van Nederland als Europese

⁵ Zie p. 17 en 18 van het scorebord staatssteun van 2020, beschikbaar op https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/scoreboard_en.

⁶ Wet 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, BS 11 oktober 1991, 22.493, die op 1 april 1993 in werking trad.

lidstaat.⁷ De daaropvolgende jaren werkten zowel de ACM als de Nederlandse overheid verschillende beleidsdocumenten uit over hoe ze de verhouding tussen mededinging en duurzaamheid zagen.⁸ De laatste iteratie hiervan is de Leidraad Duurzaamheidsafspraken, waarvan de ACM begin 2021 een 2^e Concept publiceerde.⁹

7. Het spreekt echter voor zich dat de meeste duurzaamheidskwesties niet op nationaal niveau aangepakt kunnen worden. Met name de uitdaging van de klimaatverandering vereist een wereldwijde of minstens Europa-brede inzet. Onmiddellijk na het aantreden van de nieuwe Europese Commissie onder leiding van Ursula von der Leyen werd de Europese ambitie op dit vlak vertaald in een Europese *Green Deal*. In de mededeling die de Commissie daarover in december 2019 publiceerde, stelde zij zich tot doel “*de problemen in verband met klimaat en milieu op te lossen*”, en te maken dat in de EU “*vanaf 2050 netto geen broeikasgassen meer worden uitgestoten*”.¹⁰

8. In die oorspronkelijke mededeling over de *Green Deal* kwam het mededingingsrecht, nochtans een van de centrale beleidsdomeinen van de Unie, niet aan bod.¹¹ Desondanks stelde zich wel de vraag of het mededingingsrecht, zoals het in het verleden werd toegepast, kon bijdragen aan de doelstellingen van de *Green Deal*, dan wel of het eventueel aangepast moest worden om de groene ambities niet in de weg te staan. In september 2020 opende Europees commissaris voor mededinging, Margrethe Vestager, dan ook een uitgebreide consultatie over de verhouding tussen de *Green Deal* en het Europese mededingingsrecht.¹²

⁷ ACM, Notitie ACM, 26 september 2013 over sluiting 5 kolencentrales in SER Energieakkoord, beschikbaar op www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/12033_acm-notitie-sluiting-kolencentrales.pdf.

⁸ Zie met name ACM, Concept position paper Mededinging & Duurzaamheid, 11 juli 2013, beschikbaar op www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/11634_concept-acm-position-paper-mededinging-en-duurzaamheid.pdf; ACM, Visiedocument Mededinging & Duurzaamheid van mei 2014, beschikbaar op www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/12930_visiedocument-mededinging-en-duurzaamheid-2014-05-09.pdf; Besluit van de Nederlandse minister van Economische Zaken, 6 mei 2014, nr. WJZ / 14052830, houdende beleidsregel inzake de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet bij mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid, *Staatscourant* 2014, 13375; Beleidsregel van de Nederlandse minister van Economische Zaken, 30 september 2016, nr. WJZ/16145098, houdende beleidsregels inzake de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet bij mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid, *Staatscourant* 2016, 52945; ACM, Uitgangspunten toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken, 2 december 2016, beschikbaar op www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/16673/ACM-stelt-uitgangspunten-vast-voor-toezicht-duurzaamheidsafspraken-en-mededinging.

⁹ ACM, 2^e Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken, 26 januari 2021, beschikbaar op www.acm.nl/sites/default/files/documents/2e-concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken.pdf.

¹⁰ Mededeling van de Commissie: De Europese Green Deal (COM/2019/640 final).

¹¹ Alleszins niet het mededingingsrecht in enge zin. De staatssteunregels komen wel aan bod in de mededeling.

¹² M. VESTAGER, “The Green Deal and Competition Policy”, Renew Webinar, 22 september 2020, beschikbaar op

9. Kort samengevat zijn er twee conflicterende opinies over deze verhouding. Langs de ene kant is er de positie dat de vrije mededinging, zoals die wordt nagestreefd door de handhaving van het mededingingsrecht, bijdraagt tot duurzaamheid en in het bijzonder milieubescherming, doordat het ondernemingen dwingt om efficiënt te produceren en om innovatieve oplossingen te vinden.¹³ Aan de andere kant leeft de visie dat het huidige mededingingsrecht weinig aandacht heeft voor niet-economisch kwantificeerbare gevolgen van vrije mededinging, inclusief bijvoorbeeld schadelijke gevolgen voor het milieu, en dat het mededingingsrecht dus aangepast (of minstens anders geïnterpreteerd moet worden) om bij te kunnen dragen aan duurzaamheid.¹⁴ Tussen deze extremen zijn er natuurlijk ook genuanceerde visies die bijvoorbeeld aanvaarden dat mededinging in het algemeen kan bijdragen tot duurzaamheid maar dat er in sommige gevallen perverse effecten kunnen ontstaan. Een bijkomende kwestie in dit verband is of de schadelijke gevolgen van de mededinging op bijvoorbeeld het milieu, door het mededingingsrecht vermeden moeten worden, dan wel of daarvoor andere beleidsdomeinen (milieuregelgeving, belastingwetgeving enz.) beter geschikt zijn.

10. De lezer kan deze discussie best in het achterhoofd houden bij onderstaande bespreking van de huidige juridische positie en het debat daaromtrent.

III. ANTITRUST

11. Het Europese en Belgische *antitrust*-recht heeft twee luiken: het verbod op enerzijds mededingingsbeperkende afspraken en anderzijds op het misbruik van een (dominante) machtspositie. Ik behandel deze twee onderwerpen hieronder apart. Duurzaamheidskwesties komen het vaakst aan bod in de context van mededingingsbeperkende afspraken en daaraan zal ik dus de meeste aandacht besteden.

A. MEDEDINGINGSBEPERKENDE AFSPRAKEN

12. Artikel 101, § 1 VWEU en artikel IV.1, § 1 WER verbieden alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en

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

¹³ Deze visie wordt bv. verwoord in M.P. SCHINKEL en L. TREUREN, “Green antitrust: (more) friendly fire in the fight against climate change”, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2020-07.

¹⁴ Zie bv. J. MULDER, “Op het snijvlak van onafhankelijkheid en openheid: wat is de rol van de ACM in een duurzame maatschappij?”, *SEW* 2014, 565-578 en S. HOLMES, “Climate change, sustainability, and competition law”, *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, 354-405. Zie ook al S. KINGSTON, “Integrating environmental protection and EU competition law: why competition isn’t special”, *European Law Journal* 2010, 780-805.

alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Het verschil tussen de twee bepalingen is dat artikel 101 VWEU enkel van toepassing is als de bewuste afspraken de handel tussen EU-lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, terwijl artikel IV.1 WER al van toepassing is als de afspraken de mededinging kunnen beperken op de Belgische betrokken markt of een wezenlijk deel ervan: een juridictioneel criterium dus, dat voor de discussie hieronder weinig relevant is.

13. De soorten afspraken die onder bovenstaand verbod vallen zijn velerlei. Ik vermijd hier technische discussies over noties als ‘onderneming’, ‘overeenkomst’, ‘afgestemde feitelijke gedraging’ en over het verschil tussen strekkingsbeperkingen en gevolgbeperkingen.¹⁵ Voor deze bijdrage is het wel nuttig een onderscheid te maken tussen horizontale afspraken en verticale afspraken. Horizontale afspraken worden gesloten tussen ondernemingen die effectief met elkaar concurreren of dat op korte termijn zouden kunnen doen (potentiële concurrenten).¹⁶ Verticale afspraken daarentegen, worden gemaakt tussen ondernemingen die in verschillende stadia van de productie- of distributieketen actief zijn, zoals een producent van een goed en zijn distributeur.¹⁷ Verticale afspraken geven minder aanleiding tot mededingingsbezwaren dan horizontale. Verticale afspraken verhogen immers vaak de efficiëntie van de productie- of distributieketen (zonder distributeur is het voor de producent moeilijker om zijn doelpubliek te bereiken). Bovendien, als beide partijen bij een verticale afspraak geen grote macht hebben op de markt waarop ze elk actief zijn, dan zal de verticale afspraak die marktmacht normaal gezien niet verhogen. Bij horizontale afspraken daarentegen, kan

¹⁵ Ook buiten beschouwing laat ik hier de mogelijke toepassing van de rechtspraak in de lijn van het arrest HvJ 19 februari 2002, nr. C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, *Wouters*. Volgens een bepaalde lezing van die rechtspraak kunnen afspraken (net als eenzijdige gedragingen van dominante ondernemingen) die publieke belangen nastreven in sommige gevallen geheel buiten het verbod van art. 101 (en art. 102) VWEU vallen (zie in die zin: J.W. VAN DE GRONDEN, “De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht”, *SEW* 2015, 523-528). In mijn interpretatie gaat deze rechtspraak echter eerder over nevenrestricties voor activiteiten die niet-mededingingsbeperkend zijn: zie mijn “Duurzaamheidsafspraken en mededinging: stand van zaken aan de hand van de Concept Leidraad van de ACM”, *SEW* 2021, (49) 52. Ook de ACM vindt deze rechtspraak te onduidelijk om toe te passen op duurzaamheidsafspraken, zoals ze zegt in haar 2^e Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken van 26 januari 2021, beschikbaar op www.acm.nl/sites/default/files/documents/2e-concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken.pdf.

¹⁶ Zie voor deze definitie met name de punten 1 en 10 van de Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (*Pb.C.* 14 januari 2011, afl. 11, 1).

¹⁷ Zie voor een volledige definitie, art. 1, § 1, a) Commissieverord. nr. 330/2010, 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (*Pb.L.* 23 april 2010, afl. 102, 1).

de samenwerking tussen de concurrenten de marktmacht van de twee partijen wel verhogen, mogelijk ten nadele van afnemers (of leveranciers). Bijvoorbeeld, als de twee ondernemingen in een duopolie samen beslissen om hun verkoopprijzen te verhogen, dan zullen hun afnemers geen andere keuze hebben dan die hogere prijs te betalen.

14. De discussie over de rol van duurzaamheid in het mededingingsbeleid spitst zich dan ook vooral toe op horizontale afspraken. Met name bestaat de vrees dat concurrenten daarbij aan ‘*greenwashing*’ doen, dat wil zeggen onder het mom van verbetering van de duurzaamheid, eigenlijk afspraken maken die de mededinging tussen hen beperken ten nadele van afnemers, leveranciers of andere marktdeelnemers. De focus van de verdere discussie in dit hoofdstuk zal zich dus toespitsen op horizontale duurzaamheidsafspraken.

15. De eerste vraag die zich in dit verband stelt is in welke omstandigheden horizontale duurzaamheidsafspraken de mededinging kunnen beperken. Niet alle afspraken tussen concurrenten over duurzaamheid zullen immers een impact hebben op de mededinging. En, als zulke afspraken de mededinging niet beperken, dan vallen zij niet onder het verbod van artikel 101 VWEU en artikel IV.1 WER. Deze kwestie wordt verder besproken onder titel III.A.1. hieronder.

16. Maar zelfs afspraken die de mededinging wel beperken, zijn niet noodzakelijk verboden. De artikelen 101, § 3 VWEU en IV.1, § 3 WER bevatten immers een uitzondering op bovenvermeld verbod. De Europese Commissie heeft in toepassing van artikel 101, § 3 VWEU enkele groepsvrijstellingsverordeningen aangenomen die bepaalde categorieën van horizontale overeenkomsten automatisch vrijstellen van het verbod in artikel 101, § 1 VWEU. Deze vrijstellingen gelden ook ten aanzien van artikel IV.1 WER.¹⁸ Voorbeelden van dergelijke afspraken worden besproken in titel III.A.2. hieronder.

17. Daarnaast kan een mededingingsbeperkende afspraak ook toegelaten zijn omdat ze voldoet aan de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 101, § 3 VWEU en artikel IV.1, § 3 WER. De toepassing van deze voorwaarden wordt besproken in titel III.A.3. hieronder.

18. Na de bespreking van deze belangrijkste criteria om te bepalen of een afspraak tussen concurrenten over duurzaamheid toegelaten is onder het mededingingsrecht, zal ik ook kort aandacht besteden aan de praktische, procedurele kant van deze toetsing. Dit komt aan bod in titel III.A.4.

¹⁸ Dit in toepassing van art. IV.3 WER, alsook art. 3, § 2 Verord. nr. 1/2003 van de Raad, 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*Pb.L.* 4 januari 2003, afl. 1, 1).

1. *Duurzaamheidsafspraken die de mededinging niet beperken*

19. Zoals gezegd, zullen niet alle afspraken tussen concurrenten noodzakelijkerwijs een impact hebben op de mededinging. In dit onderdeel bespreek ik drie omstandigheden waarin dat niet het geval zal zijn.

- a. Ontwikkeling van nieuwe producten/diensten die de partijen niet alleen kunnen aanbieden

20. Eerst en vooral moet de vraag gesteld worden of de concurrenten in kwestie werkelijke concurrenten van elkaar zijn met betrekking tot het product of de dienst waarover de afspraak wordt gemaakt. Het kan bijvoorbeeld zijn dat twee ondernemingen met elkaar samenwerken om samen een product te ontwikkelen dat ze elk alleen niet zouden kunnen ontwikkelen. In dat geval zijn de ondernemingen zelfs geen potentiële concurrenten op de markt van dat nieuwe product en gaat het dus niet werkelijk om een horizontale overeenkomst.¹⁹

21. Ook de ACM vermeldt deze mogelijkheid in haar Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken. Ze geeft daarbij als voorbeeld enkele woningcorporaties en installatiebedrijven die samen een pilot opstarten om op korte termijn 1.000 woningen energieneutraal te maken. Als de individuele installatiebedrijven niet de expertise in huis hebben om een dergelijk project binnen zo'n termijn alleen te realiseren, dan kan hun samenwerking volgens de ACM de mededinging niet beperken.²⁰

- b. Overeenkomsten die geen merkbare invloed hebben op de mededinging

22. Ten tweede moet gekeken worden naar de inhoud van de overeenkomst. Sommige afspraken tussen concurrenten worden in het mededingingsrecht als *hard core* beperkingen van de mededinging aanzien. Het gaat dan bijvoorbeeld om afspraken om de verkoopprijzen te coördineren, of om klanten of markten tussen elkaar te verdelen. Dergelijke afspraken, die vaak als 'kartels' worden omschreven, beperken altijd de mededinging.

23. Maar ondernemingen kunnen ook afspraken maken over heel wat andere zaken, over het wederzijds verlenen van intellectuele eigendomsrechten bijvoor-

¹⁹ De Commissie past dit algemene principe toe in haar Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (*Pb.C.* 14 januari 2011, afl. 11, 1), punten 130, 163 en 237 voor respectievelijk onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, productieovereenkomsten en commercialiseringsovereenkomsten.

²⁰ ACM, 2^e Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken, 26 januari 2021, beschikbaar op www.acm.nl/sites/default/files/documents/2e-concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken.pdf, 9.

beeld, of over het gezamenlijk vervoer van hun producten. Zulke afspraken kunnen ook gevolgen hebben voor de mededinging, maar dat is niet evident het oogmerk waarmee ze zijn afgesloten. In dat geval moet worden nagegaan of zulke afspraken een impact kunnen hebben op belangrijke concurrentieparameters, zoals prijs, kwaliteit, variëteit, service en distributiewijze.²¹ Als dat niet het geval is, zullen ze niet onder het verbod van artikel 101, § 1 VWEU vallen.

24. Maar zelfs als er mogelijk een weerslag kan zijn op de mededinging, dan zullen zulke afspraken enkel onder het verbod vallen indien die weerslag *merkbaar* is. Het Hof van Justitie oordeelde immers dat afspraken die de markt “*slechts in zeer geringe mate*” beïnvloeden buiten artikel 101 VWEU vallen.²² De Commissie heeft in de *de-minimis*-mededeling uiteengezet hoe ze deze rechtspraak interpreteert.²³

25. Daarbij is het belangrijk op te merken dat een merkbare invloed op de mededinging kan uitblijven, omdat het onderwerp van de afspraak weinig impact heeft op de wijze waarop de partijen concurreren op de markt, maar ook omdat de partijen slechts een zeer beperkte marktmacht bezitten. De Commissie stelt in de *de-minimis*-mededeling immers dat ze een weerlegbaar vermoeden hanteert dat afspraken tussen concurrenten die geen *hard core* beperkingen omvatten geen merkbare beperking van de mededinging zullen teweegbrengen indien het gezamenlijk aandeel van de partijen op de relevante markten niet meer dan 10% bedraagt.²⁴ Duurzaamheidsafspraken tussen concurrenten die een dergelijk beperkt marktaandeel bekleden, zullen door de Commissie dus normaal niet als problematisch worden aanzien.

c. Standaardiseringsovereenkomsten

26. Ten derde dient hier gewezen te worden op een bijzondere categorie van afspraken die gewoonlijk als niet-mededingingsbeperkend wordt aanzien. Dit zijn zogenaamde standaardiseringsovereenkomsten, die technische of kwaliteitseisen vaststellen waaraan bestaande of toekomstige producten, productieprocessen, diensten of werkwijzen moeten voldoen. Standaardiseringsovereenkomsten worden vaak gebruikt om milieunormen vast te leggen en zijn dus ook in deze discussie over duurzaamheid en mededinging bijzonder relevant. Het belang van standaardiseringsovereenkomsten in deze context blijkt ook uit het feit dat de

²¹ ACM, 2^e Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken, 6 januari 2021, beschikbaar op www.acm.nl/sites/default/files/documents/2e-concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken.pdf, 8.

²² HvJ 9 juli 1969, nr. 5/69, ECLI:EU:C:1969:35, *Völk/Vervaecke*, r.o. 7.

²³ Momenteel Mededeling van de Commissie betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*Pb.C.* 30 augustus 2014, afl. 291, 1).

²⁴ *Idem*, punt 8 a).

Commissie onder “*overeenkomsten inzake milieu*” in haar voormalige richtsnoeren over horizontale samenwerking vooral standaardiseringsovereenkomsten besprak.²⁵

27. In haar huidige richtsnoeren over horizontale samenwerking stelt de Commissie dat standaardiseringsovereenkomsten niet mededingingsbeperkend zijn in de zin van artikel 101, § 1 VWEU als ze aan vier voorwaarden voldoen: namelijk dat “*deelname aan de standaardisering voor eenieder open staat en de procedure voor de vaststelling van de betrokken norm transparant is, [de overeenkomsten] geen verplichting opleggen om zich aan de norm te houden en [...] op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden toegang verlenen tot de norm*”.²⁶

28. Heel wat milieunormen die door industrieën ontwikkeld worden, beantwoorden aan deze voorwaarden en zijn dus niet mededingingsbeperkend. Voorbeelden van dergelijke normen zijn milieu- en duurzaamheidslabels die voor heel wat producten bestaan, zoals het *Marine Stewardship Council label* voor visserijproducten²⁷, het *Forest Stewardship Council label* voor bosbouwproducten²⁸, of het meer algemene (*Max Havelaar*) *Fair Trade label*.²⁹ In de mate dat deze labels toegankelijk zijn voor elke onderneming die aan de voorwaarden voldoet, maar ondernemingen er ook voor kunnen opteren om deze labels niet te gebruiken (en eventueel andere labels te hanteren), beperken zij de mededinging niet. Of (de criteria voor toekenning van) deze labels werkelijk bijdragen tot duurzaamheid (wat soms betwist wordt), is daarbij van ondergeschikt belang.

2. *Vrijgestelde duurzaamheidsafspraken*

29. Zelfs afspraken die de mededinging beperken, kunnen toegelaten zijn onder het mededingingsrecht, als de voordelen die uit de afspraak voortvloeien opwegen tegen de mededingingsbeperking die erin vervat zit. De Commissie heeft door middel van verordening twee soorten samenwerking vrijgesteld van het ver-

²⁵ Zie hierover de punten 179 e.v. van de Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (*Pb.C.* 6 januari 2001, afl. 3, 2), alsook de opmerking in vn. 14 van de Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (*Pb.C.* 14 januari 2011, afl. 11, 1).

²⁶ Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (*Pb.C.* 14 januari 2011, afl. 11, 1), punt 280. Zie ook ACM, 2^e Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken, 26 januari 2021, beschikbaar op www.acm.nl/sites/default/files/documents/2e-concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken.pdf, 9.

²⁷ Zie msc.org.

²⁸ Zie fsc.org.

²⁹ Zie fairtrade.net.

bod van artikel 101, § 1 VWEU, precies omdat ze gelooft dat de voordelen opwegen tegen de nadelen voor die samenwerking.

30. De eerste vorm van samenwerking die sowieso toegelaten is, is onderzoeks- en ontwikkelingssamenwerking tussen concurrenten die aan bepaalde voorwaarden voldoet.³⁰ Het gaat met name om gevallen waarin de partijen op het moment van het afsluiten van de onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst gezamenlijk niet meer dan 25% van de markt voor de relevante producten alsook voor de markt van de technologie daarvoor bezitten. In dat geval is de samenwerking toegestaan tijdens de onderzoeks- en ontwikkelingsfase en ook minstens zeven jaar nadat de daaruit voortvloeiende producten op de markt worden gebracht. Deze vrijstelling van het verbod van artikel 101, § 1 VWEU laat concurrenten dus toe om samen te werken aan de ontwikkeling van bijvoorbeeld meer duurzame producten of productieprocessen of meer duurzame verpakkingen voor producten.

31. De tweede wettelijke vrijstelling betreft samenwerking tussen concurrenten op grond van zogenaamde specialisatieovereenkomsten, dat wil zeggen overeenkomsten waarbij concurrenten afspreken om gezamenlijk bepaalde producten te vervaardigen of dat een van hen de producten ook voor de andere zal vervaardigen.³¹ Dit soort overeenkomsten is ook sowieso toegelaten als aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, waaronder de voorwaarde dat het gezamenlijke marktaandeel van de partijen op de relevante markten voor de overeenkomst niet meer dan 20% bedraagt. Deze vrijstelling maakt het bijvoorbeeld mogelijk voor concurrenten om samen duurzame producten te vervaardigen en daarbij schaalvoordelen te realiseren die ze individueel niet zouden kunnen realiseren.

3. *De toepassing van artikel 101, § 3 VWEU en artikel IV.1, § 3 WER*

32. Zoals eerder aangegeven, kunnen afspraken die de mededinging beperken in de zin van het eerste lid van artikel 101 VWEU en artikel IV.1 WER desondanks toegelaten zijn als ze voldoen aan de vier cumulatieve voorwaarden van het derde lid van die artikelen. Deze zijn: (i) de afspraak draagt bij aan de verbetering van de productie, de verdeling der producten of de verbetering van de technische of economische vooruitgang, (ii) een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen komt de gebruikers ten goede, (iii) de afspraak legt geen beperkingen op die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, en (iv) de

³⁰ Op grond van Commissieverord. nr. 1217/2010, 14 december 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten (*Pb.L.* 18 december 2010, afl. 335, 36).

³¹ Op grond van Commissieverord. 1218/2010, 14 december 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten (*Pb.L.* 18 december 2010, afl. 335, 43).

afpraak geeft niet de mogelijkheid om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

33. Over de toepassing van de derde en vierde voorwaarde in de context van duurzaamheidsafspraken bestaat niet zo veel controverse. De derde voorwaarde is eigenlijk een toepassing van de proportionaliteitsvereiste dat een algemeen beginsel van recht is.³² En dat de mededinging niet wezenlijk uitgesloten mag worden, raakt de essentie van het mededingingsrecht. De achterliggende gedachte is dat, als de mededinging (bijna) volledig wordt uitgesloten, dat uiteindelijk zal leiden tot inertie en luiheid bij de partijen bij de afspraak, wat zeker op lange termijn schadelijk is voor afnemers en leveranciers, en voor innovatie in de sector.

34. Wat de eerste voorwaarde betreft, bestaat er weinig twijfel dat milieuvordelen kunnen gelden als verbetering van de productie, distributie of als technische of economische vooruitgang. In de milieueconomie zijn ook verschillende methodes ontwikkeld om milieuschade te berekenen en die zouden ook gehanteerd kunnen worden om de voordelen van een afspraak te kwantificeren.³³ Anderzijds is het heel wat moeilijker om rekening te houden met andere aspecten die soms (maar niet altijd) onder de term ‘duurzaamheid’ worden gevat, zoals sociale rechtvaardigheid of dierenwelzijn. Hoe bepaald moet worden dat er vooruitgang wordt geboekt op deze parameters en hoe die gewogen moeten worden tegenover de mededingingsbeperking die vervat zit in een afspraak, is vooralsnog erg onduidelijk.

35. Vooraan in het debat over duurzaamheid en mededinging staat echter de derde voorwaarde van het derde lid van artikel 101 VWEU en artikel IV.1 WER. Die voorwaarde bepaalt immers dat de *gebruikers* een *billijk aandeel* van de voordelen moeten verkrijgen. Ik bespreek die twee cursieve voorwaarden hieronder.

a. Welke gebruikers?

36. De derde voorwaarde suggereert dat het enkel verbeteren van duurzaamheid als dusdanig niet volstaat om van de uitzondering van het verbod te genieten. Daarenboven zal immers aangetoond moeten worden hoe die verbetering van de duurzaamheid ook voordelen oplevert voor gebruikers. Met die laatste

³² Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Constitutional law of the European Union*, Londen, Sweet&Maxwell, 2005, 111.

³³ Zie hierover opnieuw ACM, 2^e Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken, 26 januari 2021, beschikbaar op www.acm.nl/sites/default/files/documents/2e-concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken.pdf, 18 e.v. Zie ook het technisch rapport hierover dat besteld werd door de ACM en de Griekse mededingingsautoriteit: R. Inderst, E. Sartzetakis en A. Xepapadeas, Technical report on sustainability and competition van januari 2021, beschikbaar op www.acm.nl/sites/default/files/documents/technical-report-sustainability-and-competition_0.pdf.

term wordt meestal verwezen naar de gebruikers van de producten of diensten in kwestie, al is de rechtspraak op dit punt voor verschillende interpretaties vatbaar. In de *Mastercard*-zaak oordeelde het Hof van Justitie enerzijds dat, in het geval van een tweezijdig netwerk zoals dat van kredietkaarten, de nadelen voor gebruikers op één markt van het netwerk (bv. de handelaren) niet zomaar gecompenseerd kunnen worden door voordelen voor gebruikers op de andere markt van het netwerk (de kaarthouders).³⁴

37. Anderzijds is er ook rechtspraak die wel degelijk voordelen in acht neemt op andere markten dan die waarop de bewuste producten of diensten worden verkocht (zogenaamde *out-of-market efficiencies*), als de gebruikers maar grotendeels hetzelfde zijn.³⁵ Dit principe werd door de Commissie bijvoorbeeld toegepast in de *CECED*-zaak waarin fabrikanten van wasmachines overeenkwamen om bepaalde types wasmachines uit te faseren omdat ze een lage energie-efficiëntie hadden. Dat betekende dat consumenten enkel nog wasmachines zouden kunnen kopen die minder energie verbruikten maar die wel meer kostten. Om te oordelen dat deze afspraak voordelen voor gebruikers impliceerde, hield de Commissie ook rekening met het lagere energieverbruik dat de gemiddelde consument op langere termijn zou kunnen verwachten. De Commissie oordeelde dat de verminderde elektriciteitsfactuur consumenten toeliet om de verhoogde prijs van de wasmachines in negen tot veertig maanden te recupereren, afhankelijk van hoe vaak de machines gebruikt werden en van de energietarieven.³⁶ Het feit dat er mogelijk ook consumenten waren die de verhoogde prijs nooit zouden kunnen recupereren (omdat ze hun wasmachine zelden gebruikten en/of van lage elektriciteitsprijzen konden genieten) verhinderde de toepassing van artikel 101, § 3 VWEU dus niet.

38. Theoretisch zou je die laatste argumentatie heel wat verder kunnen trekken. Sommige duurzaamheidsvoordelen – zoals maatregelen die de klimaatopwarming tegen gaan – komen immers de gehele mensheid ten goede en daardoor *ipso facto* ook de gebruikers van een bepaald product. Een dergelijke brede interpretatie lijkt echter de hele derde voorwaarde van artikel 101, § 3 VWEU uit te hollen.

³⁴ HvJ 11 september 2014, nr. C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, *MasterCard/Commissie*, r.o. 242.

³⁵ Dit wordt vrij expliciet gezegd in Ger.EU 28 februari 2002, nr. T-86/95, ECLI:EU:T:2002:50, *Compagnie générale maritime e.a./Commissie*, r.o. 343. De ACM heeft een juridische nota uitgewerkt waarin ze deze rechtspraak analyseert: zie ACM, Legal Memo van 27 september 2021: What is meant by a fair share for consumers in article 101(3) TFEU in a sustainability context?, beschikbaar op www.acm.nl/sites/default/files/documents/acm-fair-share-for-consumers-in-a-sustainability-context.pdf.

³⁶ Commissiebesluit van 24 januari 1999 in zaak 36.718 *CECED*, punt 52. Merk op dat dit besluit dateert van vóór de richtsnoeren van de Commissie van 2004 en dat het ook collectieve voordelen voor het milieu in rekening bracht, maar daarbij aangaf dat de “*maatschappelijke milieuvoordelen [...] in voldoende mate naar de verbruikers [zouden] toevloeden, ofschoon de kopers van wasmachines zelf geen individuele voordelen zouden ontvangen*” (punt 56).

39. Er zijn overigens ook gevallen – denk aan het verbeteren van de leefomstandigheden van arbeiders in lageloonlanden of het verbeteren van dierenwelzijn – waar het erg moeilijk is om te argumenteren dat zij, zelfs indirect, een voordeel voor de gebruikers van de producten opleveren. Een mogelijke weg omheen deze moeilijkheid is om ook rekening te houden met de subjectieve appreciatie die gebruikers van de producten voelen voor de duurzaamheidsdoelstelling. Zo werd de ACM enkele jaren geleden geraadpleegd over een plan van supermarkten en kippenboeren om bepaalde dieronvriendelijke producten uit de rekken te halen, met name vlees van kippen die nauw behuist waren (meer dan 19 kippen per m²) (het zogenaamde ‘Kip van Morgen’-plan). Om te oordelen of een aandeel van deze verbetering van het dierenwelzijn ook de gebruikers ten goede kwam, peilde de ACM naar de bereidheid van consumenten om meer te betalen voor vlees van kippen die ruimer behuist waren. Als consumenten immers bereid waren om meer te betalen, zagen zij – volgens deze logica – dus ook zelf een voordeel in de verbetering van het dierenwelzijn.³⁷

b. Wat is een billijk aandeel?

40. Naast de vraag naar de ‘gebruikers’ vermeld in de tweede voorwaarde van artikel 101, § 3 VWEU, is er ook de vraag wat het betekent dat zij een ‘billijk aandeel’ moeten ontvangen van de voordelen die uit de afspraak voortvloeien. In de richtsnoeren die de Commissie in 2004 publiceerde over de toepassing van wat nu artikel 101, § 3 VWEU is, stelt zij *“dat het doorgeven van voordelen de gebruikers minstens moet compenseren voor eventuele daadwerkelijke of te verwachten negatieve gevolgen die zij ondervinden van de beperking van de mededinging”*.³⁸ Met andere woorden, *“dient het netto-effect van de overeenkomst minstens neutraal te zijn uit het oogpunt van de gebruikers die rechtstreeks of onrechtstreeks door de overeenkomst geraakt zijn”*.³⁹ Enkel volledige compensatie van de gebruikers voor de mededingingsbeperking wordt dus als billijk aanzien door de Commissie. De ACM paste deze logica ook toe in bovenvermelde kippenzaak. Uit haar analyse bleek dat consumenten niet bereid waren om zoveel meer te betalen voor dier-vriendelijker kippenvlees als de prijsverhoging die de afspraak naar verwachting zou veroorzaken. Dus oordeelde de ACM dat de afspraak geen nettovoordelen voor de verbruikers teweegbracht.⁴⁰

³⁷ Zie ACM, Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken “De Kip van Morgen”, 26 januari 2015, beschikbaar op www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13758_analyse-acm-kip-van-duurzaamheidsafspraken-kip-van-morgen-2015-01-26.pdf.

³⁸ Richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (Pb.C. 27 april 2004, afl. 101, 97), punt 85.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Zie ACM, Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken “De Kip van Morgen”, 26 januari 2015, beschikbaar op www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13758_analyse-acm-kip-van-duurzaamheidsafspraken-kip-van-morgen-2015-01-26.pdf.

41. In haar Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken stelt de ACM daarentegen voor om de voorwaarde van het billijk aandeel voor gebruikers anders te interpreteren. De ACM wijst er immers op dat in sommige gevallen het precies de *“vraag naar de producten in kwestie [is die] in wezen het probleem veroorzaakt waarvoor de samenleving oplossingen moet vinden”*.⁴¹ Als typevoorbeelden van zulke problematische vraag zou je kunnen verwijzen naar wegwerpartikelen (plastieken rietjes, niet-oplaadbare batterijen enz.): er is vraag bij consumenten naar zulke producten omdat ze handig en goedkoop zijn, maar de kosten ervan zijn voor de maatschappij (zwerfafval, waterverontreiniging enz.). De overheid kan natuurlijk tussenkomen om zulke producten te verbieden of minder aantrekkelijk te maken (door ze bv. zwaarder te belasten), maar de ACM vindt dus dat ook concurrenten met elkaar afspraken zouden moeten kunnen maken om dergelijke producten uit te faseren, zelfs als dat betekent dat de gebruikers van de producten in kwestie hiervoor niet *meer* gecompenseerd worden dan niet-gebruikers die ook kunnen genieten van minder zwerfafval en zuiverder water.

42. De vraag is of ook door deze interpretatie de derde vereiste van artikel 101, § 3 VWEU (een billijk aandeel voor gebruikers) niet helemaal uitgehoud wordt. Je zou immers kunnen zeggen dat in heel veel gevallen de vraag van consumenten naar zo goedkoop mogelijke producten precies de oorzaak is van producten en diensten die niet duurzaam zijn. Kijk naar de eerder besproken voorbeelden. In de *CECED*-zaak was het precies omdat sommige consumenten goedkope afwasmachines willen kopen en geen oog hebben voor hun hogere elektriciteitsverbruik, dat er vraag bleef naar energieverslindende wasmachines. In de *Kip van Morgen*-zaak was het precies de vraag naar goedkoop kippenvlees die producenten ertoe aanzetten om meer kippen te hokken per vierkante meter. Als consumenten diervriendelijker vlees wettelijk zouden waarderen, zou er geen afspraak tussen de producenten nodig zijn geweest. Als het bestaan van een beweerdelijk niet-duurzame vraag bij consumenten voldoende is om die consumenten niet te moeten compenseren, dan lijken ondernemingen vaak hun gang te mogen gaan om de vraag van consumenten te sturen.

43. Wellicht om dit probleem te vermijden, stelt de ACM dan ook voor om enkel af te wijken van de vereiste van volledige compensatie als aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet het gaan om afspraken die milieuschade vermijden. De reden waarom de ACM voor die duurzaamheidsdoelstelling een minder strikte interpretatie van artikel 101, § 3 VWEU voorstelt, lijkt te zijn dat dit de kern van duurzaamheid raakt en ook wel dat voor deze doelstelling betere economische instrumenten ter beschikking zijn (de berekening van zogenaamde milieuprijzen).⁴² Voor andere beweerdelijke duurzaamheidsdoelstellingen – zoals

⁴¹ ACM, 2^e Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken, 26 januari 2021, beschikbaar op www.acm.nl/sites/default/files/documents/2e-concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken.pdf, 15.

⁴² *Idem*, 18.

dierenwelzijn – zou volgens de ACM dus nog steeds een volledige compensatie van de gebruikers vereist zijn.

44. De tweede voorwaarde die de ACM voorstelt om af te wijken van het principe van volledige compensatie, is dat de afspraak “*een (efficiënte) bijdrage levert aan de naleving van een internationale of nationale norm (waar ondernemingen niet aan zijn gebonden) of het bereiken van een concreet beleidsdoel*”.⁴³ Deze voorwaarde is wellicht ingegeven door de nood die de ACM voelde om niet in de plaats te willen treden van de wetgever⁴⁴, waarbij ze ook inspiratie haalde uit de Nederlandse klimaatzaak.⁴⁵ Ondernemingen kunnen dus niet zomaar zelf milieudoelstellingen bepalen voor hun afspraken: ze moeten zich inschrijven in normen die door de overheid zijn vastgelegd.

c. Wat nu?

45. De ACM heeft haar Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken bewust gepubliceerd om het debat tussen de Europese mededingingsautoriteit over duurzaamheid aan te gaan.⁴⁶ Sommige landen zien, net als Nederland, een aanpassing van de regels van met name artikel 101, § 3 VWEU zitten. De Oostenrijkse wetgever is zelfs zover gegaan dat het al een nieuwe rechtsregel heeft ingevoerd die bepaalt dat “*gebruikers ook dan een billijk aandeel ontvangen van de voordelen, als de verbetering van de productie, de verdeling der producten of de technische of economische vooruitgang wezenlijk bijdraagt aan een ecologisch duurzame en klimaatneutrale economie*”.⁴⁷ Aangezien nationale regels over mededingingsbeperkende afspraken in principe convergent dienen te zijn met artikel 101 VWEU, is het onduidelijk of deze ‘verduidelijking’ wel in overeenstemming is met het Europese recht.⁴⁸

46. Alhoewel er binnen DG Concurrentie ook verschillende visies bestaan over het meerekenen van duurzaamheidsoverwegingen bij de beoordeling van afspraken tussen concurrenten, is er daar (en bij sommige andere nationale autoritei-

⁴³ *Idem*, 15.

⁴⁴ Zie hierover de bestuursvoorzitter van de ACM: M. SNOEP, Competition policy in the transition to a sustainable society, International Bar Association 24th Annual Competition Virtual Conference, 9 september 2020, beschikbaar op www.acm.nl/nl/publicaties/keynote-speech-martijn-snoep-voor-iba-annual-competition-conference.

⁴⁵ Hoge Raad (NL) 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

⁴⁶ Zie daarover de mededeling van de ACM bij de publicatie van het 2^e Concept van die leidraad: ACM, Leidraad duurzaamheidsafspraken gereed voor verdere Europese afstemming, 26 januari 2021, beschikbaar op www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-duurzaamheidsafspraken-gereed-voor-verdere-europese-afstemming.

⁴⁷ Art. 1, § 7 Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021 – KaWeRÄG 2021, Bundesgesetzblatt 9 september 2021, I 176: “*Die Verbraucher sind auch dann angemessen beteiligt, wenn der Gewinn, der aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entsteht, zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt.*”

⁴⁸ Zie hierover V.H.S.E. ROBERTSON, “Sustainability: a world-first green exemption in Austrian competition law”, *Journal of European Competition Law & Practice* 2022, 1-9.

ten) toch ook heel wat scepsis om de huidige regels te wijzigen. De vrees bestaat immers dat dit het risico op *greenwashing* van kartelafspraken zou vergroten. De kwestie zal alleszins spoedig getrancheerd moeten worden aangezien de Commissie momenteel de beleidsregels over horizontale afspraken (inclusief de eerder vermelde richtsnoeren van 2011 over horizontale samenwerking) aan het herevalueren is. In de consultatie die ze daarover organiseerde, kwam de aanpak van duurzaamheidsafspraken naar voren als een van de belangrijkste onderwerpen.⁴⁹

4. Procedurele aspecten

47. Een belangrijke kwestie die tot nu toe onderbelicht is gebleven, is het procedurele aspect van de beoordeling van afspraken onder artikel 101 VWEU (en art. IV.1 WER). Aanvankelijk bepaalde de eerste verordening voor de toepassing van de Europese *antitrust*-regels dat ondernemingen die afspraken wilden maken die vielen onder wat nu artikel 101, § 1 VWEU is, die moesten aanmelden bij de Commissie.⁵⁰ De Commissie diende dan te bepalen of die afspraken desondanks toelaatbaar waren onder wat nu artikel 101, § 3 VWEU is. Ook onder de hoger geciteerde Belgische Mededingingswet van 1991 was dit systeem van toepassing.⁵¹

48. Door middel van Verordening 1/2003 werd, wat nu artikel 101, § 3 VWEU is, echter direct toepasselijk gemaakt, wat betekent dat geen aanmelding voor mededingingsbeperkende afspraken meer vereist of zelfs maar mogelijk was. Ondernemingen worden geacht zelf na te gaan of een afspraak valt onder artikel 101, § 1 VWEU en, als dat zo is, of die voldoet aan artikel 101, § 3 VWEU. In België werd hetzelfde systeem ingevoerd door de Mededingingswet van 2006.⁵² Alhoewel het onder zowel Europees als Belgisch recht voor de betrokken autoriteit theoretisch mogelijk bleef om vast te stellen dat een bepaalde afspraak niet onder het verbod van artikel 101 VWEU, respectievelijk artikel IV.1 WER viel, werd deze mogelijkheid bij mijn weten nooit gebruikt.⁵³

⁴⁹ Zie Commissie, Staff working document: evaluation of the horizontal block exemption regulation (SWD(2021) 103 final). Na het finaliseren van deze bijdrage publiceerde de Commissie begin maart 2022 een voorstel van nieuwe richtsnoeren over horizontale samenwerking waarin meer aandacht wordt besteed aan duurzaamheidsafspraken.

⁵⁰ Verord. Nr. 17: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (Pb. 21 februari 1962, afl. 13, 204).

⁵¹ Zie art. 7 wet 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, BS 11 oktober 1991, 22493.

⁵² Wet 10 juni 2006 tot bescherming van de economische mededinging, BS 29 juni 2006, 32.755 en wet 10 juni 2006 tot oprichting van een Raad voor de Mededinging, BS 29 juni 2006, 32.746; gecoördineerd bij KB 15 september 2006 houdende coördinatie van de wet van 10 juni 2006 tot bescherming van de economische mededinging en van de wet van 10 juni 2006 tot oprichting van een Raad voor de Mededinging, BS 29 september 2006 (ed. 3), 50.613.

⁵³ Zie art. 10 Verord. nr. 1/2003 van de Raad, 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (Pb.L. 4 januari 2003, afl. 1, 1) en art. IV.52, 3° WER.

49. Het is wel mogelijk om een informeel gesprek te hebben met de Europese Commissie en de BMA om feedback te krijgen over geplande afspraken. Zo'n opinie van de betrokken autoriteit is weliswaar niet bindend, maar kan ondernemingen toch enige sturing geven. De Commissie publiceerde ten tijde van de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 al een mededeling over de voorwaarden voor het geven van zo'n informeel advies.⁵⁴ Alhoewel de Commissie in mijn ervaring steeds bereid is geweest om met ondernemingen te spreken over geplande afspraken, gaf zij daarbij bij mijn weten pas voor het eerst een schriftelijke adviesbrief over een afspraak in 2020 in het kader van de coronacrisis.⁵⁵ De voorzitter van de BMA daarentegen, was in het verleden wel vrij actief in het afleveren van informele zienswijzen, waarvan de praktijk in 2015 geconsolideerd werd in een eerste mededeling over informele zienswijzen.⁵⁶ Recentelijk lijken er door de voorzitter van de BMA echter geen informele zienswijzen meer te worden afgegeven.⁵⁷

50. Dit soort informele gesprekken zouden de ideale setting kunnen zijn voor ondernemingen om met de mededingingsautoriteiten af te toetsen of afspraken die duurzaamheidsdoelstellingen nastreven toelaatbaar zouden kunnen zijn. De Nederlandse beleidsvorming over duurzaamheidsafspraken is duidelijk ingegeven door dit soort discussies met bedrijven (en andere belangengroepen). Op conferenties hebben ambtenaren van de Commissie echter aangegeven dat zij door ondernemingen niet benaderd worden voor informele gesprekken over dit soort afspraken. De verklaring daarvoor is niet geheel duidelijk. Het systeem van de informele gesprekken is bij gespecialiseerde advocaten genoegzaam bekend, dus daaraan kan het niet liggen. Maar het zou natuurlijk kunnen dat het gebrek aan schriftelijke adviesbrieven van de Commissie in het verleden dit minder aantrekkelijk heeft gemaakt voor ondernemingen.

51. Een andere mogelijke verklaring is dat, ondanks alle wol die gesponnen wordt over de spanning tussen duurzaamheid en mededinging, er in de praktijk weinig gevallen zijn waarin het mededingingsrecht ondernemingen ervan

⁵⁴ Mededeling van de Commissie over informeel advies betreffende nieuwe vragen met betrekking tot de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven) (*Pb.C.* 27 april 2004, afl. 101, 78).

⁵⁵ Commissie, Comfort letter, 8 april 2020: coordination in the pharmaceutical industry to increase production and to improve supply of urgently needed critical hospital medicines to treat COVID-19 patients, beschikbaar op https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-03/medicines_for_europe_comfort_letter.pdf.

⁵⁶ BMA, Mededeling betreffende de informele zienswijzen van de voorzitter van de BMA, beschikbaar op www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/20150127_informeel_beleid_1.pdf. Deze is intussen vervangen door BMA, Mededeling betreffende de informele zienswijzen van de voorzitter van de Belgische Mededingingsautoriteit, *BS* 25 mei 2020, 37397.

⁵⁷ Volgens de BMA-jaarverslagen van 2017, 2018, 2019 en 2020 heeft de voorzitter in die jaren immers geen informele zienswijzen afgeleverd.

weerhoudt om duurzaam te zijn. De Commissie merkte alleszins op dat de 200 stakeholders die een bijdrage stuurden naar aanleiding van de consultatie over mededingingsbeleid en de *Green Deal* in 2020 “het blijkbaar moeilijk vonden om levensechte voorbeelden te geven van duurzaamheidsinitiatieven die belemmerd werden door het mogelijke risico van toepassing van de mededingingsregels”.⁵⁸ Ook een *post factum* analyse die de ACM in 2020 publiceerde over de *Kip van Morgen*-zaak lijkt erop te wijzen dat het dierenwelzijn dat door die afspraak beoogd werd intussen ruimschoots gerealiseerd is zonder de afspraak.⁵⁹

52. In de *Competition Policy Brief* die de Commissie in september 2021 publiceerde over “*Competition policy in support of Europe’s green ambition*” moedigt de Commissie ondernemingen alvast aan om haar te contacteren over samenwerkingsprojecten rondom duurzaamheid.⁶⁰ Intussen heeft de Commissie ook één adviesbrief gepubliceerd over een duurzaamheidsafpraak, maar dan wel in een zaak waarin, naast de toegelaten samenwerking, ook verboden afspraken werden gemaakt.⁶¹

B. MISBRUIK VAN MACHTSPOSITIE

53. Er is tot nu toe veel minder aandacht geweest voor de plaats van duurzaamheid in het tweede luik van het *antitrust*-recht dat vervat zit in artikel 102 VWEU en artikel IV.2 WER. Die artikelen verbieden dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie (opnieuw met een jurisdictioneel verschil om het Europese van het nationale recht af te scheiden). Een machtspositie is een positie van een onderneming “die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is zich in belangrijk mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen”.⁶²

54. Alhoewel het debat over duurzaamheid in deze context minder levendig is, zijn er toch auteurs die argumenteren dat het ook hier kan spelen en dit op twee manieren. Ten eerste stelt zich de vraag of het toebrengen van duurzaamheidschade als een misbruik van machtspositie kan worden aanzien (titel III.B.1.); ten tweede of duurzaamheidsvoordelen een rechtvaardiging kunnen bieden voor gedragingen die anders als misbruik zouden worden gekwalificeerd (titel III.B.2.).

⁵⁸ Commissie, “Competition policy in support of Europe’s green ambition”, *Competition Policy Brief* 2021/1, beschikbaar op <https://doi.org/10.2763/962262>, 2.

⁵⁹ Zie ACM, Welzijn kip van nu en ‘Kip van Morgen’ van 13 augustus 2020, beschikbaar op www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-08/welzijn-kip-van-nu-en-kip-van-morgen.pdf.

⁶⁰ *Idem*, 5.

⁶¹ Brief van de Commissie, 8 juli 2021, zaak 40.178, *Car emissions*.

⁶² HvJ 14 februari 1978, nr. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, *United Brands/Commissie*, r.o. 65.

1. Duurzaamheidsschade als misbruik

55. Het Hof van Justitie definieerde misbruik van een machtspositie als “*gedragingen van een dominerende onderneming welke: a) invloed kunnen uitoefenen op de structuur van de markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds verflauwde; b) ertoe leiden dat de handhaving of ontwikkeling van de bestaande marktconcurrentie met andere middelen dan bij een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging – met goederen of diensten – in zwang zijn, wordt tegengegaan*”.⁶³ Dit is een bijzonder ruime definitie die heel wat verschillende ladingen kan dekken. Artikel 102 VWEU en artikel IV.2 WER bevatten een opsomming van gevallen die ‘met name’ zouden gelden als misbruik, maar ook deze bieden nauwelijks een leidraad voor de handhavingspraktijk van de Commissie, de nationale mededingingsautoriteiten en de rechtbanken en hoven. Veeleer is het gebruikelijk om bepaalde categorieën van misbruik te distilleren uit de handhavingspraktijk, met name aan de ene kant uitbuitingsmisbruik (zoals het gebruik van woekerprijzen) en anderzijds uitsluitingsmisbruik (met name het gebruik van rooftprijzen, exclusieve verkeersregelingen, koppelverkoop en leveringsweigering).⁶⁴

56. Op zich is het mogelijk dat het toebrengen van duurzaamheidsschade valt binnen een van deze categorieën van misbruik, die immers op zich vrij ruim zijn geformuleerd. Zeker de categorie uitbuitingsmisbruik is niet erg duidelijk omlind in de rechtspraak, wat voer geeft aan een lezing om ook het ‘uitbuiten’ van de planeet daaronder te laten vallen.⁶⁵ De Commissie heeft een tiental jaar geleden weliswaar gesteld dat zij haar handhaving zou concentreren op uitsluitingsmisbruik dat de gebruikers schaadt⁶⁶, maar dat is slechts een beleidslijn die bovendien niet van toepassing is op de nationale autoriteiten. Recentelijk is er overigens opnieuw meer aandacht voor uitbuitingsmisbruik, ook in nieuwe vormen.

57. Verder is het zo dat, alhoewel het grootste deel van de handhaving gericht is op misbruik door een dominante *leverancier* van goederen of diensten, het in principe even goed mogelijk is voor een dominante *afnemer* om misbruik te plegen. De laatste jaren is de aandacht voor het misbruik van vraagmacht sterk

⁶³ HvJ 13 februari 1979, nr. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, *Hoffmann-La Roche/Commissie*, r.o. 91.

⁶⁴ Zie over die laatste categorieën met name de Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (*Pb.C.* 24 februari 2009, afl. 45, 7).

⁶⁵ Zie S. HOLMES, “Climate change, sustainability and competition law”, *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, (354) 387.

⁶⁶ Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (*Pb.C.* 24 februari 2009, afl. 45, 7), met name punt 19 e.v.

toegenomen, al heeft dit vooral tot wetgevende initiatieven geleid⁶⁷ veeleer dan onderzoeken naar misbruik van machtspositie. Toch argumenteren sommige auteurs dat bijvoorbeeld het toekennen van bijzonder lage verloning aan werknemers of het hanteren van extreem lage prijzen ten aanzien van leveranciers in ontwikkelingslanden mogelijk gekwalificeerd kan worden als het gebruik van roofprijzen, tenminste als de onderneming in kwestie dominant is.⁶⁸

58. Overigens heeft het Hof van Justitie expliciet erkend dat de lijst van misbruiken in artikel 102 VWEU niet exhaustief is en lijkt het te aanvaarden dat nieuwe soorten van misbruik geïdentificeerd kunnen worden in het licht van nieuwe marktsituaties, tenminste in de mate dat ze afwijken van normale mededinging op basis van verdienste (*competition on the merits*).⁶⁹ Weliswaar is nooit precies gedefinieerd wat ‘normale mededinging’ is en heeft de OESO erkend dat een goede definitie van dat begrip ontbreekt.⁷⁰ Desondanks biedt deze rechtspraak volgens sommige auteurs de mogelijkheid om gedragingen die niet duurzaam zijn in de juiste omstandigheden als een misbruik te kwalificeren.⁷¹

59. Tot nu toe lijken deze argumenten weinig indruk te maken op de Europese Commissie die in haar bovenvermelde *Competition Policy Brief* van september 2021 geen aandacht besteedt aan misbruik van machtspositie.⁷²

2. Vrijstelling voor gedragingen die duurzaamheid nastreven

60. Alhoewel er geen § 3 is in artikel 102 VWEU en artikel IV.2 WER, wordt in de rechtspraak toch aanvaard dat een gedraging die als een misbruik van machts-

⁶⁷ Zie bv. Richtlijn 2019/633 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen (*Pb.L.* 25 april 2019, afl. 111, 59).

⁶⁸ Zie S. HOLMES, “Climate change, sustainability and competition law”, *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, (354) 384 e.v.

⁶⁹ Zie reeds HvJ 21 februari 1973, nr. 6/72, ECLI:EU:C:1973:22, *Europemballage Corporation en Continental Can Company/Commissie*, r.o. 26, maar ook HvJ 15 maart 2007, nr. C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166, *British Airways/Commissie*, r.o. 57-58, en recentelijk: Ger.EU 10 november 2021, nr. T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, *Google en Alphabet/Commissie* (Google Shopping), r.o. 174-175.

⁷⁰ OECD, “What is competition on the merits?”, OECD Policy Brief van juni 2006, beschikbaar op www.oecd.org/competition/mergers/37082099.pdf.

⁷¹ Zie bv. M.C. IACOVIDES en C. VRETTOS, “Radical for whom? Unsustainable business practices as abuses of dominance” in S. HOLMES, D. MIDDELSCHULTE en M. SNOEP (eds.), *Competition law, climate change & environmental sustainability*, Concurrences, 2021, 91-104.

⁷² Commissie, “Competition policy in support of Europe’s green ambition”, *Competition Policy Brief* 2021/1, beschikbaar op <https://doi.org/10.2763/962262>. De Griekse mededingingsautoriteit vermeldt deze kwestie wel kort in haar “Draft discussion paper on sustainability issues and competition law”, 16 september 2020, beschikbaar op https://epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability/item/download/1896_9b05dc293adb88a7bb6cce37d1ea60.html, 36-37.

positie zou kunnen worden gekarakteriseerd toch toelaatbaar is indien ze objectief noodzakelijk is of efficiëntieverbeteringen genereert.⁷³ De voorwaarden om te beoordelen of dit het geval is, zijn vergelijkbaar met die van artikel 101, § 3 VWEU. Parallel aan de discussie gevoerd in titel III.A.3., stelt zich dan ook de vraag of duurzaamheidsvoordelen in deze context als rechtvaardiging kunnen worden ingeroepen.

61. In principe lijken de Europese rechtspraak en de Commissie te aanvaarden dat veiligheids- en gezondheidsoverwegingen als een rechtvaardiging kunnen worden ingeroepen door een dominante onderneming die van misbruik wordt beschuldigd.⁷⁴ Tegelijk stellen zij echter ook dat het normaal gezien de taak is van de overheid om dit soort algemene belangen na te streven, en het dus niet aan de dominante ondernemingen is om initiatieven te nemen om te definiëren wat gevaarlijk of slecht is voor de gezondheid.⁷⁵ Als deze principes in parallel toegepast worden op gedragingen die (beweerdelijk) duurzaamheid nastreven, lijkt de ruimte voor rechtvaardiging ook daar dus beperkt. Dit verklaart wellicht waarom de Commissie ook hierover niets zegt in bovenvermelde *Competition Policy Brief*.⁷⁶

IV. CONCENTRATIECONTROLE

62. Naast bovengenoemde *antitrust*-regels, omvat het Europese en Belgische mededingingsrecht ook de concentratiecontrole, op Europees vlak vervat in de Concentratieverordening⁷⁷ en in België voornamelijk in de artikelen IV.6-11 en IV.63-70 WER. Deze regels vereisen dat concentraties (d.w.z. wijzigingen van beslissende invloed op ondernemingen, zoals overnames en fusies) die aan bepaalde omzetzempels voldoen, bij de Commissie *c.q.* de BMA worden aange-

⁷³ Dit principe werd al impliciet erkend door het Hof van Justitie in HvJ 14 februari 1978, nr. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, *United Brands/Commissie*, r.o. 184. Zie explicieter ook: HvJ 15 maart 2007, nr. C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166, *British Airways/Commissie*, r.o. 69.

⁷⁴ Ger.EU 12 december 1991, nr. T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70, *Hilti/Commissie*, r.o. 102 e.v. en Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (*Pb.C.* 24 februari 2009, afl. 45, 7), punt 29.

⁷⁵ *Ibid.* Zoals aangegeven in vn. 16, laat een bepaalde lezing van de *Wouters*-rechtspraak echter meer ruimte voor private initiatieven.

⁷⁶ Commissie, “Competition policy in support of Europe’s green ambition”, *Competition Policy Brief* 2021/1, beschikbaar op <https://doi.org/10.2763/962262>. Zie echter opnieuw de korte uiteenzetting van de Griekse mededingingsautoriteit in haar “Draft discussion paper on sustainability issues and competition law”, 16 september 2020, beschikbaar op https://epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability/item/download/1896_9b05dc293adbae88a7bb6cce37d1ea60.html, 34-36.

⁷⁷ Verord. nr. 139/2004, 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (*Pb.L.* 29 januari 2004, afl. 24, 1).

meld voor voorafgaande goedkeuring. De competente autoriteit onderzoekt of de concentratie een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan teweegbrengt. Indien de concentratie tot zo'n belemmering leidt, zal de concentratie verboden worden; anders wordt zij toegelaten.

63. De beoordeling van een concentratie verschilt naargelang de ondernemingen die betrokken zijn bij de concentratie concurrenten van elkaar zijn of niet. Net zoals voor afspraken tussen ondernemingen, geldt ook hier dat horizontale concentraties vaker problematischer zijn dan niet-horizontale en ik beperk mijn bespreking hieronder dan ook tot deze eerste categorie. Achtereenvolgens besteed ik aandacht aan de mogelijke relevantie van duurzaamheidsoverwegingen bij de beoordeling van het mededingingsbelemmerende karakter van de concentratie (titel IV.A.1.) en ter staving van efficiënties die de concentratie volgens de partijen met zich mee zal brengen (titel IV.A.2.).

A. DUURZAAMHEID EN DE SIGNIFICANTE BELEMMERING VAN DE DAADWERKELIJKE MEDEDINGING

64. In haar richtsnoeren over horizontale fusies stelt de Commissie dat ze bij de beoordeling van het al dan niet mededingingsbelemmerende karakter van een concentratie rekening zal houden met een aantal factoren, zoals de gecombineerde marktaandelen van de partijen bij de concentratie, toetredings- en uitbreidingsbarrières op de relevante markt en de vraagmacht van afnemers.⁷⁸ Een concentratie kan met name problematisch zijn indien er, als gevolg van de concentratie een (dominante) machtspositie wordt gecreëerd of versterkt. Zo'n machtspositie kan bestaan in hoofde van de partijen bij de concentratie alleen, maar ook samen met andere ondernemingen op de relevante markt (collectief dus). In sommige gevallen kan een concentratie echter ook problematisch zijn zonder machtspositie, met name als door de overname of fusie een belangrijke concurrentiefactor in de markt wordt uitgeschakeld (bv. een innoverende nieuwkomer).⁷⁹ De BMA past dezelfde criteria toe bij haar beoordeling.

65. Zoals uit deze beschrijving blijkt, is de beoordeling of een concentratie een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging teweegbrengt, van economische aard. Niet-economische factoren, zoals het positieve of negatieve

⁷⁸ Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (*Pb.C.* 5 februari 2004, afl. 31, 5).

⁷⁹ Voor dit laatste zie punten 37 en 38 van de Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (*Pb.C.* 5 februari 2004, afl. 31, 5).

effect van de concentratie op het milieu of op andere duurzaamheidsoverwegingen, komen als dusdanig niet aan bod. In eerdere besluiten en in bovenvermelde *Competition Policy Brief* stelde de Commissie dan ook dat, naar haar mening, de huidige regels haar niet toelaten om een concentratie te verbieden enkel en alleen omdat ze het milieu zou schaden.⁸⁰ Deze interpretatie is gestoeld op de bewoording van de Concentratieverordening, maar is zeker ook ingegeven door de praktische moeilijkheden die ontstaan als de Commissie niet-economische overwegingen ook in rekening zou moeten brengen. Het schier oneindig aantal belangen dat dan mogelijk meegerekend zou moeten worden, en de betrokkenheid van allerlei belangengroepen bij de beoordeling, zou de besluitvorming erg bemoeilijken.⁸¹

66. Dat betekent echter niet dat duurzaamheid volledig genegeerd kan worden bij de mededingingsbeoordeling. Zo kan duurzaamheid wel relevant zijn in de mate het een relevante concurrentieparameter is in de relevante markt. Met name voor consumentenproducten heeft de groeiende bewustwording van de duurzaamheidsproblematiek bijvoorbeeld geleid tot aparte markt(segment)en voor biologische en/of fair-trade-producten. De gevolgen van een concentratie op de mededinging moeten in dat geval apart beoordeeld worden op de markt voor zulke duurzame producten.⁸²

67. Daarnaast besteedt de Commissie de afgelopen jaren ook toenemende aandacht aan de gevolgen van concentraties op innovatie. Een machtspositie als gevolg van een fusie of overname kan de gecombineerde onderneming immers niet enkel aanzetten tot bijvoorbeeld het verhogen van de prijzen van haar producten, maar ook tot het verminderen van investeringen in onderzoek en ontwikkeling. In haar *Competition Policy Brief* geeft de Commissie aan dat zij ook aandacht zal besteden aan de impact van een concentratie op innovatie ten aanzien van milieutechnologieën.⁸³

B. DUURZAAMHEID ALS EFFICIËNTIE

68. Partijen kunnen vermijden dat de BMA of de Commissie een verbod uitspreekt over een concentratie die een significante belemmering van de mededinging met zich meebrengt, indien ze aantonen dat de concentratie efficiëntieverbetteringen teweegbrengt en deze een tegengewicht bieden tegen de beperking van

⁸⁰ Zie bv. Commissiebesluit, 21 maart 2018, zaak M.8084, *Bayer/Monsanto*, punten 3017-3022 en Commissie, “Competition policy in support of Europe’s green ambition”, *Competition Policy Brief* 2021/1, beschikbaar op <https://doi.org/10.2763/962262>, 7.

⁸¹ Zie hierover E. RAEDTS en I. LULOF, “De opwarming van concentratiecontrole: mogelijkheden een groen licht te geven aan concentraties beschouwd”, *Markt & Mededinging* 2020, (195) 196.

⁸² Zie bv. Commissiebesluit, 3 oktober 2014, zaak M.7220, *Chiquita Brands International/Fyffes*, punten 61-73, waar een onderscheid gemaakt wordt tussen gewone bananen en biologische en/of fair-trade-bananen.

⁸³ Commissie, “Competition policy in support of Europe’s green ambition”, *Competition Policy Brief* 2021/1, beschikbaar op <https://doi.org/10.2763/962262>, 7.

de mededinging.⁸⁴ De integratie van twee bedrijven zal immers vaak tot rationalisatie kunnen leiden (bv. het elimineren van één van twee functies of activa die in beide bedrijven aanwezig zijn). De daaruit voortvloeiende kostenverminderingen kunnen bijvoorbeeld aanleiding geven tot prijsverlagingen waarvan de consument kan profiteren. Opdat efficiëntieverbeteringen als argument gebruikt kunnen worden om een mogelijk mededingingsbeperkende concentratie toch goed te keuren, moeten ze volgens de Commissie (i) de consument ten goede komen, (ii) het specifieke gevolg zijn van de fusie en (iii) verifieerbaar zijn.⁸⁵

69. De vraag of duurzaamheid als een mogelijke efficiëntie van een concentratie kan worden aanzien, werpt gelijkaardige kwesties op als ik hierboven heb aangegeven in verband met het derde lid van artikel 101 VWEU (en art. IV.1 WER). Deze omvatten met name de meetbaarheid van de betreffende duurzaamheidsvoordelen, maar ook de meer fundamentele ideologische kwestie of duurzaamheid die niet de consumenten van de goederen in kwestie ten goede komt (of alleszins het nadeel dat de concentratie hen toebrengt niet compenseert), desondanks als een efficiëntie kan worden aanzien. Daarnaast stelt zich dus ook de vraag of beweerde duurzaamheidsvoordelen wel het specifieke gevolg zijn van de fusie en niet op een andere manier kunnen worden gerealiseerd (bv. door middel van een overeenkomst).

70. Bij mijn weten zijn deze kwesties in de beslissingspraktijk en de rechtspraak nog niet getrancheerd. Alleszins ligt de bewijslast voor beweerde efficiënties bij de partijen bij de concentratie en wordt die (zelfs voor niet-duurzaamheidsefficiënties) als bijzonder hoog ervaren. Het zal dus niet evident zijn om op deze grondslag een goedkeuring voor een concentratie te verkrijgen.

V. BESLUIT

71. In het mededingingsrecht bestaat er momenteel een doctrinaire strijd tussen zij die geloven dat het mededingingsrecht aangepast moet worden om meer duurzaam ondernemen mogelijk te maken en zij die geloven dat de handhaving van het mededingingsrecht zelf kan bijdragen aan duurzaamheid.

72. Die verschillende visies op de relaties tussen duurzaamheid en mededinging zijn vooral weerspiegeld in een discussie over de toelaatbaarheid onder artikel 101 VWEU (en art. IV.1 WER) van (horizontale) afspraken tussen concurrenten die duurzaamheidsdoelstellingen beogen. Sommige van zulke duurzaamheidsafspraken

⁸⁴ Voor horizontale fusies, zie de punten 76 e.v. van de Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (*Pb.C.* 5 februari 2004, afl. 31, 5).

⁸⁵ *Idem*, punt 78.

ken zijn onproblematisch onder het mededingingsrecht, met name omdat de betrokken bedrijven niet werkelijk concurrenten zijn van elkaar op de betrokken markt, omdat de overeenkomst geen merkbare invloed kan hebben op de mededinging of omdat de overeenkomst enkel betrekking heeft op vrijwillige standaardisering. Een andere groep van duurzaamheidsafspraken is bovendien toegelaten dankzij de horizontale groepsvrijstellingsverordeningen. Daarover bestaat weinig discussie.

73. Wel bestaat er een meningsverschil over andere afspraken die wel de mededinging tussen concurrenten beperken. Vanuit mededingingsrechtelijk perspectief zijn deze immers enkel toelaatbaar als ze voldoen aan de vier voorwaarden van artikel 101, § 3 VWEU (en art. IV.1, § 3 WER). Deze voorwaarden zijn in het verleden vrij strikt geïnterpreteerd, met name de voorwaarde dat de ‘gebruikers’ van de goederen en diensten in kwestie een ‘billijk aandeel’ van de voordelen van de afspraak moeten ontvangen. In de strikte interpretatie laat deze voorwaarde niet toe om duurzaamheidsvoordelen die de mensheid in het algemeen ten goede komen mee te rekenen, terwijl dat soort voordelen in het kader van duurzaamheidsafspraken net vaak het oogmerk zijn.

74. Een vraag die vooralsnog onbeantwoord blijft, is hoe groot de groep van mogelijke duurzaamheidsafspraken is die door deze strikte interpretatie uitgesloten wordt. Alhoewel er vaak geargumenteed wordt dat afspraken tussen concurrenten duurzaamheid zouden kunnen bevorderen, lijken er door de voorstanders daarvan toch weinig concrete voorbeelden te worden genoemd.

75. Alhoewel hieraan in de doctrine minder aandacht wordt besteed, zijn er gelijkaardige vragen over de rol van duurzaamheid in de regels over misbruik van machtspositie (art. 102 VWEU en art. IV.2 WER) en de concentratiecontrole. Voor misbruik van machtspositie is het debat momenteel nog geheel theoretisch. Daarbij wordt de vraag gesteld of het berokkenen van duurzaamheidsschade op zich als een misbruik van machtspositie kan worden beschouwd. Ook is er de kwestie of het nastreven van duurzaamheid als een rechtvaardiging voor een vermeend misbruik van machtspositie kan worden aanzien.

76. In de concentratiecontrole heeft de Commissie in het verleden geweigerd om haar beoordeling over de toelaatbaarheid van een concentratie enkel te steunen op duurzaamheidsoverwegingen. Anderzijds houdt de Commissie wel rekening met duurzaamheid als dat ook een relevante mededingingsfactor is op een relevante markt(en) voor de concentratie. Of duurzaamheidsvoordelen opgeworpen kunnen worden als een efficiëntie om goedkeuring van een concentratie te bekomen is meer omstreden aangezien daarbij gelijkaardige kwesties aan de orde komen als onder artikel 101, § 3 VWEU (en art. IV.1, § 3 WER).