

# **Reactie van de SER op de ACM leidraad duurzaamheidsafspraken**

## **Inhoudsopgave**

Inleiding	3
Deel A: Appreciatie van de Leidraad	4
Deel B: Uitgangspunten van de Leidraad	5
Deel C: Aandachtspunten ter verduidelijking van de Leidraad	7
Deel D: Verduidelijking ten aanzien van de toepassing van de Leidraad	8
Bijlage Samenstelling van de werkgroep	10

## **Inleiding**

Op 9 juli 2020 heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) de Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken (hierna: de Leidraad) gepubliceerd. De ACM heeft deze tot 1 oktober opengesteld voor een consultatie per e-mail. De SER waardeert de mogelijkheid om een inhoudelijke inbreng te leveren en maakt daarvan graag gebruik.

Deze gemeenschappelijke reactie is opgesteld door een Ad Hoc Werkgroep die daartoe is gemandateerd door het Dagelijks Bestuur van de SER. Aan deze werkgroep (onder voorzitterschap van prof. dr. mr. Anna Gerbrandy; zie voor de samenstelling de bijlage) heeft ook een vertegenwoordiger van Stichting Natuur en Milieu deelgenomen.

Deze reactie valt uiteen in vier delen: A Appreciatie van de Leidraad, B Uitgangspunten van de Leidraad, C Aandachtspunten ter verduidelijking van de Leidraad en D Verduidelijking ten aanzien van de toepassing van de Leidraad. Tot slot maakt de SER een opmerking over de Wet Ruimte voor Duurzaamheidsinitiatieven.

Deze reactie van de SER kan openbaar worden gemaakt. De SER zal deze reactie ook zelf op zijn website plaatsen.

## **Deel A: Appreciatie van de Leidraad**

De SER waardeert het initiatief van de ACM om deze Leidraad uit te brengen en daarmee de poging om middels de Leidraad meer duidelijkheid te scheppen voor ondernemers en ngo's over de mogelijkheden die duurzaamheidsinitiatiefnemers hebben binnen de mededingingswet.

De ACM behandelt in de Leidraad de volgende punten: 1) een omschrijving van samenwerkingen die de concurrentie niet beperken en derhalve toegestaan zijn; 2) afspraken die de concurrentie wel beperken maar voldoen aan de voorwaarden, inclusief een nieuwe wijze waarop de voordelen van de samenleving afgezet worden tegen de nadelen; en 3) een versimpeling van de voorwaarden waaraan afspraken moeten voldoen die *wel* de concurrentie beperken.

De SER hanteert een breed welvaartsbegrip. Het sociaal-economisch beleid moet zich niet alleen richten op materiële vooruitgang maar ook op kwalitatieve aspecten, zoals sociale samenhang, een gezonde leefomgeving en een goede milieukwaliteit. Vanuit dit perspectief omarmt de SER de verruiming van de mogelijkheden voor samenwerking tussen concurrerende bedrijven op het gebied van duurzaamheid, zoals omschreven door de ACM in de Leidraad. De SER heeft met instemming kennis genomen van de wijze waarop de ACM bijdraagt aan het verleggen van bestaande grenzen, ten einde een bijdrage te leveren aan de alom erkende noodzakelijke veranderingen om aan de uitdagingen van bijvoorbeeld klimaatverandering en andere publieke duurzaamheidsdoelen tegemoet te komen. Ook de verduidelijking van wanneer er geen sprake is van mededingingsbeperkende samenwerking, zoals eerder door de SER bepleit, is zeer welkom.

Met de Leidraad gaat de ACM thans een stap verder dan het huidige EU-beleid. Deze ontwikkeling is bijzonder vooruitstrevend en de SER moedigt dit aan. De SER steunt het uitdragen van deze Leidraad door de ACM richting andere lidstaten en de Europese Commissie, en hoopt dat dit effect sorteert teneinde te voorkomen dat er discrepantie ontstaat tussen nationaal en Europees mededingingsrecht.

Bijzonder positief waardeert de SER het gepresenteerde voorgenomen restrictieve boetebeleid en het uitgaan van de goede trouw van ondernemingen die bekendmaken wat hun initiatief omvat. Ten aanzien van dit punt is de SER dan ook verheugd met het uitgangspunt van de ACM om eerst in dialoog te treden met de betrokken partijen en niet direct over te gaan tot het beboeten van betrokken ondernemingen. De SER is ervan overtuigd dat dit ondernemingen meer vertrouwen zal geven om initiatieven te ontplooiën die brede welvaart bevorderen.

Een goede dialoog tussen de toezichthouder en de markt is hiervoor van groot belang. De SER acht het dan ook zeer waardevol dat de ACM in de Leidraad aangeeft bereid te zijn mee te denken en werken in het vinden van oplossingen voor eventuele knelpunten die initiatiefnemers kunnen ondervinden bij het aanvangen van een initiatief. De SER onderschrijft het oordeel van de ACM dat dit voor veel duurzaamheidsinitiatieven een uitkomst zal bieden.

De SER ziet deze Leidraad dan ook als een belangrijke stap om eventuele belemmeringen die het mededingingsrecht kan vormen te beperken door verheldering en verruiming te bieden. De ACM heeft met deze Leidraad duidelijkheid kunnen scheppen voor ondernemingen waar het aankomt op het behalen van de klimaat- en milieudoelstellingen en de ruimte die het mededingingsrecht hiervoor biedt. Om de Leidraad nog beter te laten aansluiten bij het streven naar een duurzame samenleving zoals ook besloten in het breed welvaartsbegrip, zal de SER in de volgende paragrafen ingaan op een aantal punten waarop de Leidraad in zijn optiek aangescherpt kan worden. Eén van de voornaamste punten ziet op de vraag hoe andere duurzaamheidsdoelstellingen, anders dan klimaatveranderingsmitigatie, meegewogen kunnen worden, hierop ziet deel B.

## Deel B: Uitgangspunten van de Leidraad

De ACM hanteert geen vastomlijnde of afgebakende definitie van het begrip duurzaamheid en sluit aan bij de omschrijving uit de VN-resolutie 66/288.<sup>1</sup> Deze definitie van duurzaamheid komt overeen met de definitie die de SER hanteert, te weten, een brede definitie van duurzaamheid en een breed welvaartsbegrip. In de verdere uitwerking en met name in de beleidsmatige en juridische aandacht worden echter met name milieu- en klimaatgerelateerde instrumenten en verbintenissen genoemd waardoor desalniettemin de indruk kan ontstaan dat de ACM een nauwere invulling van duurzaamheid hanteert.

Zo noemt de ACM, ten eerste, in het kader van de verbintenissen die de overheid is aangegaan ten aanzien van duurzame ontwikkeling met name klimaat-gerelateerde verbintenissen en doelstellingen. De SER merkt op dat de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen (hierna OESO-richtlijnen), United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (Hierna: UNGP's) en de International Labour Organization Conventies (Hierna: ILO-conventies) hierin niet worden genoemd, terwijl deze een vergelijkbaar concreet en dwingend kader bieden voor de overheid. Hetzelfde geldt voor de in de Leidraad omschreven nationale akkoorden en beleidsmaatregelen die hier invulling aangeven. De SER acht het van belang dat verwijzing naar ook deze verbintenissen opgenomen wordt, ook omdat deze schets van de bestaande instrumenten op de volgende punten een weerslag heeft in de uitwerking.

Ten tweede, in de Leidraad maakt de ACM een onderscheid tussen 'milieu gerelateerde samenwerking' en 'overige duurzaamheidssamenwerking'. Het volgt niet helder uit de Leidraad waarom een dergelijk onderscheid wordt gemaakt. Ook wordt niet duidelijk waarom bijvoorbeeld naleving van sociale aspecten of dierenwelzijnsaspecten niet als 'billijk aandeel voor de gebruiker' wordt meegenomen terwijl ook daarvoor internationale normen bestaan. De balans tussen 'hier en elders' lijkt hier, anders dan het 'nu en later' niet in ogenschouw te worden genomen. Dit zorgt ervoor dat afspraken tussen ondernemingen in het kader van klimaatconventies waaraan de Nederlandse Staat verbonden is van hogere orde lijken binnen de Leidraad dan conventies en richtlijnen op het gebied van arbeids-, sociale en dierenwelzijnsnormen waaraan de Nederlandse Staat eveneens verbonden is.<sup>2</sup> Een dergelijk onderscheid verdient naar de mening van de SER derhalve nadere toelichting, nu zij op grond van de conventies, richtlijnen noch de SDG's te rechtvaardigen lijkt.

Dit leidt er, ten derde, toe dat de beoordeling van duurzaamheidsafspraken waarbij het uitgangspunt dat gebruikers ten minste gecompenseerd moeten worden voor nadelen die zij van de mededingingsbeperking ondervinden opzij gezet wordt is beperkt tot die gevallen waarin 1) de afspraak gericht is op het voorkomen of beperken van evidente milieuschade en 2) de afspraak een efficiënte bijdrage levert aan de naleving van een internationale of nationale norm ter voorkoming van milieuschade waaraan de overheid is gebonden. Zoals in de voorgaande alinea toegelicht zijn er meerdere internationale (en nationale) normen waaraan de overheid zich heeft verbonden, ook op het terrein van sociale, arbeids- en dierenwelzijnsverplichtingen, die zien op het "verbeteren van productieprocessen die schade veroorzaken voor mens, milieu en natuur". De SER verzoekt de ACM derhalve toe te lichten waarom er een andere wijze van onderbouwing gevraagd wordt voor "milieuafspraken" dan voor "overige duurzaamheidsafspraken".

Verder merkt de SER het volgende op: de ACM geeft aan dat *"afspraken buiten het bereik van het kartelverbod [vallen] wanneer deze er enkel toe strekken dat de betrokken ondernemingen [...] de wetten respecteren van de landen waarin zij zaken doen. [...] Via convenanten treffen zij dan regelingen waardoor dergelijke controle wel mogelijk wordt."* De

<sup>1</sup> Hieronder verstaat de ACM "afspraken [...] die gericht zijn op het identificeren, voorkomen, beperken of herstellen van negatieve impact van economische activiteiten op mensen (inclusief hun arbeidsomstandigheden), dieren, milieu of natuur."

<sup>2</sup> Zoals de ILO, IVRK, OESO-richtlijnen, Richtlijn 2010/63/EU

SER herinnert er aan dat het uitgangpunt voor IMVO-Convenanten wordt gevormd door de OESO-Richtlijnen en de UNGP's.<sup>3</sup> De Convenanten trachten normen te implementeren die volgen uit internationaal recht, en veelal de overheid als adressant hebben.<sup>4</sup> Het klopt dat de aangesloten bedrijven bij Convenanten trachten juridische normen na te leven, maar het is onjuist dat deze normen altijd verankerd zijn in de nationale wetgeving van de landen waarin zij zaken doen. Nationale wetgeving is soms in strijd met bedoelde internationale normen;<sup>5</sup> of zij zijn wel verankerd in nationale wetgeving, maar worden niet adequaat gehandhaafd.

Dat betekent volgens de SER dat ook afspraken (in Convenanten) die ertoe strekken dat de betrokken ondernemingen in de landen waarin zij zaken doen de bedoelde internationale normen respecteren buiten het bereik van het kartelverbod zouden vallen. De SER adviseert de ACM dan ook deze beschrijving aan te passen en te omschrijven hoe de internationale normen meegewogen worden door de ACM.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> SER (2014), *Advies 14/04 IMVO-Convenanten*, p.19

<sup>4</sup> Zie, *Commentary United Nations Guiding Principles*, p. 1

<sup>5</sup> Voorkomende voorbeelden zijn onder andere: recht op vakvereniging, minimum leeftijd voor arbeid, minimumloon wat niet voldoet aan het minimum gesteld in art 25.1 United Nations declaration of Human Rights.

<sup>6</sup> Ook in de illustratie (van Convenanten) op pagina 8 omschrijft de ACM een afspraak die ziet op het voldoen aan het wettelijk minimumloon in het productieland. De internationale verdragen zien echter op zijn minst op het respecteren van fundamentele rechten, zoals het recht op 'leefbaar loon' (art. 25.1 UN declaration of Human Rights). In die gevallen waarbij het wettelijke minimumloon op een lager niveau is vastgesteld dan een ter plaatse geldend leefbaar loon, biedt toepassing van het wettelijk minimumloon onvoldoende bescherming van de naleving van deze fundamentele rechten. Bedrijven die thans voldoen aan de in het land geldende wettelijke vereisten ten aanzien van minimum loon voldoen daarmee dan dus nog niet aan de eisen die zijn opgenomen in de internationale normen.

## **Deel C: Aandachtspunten ter verduidelijking van de Leidraad**

In dit gedeelte van de Reactie zal inhoudelijk ingaan worden op een aantal paragrafen waar de SER adviseert om verduidelijkingen aan te brengen.

### *Categorieën toegestane afspraken*

Op pagina 7 ev. geeft de ACM een overzicht van de categorieën toegestane afspraken. De tweede categorie (par. 20) betreft codes voor milieu- of klimaatbewust marktgedrag. Hierbij verwijst de ACM onder andere naar codes die gepaard gaan met gezamenlijke standaarden, labels of keurmerken over het gebruik van grondstoffen en productiemethoden.

De SER merkt op dat dergelijke codes ook bestaan voor sociaal verantwoord marktgedrag en voor dierenvriendelijker marktgedrag of een combinatie van milieubewust en/of klimaatbewust gedrag met sociaal verantwoord en dierenvriendelijker marktgedrag.<sup>7</sup> Moet de omschrijving van de codes in par. 20 worden opgevat als een beperking van de categorieën toegestane afspraken tot enkel afspraken omtrent milieubewust en klimaatbewust gedrag? Indien dit het geval is, worden deze codes ten aanzien van milieubewust marktgedrag beperkt tot milieubewust gedrag op het Nederlandse grondgebied of is dit onbegrensd? De SER adviseert de ACM dit te verduidelijken in de Leidraad, en bij deze overweging de toelichting van de SER onder **deel B** van deze reactie in ogenschouw te nemen.

In par. 35 gaat de Leidraad in op *true costs* en *true prices*. De ACM geeft hierbij aan dat het inrichten van de productie op een wijze waarbij het verschil tussen bedrijfskosten en maatschappelijke kosten zoveel mogelijk wordt opgeheven als een voordeel in de zin van lid 3 kan worden gezien. De SER is verheugd dit terug te lezen in de Leidraad, alsmede de verwijzing naar 'leefbaar loon'. De SER adviseert de ACM in deze paragraaf tevens te verduidelijken dat dit ook van toepassing is op de productieprocessen buiten Nederland, dan wel buiten de EU.

In par. 38 licht de ACM toe af te wijken van het algemeen uitgangspunt van de Europese Commissie voor milieuafspraken. Daarbij wordt gesproken over 'milieuschade'. Wat is de onderbouwing voor het verwijzen naar 'milieuschade' en niet naar 'negatieve impact'?

### *Leefbaar loon*

Als voorbeeld van 'Overige duurzaamheidsafspraken' worden in par. 39 onder andere genoemd 'afspraken die eisen stellen aan arbeidsomstandigheden of dierenwelzijn'. Als voorbeeld daarvan wordt genoemd 'bijvoorbeeld betalen eerlijk loon in landen die geen minimum loon kennen'. Onder verwijzing naar het fundamentele recht op leefbaar loon geeft de SER de ACM in overweging hierbij te spreken over: "(...)het uitbetalen van een eerlijk loon in landen die geen minimumloon hanteren of een minimumloon hanteren dat niet kan voorzien in een adequate levensstandaard."

### *Rechtszekerheid*

De ACM geeft aan op sommige punten af te wijken van het uitgangspunt van de Europese Commissie. De SER acht het in het kader van de rechtszekerheid voor gebruikers van de leidraad van belang dat de ACM duidelijk maakt wanneer het vertrouwen op de uitgangspunten van de leidraad een risico kan vormen dat de betrokken bedrijven gesanctioneerd worden door de Europese Commissie.

---

<sup>7</sup> Te denken aan: UTZ Certified, Max Havelaar.

## **Deel D: Verduidelijking ten aanzien van de toepassing van de Leidraad**

De SER heeft naast bovenstaande opmerkingen ook vragen die te maken hebben met wat verwacht wordt van ondernemingen die op basis van de Leidraad duurzaamheidsafspraken wensen te maken.

### *Onderbouwen van de voordelen*

Het onderscheid tussen milieuafspraken en 'overige duurzaamheidssamenwerkingen' werkt door in de wijze waarop de voordelen kunnen worden onderbouwd. Nu 'overige duurzaamheidssamenwerkingen' de nadelen voor de gebruiker ten minste dienen te compenseren ontstaat een onderscheid tussen samenwerkingen gericht op het behalen van (voor de overheid) gestelde milieudoelstellingen en (voor de overheid) gestelde sociale en arbeidsverplichtingen en dierenwelzijnsverplichtingen. De SER merkt, naast hetgeen hij heeft opgemerkt over dit onderscheid in deel B, op dat op zijn minst ook voor deze laatste categorie een toegankelijk methodiek (naast willingness to pay) gewenst is.

In de paragrafen *Onderbouwen van de voordelen* en *Kwantitatieve onderbouwing* gaat de Leidraad verder in op afspraken waarbij zowel de voor- als de nadelen van een duurzaamheidsinitiatief zo goed mogelijk in kaart moeten worden gebracht en dienen te worden gemonetariseerd. In par. 33 wordt door de ACM terecht aangegeven dat het niet in alle gevallen mogelijk is om een cijfermatige onderbouwing te verschaffen, en dat dan inzage wordt verschaft in de mate van waarschijnlijkheid dat de voordelen kunnen worden gerealiseerd. De SER verzoekt de ACM op dit punt in de Leidraad te omschrijven welke stukken hiervoor ter onderbouwing voor de hand liggen om te worden overlegd. De SER geeft de ACM in overweging daarbij indien nodig in te gaan op verplichtingen in geval van samenwerkingen van midden- en kleinbedrijven. Dit is tevens van toepassing op hetgeen in par. 53 wordt opgemerkt omtrent de *overige duurzaamheidsafspraken*.

Bij het omschrijven van de procedure omtrent de onderbouwing van de voordelen, alsmede voor de afweging van de eventuele voor- en nadelen, adviseert de SER de ACM in de Leidraad op te nemen wat het gevolg is van het aanleveren van onvoldoende onderbouwing. Wordt het initiatief in staat gesteld (gericht) aanvullende informatie aan te leveren gaandeweg het initiatief dan wel verder gaand onderzoek te verrichten?

### *Billijk aandeel voor de gebruiker*

In par. 36 geeft de ACM een definitie van de gebruikers van de producten die het voorwerp zijn van een afspraak. Hierin wordt omschreven dat het hierbij kan gaan om zowel de "directe gebruikers als om indirecte gebruikers, lager in de bedrijfskolom, en (uiteindelijk) de eindconsument." De SER betwijfelt of sommige juridische concepten, zoals dat van de 'indirecte gebruiker', binnen de doelgroep van de Leidraad voldoende bekend zijn, en adviseert de ACM in de definitieve versie van de Leidraad dergelijke begrippen van een nadere omschrijving te voorzien.

In par. 47 is niet duidelijk waarop het percentage van 30% marktaandeel waarboven een kwantitatieve afweging noodzakelijk zou zijn is gebaseerd. De SER verzoekt de ACM hier duidelijkheid in te verschaffen en te (her)overwegen of hier niet een te hoge drempel voor duurzaamheidsinitiatieven wordt opgeworpen

### *Niet verder dan noodzakelijk*

Welke mate van onderbouwing verwacht de ACM bij "niet kunnen veroorloven om zelfstandig gedrag te veranderen"? Gaat het hierbij om het aantonen van de impact op de prijs en de concurrentiepositie?

### *Beleid ACM*

Hoe toont een samenwerkingsverband aan te goede trouw de Leidraad gevolgd te hebben in geval van een gepubliceerde duurzaamheidsafpraak?



### ***Wet ruimte voor Duurzaamheidsinitiatieven***

De ACM geeft aan dat indien zij concludeert dat het duurzaamheidsinitiatief niet in overeenstemming met de mededingingswet gebracht kan worden de initiatiefnemers (onder andere) ervoor kunnen kiezen om het initiatief aan de wetgever voor te leggen in het kader van de Wet ruimte voor Duurzaamheidsinitiatieven zodat het initiatief in regelgeving vertaald kan worden. De SER merkt op dat de Wet op het moment van schrijven reeds sinds juni 2019 bij de Tweede Kamer als wetsvoorstel voorligt. Dit betekent dat deze Wet voor initiatiefnemers nog geen soelaas kan bieden. Tot slot merkt de SER op dat ook op deze Wet vanuit de SER alsmede de wetenschap belangrijke aandachtspunten zijn geformuleerd bij het nader vormgeven daarvan.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Zie ook, SER (2017), *Reactie van de SER op het wetsvoorstel Ruimte voor Duurzaamheidsinitiatieven*

Het Dagelijks Bestuur van de SER heeft deze Ad Hoc Werkgroep gemachtigd om deze reactie op de leidraad duurzaamheidsafspraken namens de SER uit te brengen. De samenstelling van deze werkgroep was als volgt:

*Samenstelling van de werkgroep*

Onafhankelijke leden

prof. dr. mr. A. (Anna) Gerbrandy (voorzitter, kroonlid van de SER)

prof. dr. H.L.F. (Henri) de Groot (kroonlid van de SER)

prof. dr. K. (Katrien) Termeer (kroonlid van de SER)

prof. dr. mr. E. (Evert) Verhulp (kroonlid van de SER)

Ondernemersleden

drs. J. (Jos) Tholhuijsen (VNO-NCW/MKB-Nederland)

ir.ing. K.J. (Klaas Johan) Osinga (LTO Nederland)

Werknemersleden

drs. L. (Lucia) van Westerlaak (FNV)

ing. T. (Tjalling) Postma (FNV)

Natuur- en milieuleden

mr. M. (Marga) Robesin (Stichting Natuur en Milieu)

Secretariaat:

mr. drs. P.M. (Pascalle) Langereis

dr. A. (Alexander) van der Vooren

drs. J. (Jef) Wintermans