

# Mededingingsrechtelijke analyse van de duurzaamheidsvergoeding: On the Way to PlanetProof

mr. E.D. (Esther) van Aalst

## 1. Inleiding

Eerder dit jaar beoordeelde de Autoriteit Consument en Markt (ACM) een regeling die de Stichting Milieukeur (SMK) wil toevoegen aan haar keurmerk On the Way to PlanetProof (OPP).<sup>1</sup> Deze regeling verplicht supermarkten en hun leveranciers om een vaste vergoeding te betalen aan landbouwers voor de extra kosten die de betrokken landbouwers moeten maken om te voldoen aan de duurzaamheidseisen van het OPP-keurmerk.<sup>2</sup> Volgens SMK is deze vergoeding noodzakelijk omdat landbouwproducenten steeds minder bereid zijn om het OPP-keurmerk te voeren aangezien voor hen niet duidelijk is of zij hun kosten om het keurmerk te voeren vergoed krijgen.

De ACM komt tot de conclusie dat het niet aanmerkelijk is dat de regeling de mededinging merkbaar zal beperken. De duurzaamheidsvergoeding is volgens de ACM verenigbaar met het kartelverbod en kan dus worden ingevoerd.

De beoordeling door de ACM heeft betrekking op de invoering van de duurzaamheidsvergoeding voor onbewerkte aardappelen, groenten en fruit (AGF). Het is echter de intentie van SMK om de

duurzaamheidsvergoeding uiterlijk eind 2025 te hebben ingevoerd voor alle producten met het keurmerk<sup>3</sup> en om voor de nog toe te voegen producten weer 'goedkeuring' van de ACM te vragen.<sup>4</sup>

Duurzaamheidsinitiatieven hebben de bijzondere aandacht van de ACM en Europese Commissie omdat ze geregeld concurrentieparameters beïnvloeden, zoals de prijs. In het Jaarplan 2024 stelt de ACM zich als doel bij te dragen aan een duurzamere economie, onder andere door informele beoordelingen als deze, specifiek voor de agro-nutri sector.

De ACM en de Nederlandse wetgever waren al enige tijd bezig met het formuleren van een passend mededingingsrechtelijk regelgevingskader voor duurzaamheidsinitiatieven. Vanaf 2014 was er de Beleidsregel Mededinging en Duurzaamheid ACM<sup>5</sup> (ingetrokken in oktober 2023) en in 2016 kwam er een wetsvoorstel Wet Ruimte voor Duurzaamheidsinitiatieven (wordt ingetrokken door het kabinet-Schoof<sup>6</sup>). Ook publiceerde de ACM een eerste<sup>7</sup> en tweede<sup>8</sup> concept ACM Leidraad Duurzaamheidsafspraken maar van invoering van die leidraad zag zij af nadat de Europese Commissie de Richtsnoeren voor Horizontale Samenwerkingsovereenkomsten publiceerde

1 Informele beoordeling ACM, Duurzaamheidsvergoeding On the Way to PlanetProof-keurmerk, 6 mei 2024, zaak ACM/24/188255. Raadpleegbaar via <https://www.acm.nl/system/files/documents/informele-beoordeling-duurzaamheidsvergoeding-on-the-way-to-planetproof-keurmerk.pdf>.

2 Uit de publicatie van de informele beoordeling blijkt niet duidelijk of de vergoeding alleen ziet op de extra kosten die verband houden met bovenwettelijke duurzaamheidsregels of (soms) ook op kosten die worden gemaakt om te voldoen aan wettelijke regels.

3 Zie: <https://www.planetproof.eu/nieuws/smk-introduceert-duurzaamheidsvergoeding-voor-on-the-way-to-planetproof/> (laatst geraadpleegd op 23 oktober 2024).

4 Zie: <https://www.smk.nl/nieuws/smk-krijgt-groen-licht-van-acm-voor-introductie-duurzaamheidsvergoeding/#:~:text=SMK%20krijgt%20groen%20licht%20van%20ACM%20voor%20introductie%20duurzaamheidsvergoeding,-Gepubliceerd%20op%3A%206&text=Den%20Haag%2C%206%20mei%202024,On%20the%20way%20to%20PlanetProof> (laatst geraadpleegd op 23 oktober 2024).

5 Zie: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0035103/2014-05-09>.

6 Kamerstukken 35247 en brief van de Minister-President d.d. 16 september 2024 ([https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20240916/brief\\_van\\_de\\_minister\\_president](https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20240916/brief_van_de_minister_president)).

7 Zie: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken-nw.pdf>.

8 Zie: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2e-concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken.pdf>.

met daarin een apart hoofdstuk voor de beoordeling van duurzaamheidsafspraken.<sup>9</sup> De ACM sluit zich aan bij de EC Richtsnoeren Horizontale Samenwerking en publiceerde in oktober 2023 de Beleidsregel Toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken waarin kort gezegd staat dat ondernemingen geen boetes opgelegd zullen krijgen als de beleidsregel wordt gevolgd.<sup>10</sup>

Een belangrijke ontwikkeling voor duurzaamheidsinitiatieven in de landbouw was de invoering eind 2021 van artikel 210 *bis* van de gemeenschappelijke marktordening voor landbouwproducten (GMO-Vo).<sup>11</sup> Sindsdien zijn bepaalde duurzaamheidsinitiatieven voor landbouwproducten uitgezonderd van het kartelverbod.

Dit artikel geeft aan de hand van de casus On the Way to PlanetProof inzicht in het mededingingsrechtelijke beoordelingskader voor duurzaamheidsvergoedingen bij de afzet van landbouwproducten. Ook wordt een visie geformuleerd op de beoordeling door de ACM van de duurzaamheidsvergoeding voor het keurmerk On the Way to PlanetProof.

Hierna volgt eerst een feitelijke beschrijving van het OPP-keurmerk en de OPP-duurzaamheidsvergoeding. Daarna wordt het mededingingsrechtelijke kader uiteengezet en vervolgens wordt de beoordeling door de ACM beschouwd. De conclusie van deze bijdrage bevat vraagpunten die relevant zijn voor de praktijk bij de beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven waarbij ondernemingen afspraken maken over vergoedingen ter dekking van kosten van duurzaamheidsinspanningen.

## 2. Het keurmerk On the Way to PlanetProof

On the Way to PlanetProof is een onafhankelijk keurmerk dat laat zien dat voedings- en

sierteelproducten duurzamer zijn geproduceerd. Het keurmerk heeft een belangrijk aandeel in de consumentenbesteding aan duurzaam voedsel in Nederland,<sup>12</sup> veel supermarkten voeren de OPP-producten in hun assortiment en Lidl heeft aangekondigd dat alle in Nederland geteelde AGF-producten die zij inkoop, OPP-producten zullen zijn.<sup>13</sup> Volgens de website van SMK bedraagt het On the Way to PlanetProof-areaal tafelaardappelen 66% van het “totale Nederlandse areaal”, voor groenten en kruiden open teelt 70%, voor fruit 48% en voor bedekte groente- en fruitteelt maar liefst 73% (in 2023).<sup>14</sup>

SMK wil supermarkten verplicht laten bijdragen aan de extra (gemiddelde) kosten van landbouwers om aan de duurzaamheidseisen van het keurmerk te voldoen om de bereidheid te vergroten van landbouwers om het On the Way to PlanetProof keurmerk te voeren. Deze regeling heeft gevolgen voor drie schakels in de keten: er wordt een duurzaamheidsvergoeding geïntroduceerd voor de landbouwproducent die wordt betaald door de supermarkt eventueel via een bijdrage aan zijn leverancier (als die niet de landbouwer is) die de vergoeding doorbetaalt aan de landbouwproducent.<sup>15</sup> Supermarkten zijn op grond van de regeling verplicht om de vergoeding apart te vermelden op de factuur, in het contract of in de afrekening.<sup>16</sup>

De hoogte van de duurzaamheidsvergoeding wordt door SMK bepaald en kan per kalenderjaar worden aangepast.<sup>17</sup> SMK laat zich hierbij adviseren door een onafhankelijk bureau dat de gemiddelde kosten en opbrengsten per hectare in beeld brengt. Wat “kosten” en “opbrengsten” precies zijn, wordt in het Reglement On the Way to PlanetProof Duurzaamheidsvergoeding 2024 (SMK Reglement) niet gedefinieerd. De ACM lijkt ervan uit te gaan dat het alleen gaat om de

9 EU Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (C/2022/1159), 17 juli 2023.

10 Beleidsregel Toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken, Stct. 2023, 27772.

11 Verordening (EU) Nr. 1308/2013 van 17 december 2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten (laatst gewijzigd 13 mei 2024, PB L 347). Deze vrijstelling geldt alleen voor landbouwproducten genoemd in Bijlage I bij het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

12 Wageningen Economic Research, *Monitor Duurzaam Voedsel 2023*, p. 4, figuur 1. Zie: <https://edepot.wur.nl/673037> (laatst geraadpleegd op 23 oktober 2024).

13 <https://corporate.lidl.nl/duurzaamheid/duurzaamassortiment/groente-en-fruit> (laatst geraadpleegd op 23 oktober 2024).

14 Zie: <https://www.smk.nl/nieuws/ontwikkelingen-keurmerk-on-the-way-to-planetproof/> (laatst geraadpleegd op 23 oktober 2024). Het is echter onduidelijk wat SMK bedoelt met “het totale Nederlandse areaal”.

15 Artikel 1 en 3 On the Way to PlanetProof Duurzaamheidsvergoeding 2024 (“SMK Reglement”), zie: [https://downloads.smk.nl/Public/PlanetProof\\_documenten/Plantaardige%20producten%20\(NL\)/2024/Duurzaamheidsvergoeding/SMK\\_Duurzaamheidsvergoeding\\_On%20the%20way%20to%20PlanetProof%202024\\_NL.pdf](https://downloads.smk.nl/Public/PlanetProof_documenten/Plantaardige%20producten%20(NL)/2024/Duurzaamheidsvergoeding/SMK_Duurzaamheidsvergoeding_On%20the%20way%20to%20PlanetProof%202024_NL.pdf)

16 Artikel 5 SMK Reglement.

17 Artikel 7 SMK Reglement.

meerkosten die gemoed gaan met de *bovenwettelijke* duurzaamheidseisen van het OPP-keurmerk maar zegt dit niet exact.<sup>18</sup>

Na advies te hebben ingewonnen van het onderzoeksbureau over de kosten en opbrengsten, rekent SMK de meerkosten om in de duurzaamheidsvergoeding per kilo of stuk. Vervolgens vraagt SMK het (eigen) College van Deskundigen Plantaardig om een niet-bindend advies, waarna de duurzaamheidsvergoeding wordt vastgesteld.<sup>19</sup>

De duurzaamheidsvergoedingen die SMK voor 2024 heeft gepubliceerd zijn steeds precies even hoog als het bedrag van de gemiddelde meerkosten van de landbouwers.<sup>20</sup> Het is niet duidelijk of is meegenomen dat supermarkten in sommige gevallen bereid zijn om een hogere inkoopprijs voor duurzamere producten te betalen.

Uit het oogpunt van mededingingsrecht is de vraag of een duurzaamheidsvergoeding mag worden overeengekomen die voor iedereen gelijk is, die niet individueel wordt onderhandeld en die alle duurzaamheidskosten van de landbouwers dekt zonder rekening te houden met een eventueel hogere verkoopprijs vanwege de duurzaamheid van het product.

De ACM oordeelde dat de OPP-duurzaamheidsvergoeding toelaatbaar is omdat deze geen merkbare mededingingsbeperkende gevolgen heeft. De ACM ging niet in op uitzonderingen en vrijstellingen die bestaan voor afspraken tussen ondernemingen over duurzaamheidsvergoedingen. De ACM hoefde dit ook niet te doen vanwege haar conclusie. Hierna wordt het mededingingsrechtelijk kader voor afspraken over duurzaamheidsvergoedingen uitgebreider behandeld door eerst een toelichting te geven op het kartelverbod en daarna de uitzonderingen te bespreken van artikel 210 *bis* GMO-Vo, de nevenrestrictie en het efficiencyverweer.

### 3. De duurzaamheidsvergoeding: een overeenkomst in de zin van het kartelverbod?

Op grond van het kartelverbod zijn verboden overeenkomsten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen en besluiten van ondernemingsverenigingen die tot doel of tot gevolg hebben dat de mededinging op een relevante markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.<sup>21</sup>

Een belangrijke voorvraag bij toetsing aan het kartelverbod is of sprake is van een overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemingsverenigingen. Deze termen zijn gekozen om een breed scala aan coördinatie en samenwerking tussen ondernemingen te bestrijken; een precieze juridische kwalificatie is niet noodzakelijk. Hierna zal steeds de verzamelterm “overeenkomsten” of “afspraken” worden gebruikt.

Puur eenzijdig gedrag valt nooit onder het kartelverbod. Bij de OPP-duurzaamheidsvergoeding is daar echter geen sprake van: SMK heeft de regels neergelegd in een schijnbaar eenzijdig reglement, maar daarbij komt dat landbouwers moeten toetreden tot het OPP-keurmerk, dat zij zich hebben gecommitteerd aan de uitvoering van het SMK reglement en dat zij er actief uitvoering aan geven. Hetzelfde geldt voor de deelnemende supermarkten. Bovendien kan een partij die de regeling niet naleeft het recht verliezen om het OPP-keurmerk te gebruiken. Zo komt een onderling systeem tot stand waarbij sprake is van wilsovereenstemming om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen.

Afspraak vallen onder het kartelverbod wanneer zij een merkbare negatieve invloed hebben op concurrentieparameters. Dit zijn veelal de prijs, het aanbod, de kwaliteit, keuze of innovatie. Ook duurzaamheid kan een concurrentieparameter zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval in Denemarken voor het biologisch aanbod in supermarkten.<sup>22</sup>

18 Het Rapport Meerkosten On the Way to PlanetProof Onbewerkte AGF voor de versmarkt, CLM, januari 2024 spreekt wel over “*bovenwettelijke*” meerkosten maar niet duidelijk en voortdurend. Raadpleegbaar via: <https://www.smk.nl/wp-content/uploads/2024/07/1180-CLMrapport-PlanetProof-meerkosten-def-april2024.pdf>.

19 Informele beoordeling ACM, p. 2 (“Vaststelling meerprijs”).

20 Zie bijlage bij het SMK Reglement “Duurzaamheidsvergoeding per kg of stuk product gebaseerd op de meerkosten per hectare” en het bijbehorend rapport van het onderzoeksbureau “Rapport Meerkosten On the Way to PlanetProof Onbewerkte AGF voor de versmarkt”, januari 2024, p. 48-49.

21 Artikel 6 lid 1 Mededingingswet en artikel 101 lid 1 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU). Zie voor het begrip “effect op de handel tussen EU-lidstaten” de Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2004/C 101/07).

22 Dit was de bevinding van de ACM in een case study uitgevoerd naar aanleiding van de vaststelling in Agro-Nutri Monitors 2020, 2021 en 2022 dat de beperkte betalingsbereidheid van consumenten voor duurzamere producten verdere verduurzaming van de landbouw belemmert. Zie: <https://www.acm.nl/system/files/documents/deelonderzoek-denemarken.pdf>.

Afspraken kunnen horizontaal zijn, d.w.z. gemaakt tussen concurrenten, en verticaal waarbij het gaat om de verhouding leverancier – afnemer. Ook kan sprake zijn van een gemengde afspraak. Dit laatste is het geval voor de OPP-duurzaamheidsvergoeding: elke deelnemende landbouwer ontvangt de vergoeding en elke deelnemende supermarkt betaalt hem, waarbij de hoogte wordt afgestemd op de duurzaamheidsvergoeding die SMK vaststelt. Voor zulke gemengde afspraken geldt dat eerst moet worden beoordeeld of de horizontale elementen toelaatbaar zijn, omdat afspraken tussen concurrenten over het algemeen sneller verboden zijn.

Niet alle afspraken die de vrijheid van ondernemingen beperken om zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen vallen binnen het toepassingsbereik van het kartelverbod. Verwezen werd al naar de uitzondering voor bepaalde duurzaamheidsafspraken in de landbouw ex artikel 210 *bis* GMO-Vo en naar de vrijstelling vanwege efficiencyvoordelen. Hierna zal het juridisch kader verder worden toegelicht. Later in deze bijdrage wordt gekeken naar de beoordeling door de ACM in de zaak On the Way to PlanetProof.

#### 4. Strekt de OPP-duurzaamheidsvergoeding ertoe of heeft die tot gevolg dat de mededinging wordt beperkt?

Bij de beoordeling van de vraag of een afspraak onder het kartelverbod valt, moet eerst worden getoetst of een afspraak ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt. Hierbij is het van belang een onderscheid te maken tussen “doelbeperkingen” die ertoe strekken de mededinging te beperken, en “gevolgbeperkingen” die tot (reëel of potentieel) gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt. Wanneer de mededingingsbeperkende strekking van een afspraak vaststaat, hoeven de gevolgen voor de mededinging niet meer te worden onderzocht. Die worden dan namelijk verondersteld.

De vraag naar de strekking van een afspraak staat los van de subjectieve intenties van de betrokkenen, hoewel die mogen worden meegenomen. De toets

is of op grond van voldoende betrouwbare en solide ervaring kan worden gesteld dat de overeenkomst zo schadelijk is voor een goede werking van de mededinging, dat het overbodig is om de feitelijke gevolgen te onderzoeken.<sup>23</sup> Hierbij zijn ten eerste de bewoordingen van de overeenkomst relevant, ten tweede de juridische en economische context (waaronder de aard van de betrokken goederen en de voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markten) en ten derde de doelstellingen van de overeenkomst.<sup>24</sup>

Een afspraak heeft de strekking de mededinging te beperken als er in feite geen twijfel kan bestaan over de mededingingsbeperkende gevolgen. A-G Bobek koos hierbij voor de volgende beeldspraak:<sup>25</sup>

*“Om het tot een extreme metafoor terug te brengen: als het eruit ziet als een vis en het ruikt naar vis, kan worden aangenomen dat het vis is. Tenzij er op het eerste gezicht iets vreemds aan deze specifieke vis is, zoals het feit dat hij geen vinnen heeft, in de lucht zweeft of naar rozen ruikt, is er geen gedetailleerde dissectie van die vis nodig om hem als vis te kwalificeren. Indien er echter iets ongevoons aan de vis in kwestie is, kan deze nog steeds als een vis worden geclassificeerd, maar alleen na een gedetailleerd onderzoek van het betrokken schepsel.”*

Afspraken tussen concurrenten over prijzen worden in het algemeen als strekkingsbeperking geclassificeerd. Dit geldt ook voor afspraken over prijscomponenten, hoewel dat iets genuanceerder kan liggen. De ACM heeft in 2017 boetes opgelegd aan ondernemingen die afspraken maakten om een loodtoeslag op een vaste manier in de verkoopprijs van de accu's te verwerken. De ACM overwoog dat de ondernemingen de prijsconcurrentie voor een deel hadden uitgeschakeld en dat sprake was een strekkingsbeperking.<sup>26</sup> Het Bundeskartellamt overwoog dat standaardpremies voor de kosten van melkveehouders gerelateerd aan het dierenwelzijnsinitiatief Initiative Tierwohl een voorbeeld zijn van een “klassiek kartel”. Eerder stond het Bundeskartellamt de vergoeding toe voor een overgangperiode,<sup>27</sup> maar later rezen bezwaren

23 HvJ EU 2 april 2020, *Budapest Bank e.a.*, C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265, punt 76, HvJ EU 30 januari 2020, *Paroxetine*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punt 64. Zie ook Bellamy & Child: *European Union Law of Competition*, Oxford University Press 2018, nr. 2.154.

24 HvJ EU 21 December 2023, *FIFA*, C-333/21, punt 165-166, HvJ EU 11 september 2014, *Cartes Bancaires*, C-67/13, ECLI:EU:C:2014:2204, punt 51-53.

25 Conclusie van advocaat-generaal M. Bobek van 5 september 2019, *Budapest Bank e.a.*, C-228/18, EU:C:2019:678, punt 51.

26 Besluit ACM 30 juni 2017, zaaknummer 7615, BMW/T loodtoeslag tractiebatterijen.

27 De aanvankelijke beoordeling door het Bundeskartellamt is te vinden via: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/29\\_03\\_2022\\_Milch\\_Nachhaltigkeit.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/29_03_2022_Milch_Nachhaltigkeit.html).



omdat het keurmerk inmiddels een hoge adoptiegraad kende en er concurrerende keurmerken bestonden zonder verplichte prijselementen.<sup>28</sup> Het Bundeskartellamt achtte de standaardpremie daarom niet langer noodzakelijk. Het Initiative Tierwohl verving de standaardpremie door een niet-bindende aanbeveling, een aanpassing die het Bundeskartellamt heeft toegejuicht.

Dat een afspraak over prijs(componenten) niet altijd als strekkingsbeperking kwalificeert, blijkt uit het arrest van het Hof in de zaak Budapest Bank. Het Hof overwoog dat een afspraak tussen banken om uniforme afwikkelingsvergoedingen te hanteren, waarschijnlijk niet in die mate schadelijk is voor de mededinging dat een beperking naar strekking kan worden vastgesteld.<sup>29</sup>

Als de mededingingsbeperkende strekking niet vaststaat, dan moeten de mededingingsbeperkende gevolgen worden onderzocht. De situatie moet worden vergeleken zonder en met de mededingingsbeperking. Ofwel, welke weerslag heeft de OPP-duurzaamheidsvergoeding op de concurrentie, in vergelijking met de situatie zonder die vergoeding? In deze fase wordt uitgebreider gekeken naar:<sup>30</sup>

- de aard en inhoud van de overeenkomst;
- het concrete kader waarvan de samenwerking deel uitmaakt, met name de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen actief zijn, de aard van de betrokken goederen of diensten en de wijze waarop de betrokken markt of markten daadwerkelijk functioneren en zijn opgebouwd;
- de mate waarin de partijen marktmacht hebben of verwerven en de mate waarin de overeenkomst daaraan bijdraagt; en
- de vraag of de mededingingsbeperkende gevolgen, reëel of potentieel, voldoende merkbaar zijn.

De laatste voorwaarde van de merkbaarheid vertaalt de ACM in de zaak OPP naar de vraag of en zo ja in

welke mate de inkooprijzen van de supermarkten stijgen als gevolg van de OPP-duurzaamheidsvergoeding, en in welke mate supermarkten die eventuele hogere inkooprijzen zullen doorberekenen in de consumentenprijzen.

Overeenkomsten tussen concurrenten met een gezamenlijk marktaandeel kleiner dan 10% op elk van de relevante markten zijn in principe niet merkbaar.<sup>31</sup> Hier is van belang de relevante product- en geografische markten af te bakenen. Gedacht kan worden aan de markt voor de afzet van de betrokken OPP-producten (en reële substituten), voor de inkoop van die producten door supermarkten, en mogelijk ook voor het keurmerk.<sup>32</sup> Het is onbekend of On the Way to PlanetProof hieraan voldoet. De website vermeldt dat het keurmerk marktleider is in Nederlandse supermarkten voor AGF en zuivel<sup>33</sup> en het bestreken areaal lijkt substantieel, maar zulke aanwijzingen zijn niet doorslaggevend en de toets is veel uitgebreider. In de informele beoordeling laat de ACM zich niet uit over de betrokken relevante markten en marktaandelen.

Ziet de OPP-duurzaamheidsvergoeding eruit als een vis en ruikt die als een vis, zodanig dat kan worden aangenomen dat sprake is van een vis? De ACM heeft vast gemeend van niet, anders was zij niet gecontinueerd naar de beoordeling van de gevolgen. De ACM lijkt te concluderen dat geen sprake is van een strekkingsbeperking omdat zij aansluit bij de door SMK aangevoerde doelstelling van de OPP-duurzaamheidsvergoeding om de bereidheid van de landbouwers om het keurmerk te voeren te vergroten en voor het overige de gevolgen beoordeelt. Echter, helemaal helder is dat niet, ten eerste omdat de ACM de woorden “doel” of “strekking” niet gebruikt en ten tweede omdat de juridische en economische context ‘slechts’ worden behandeld in het kader van de beoordeling van de gevolgen.

Voor de vraag of de gevolgen van de overeenkomst de mededinging merkbaar beperken, is in de EC

28 De latere beoordeling door het Bundeskartellamt is te vinden via: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2023/25\\_05\\_2023\\_ITW.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2023/25_05_2023_ITW.html).

29 Punt 77-79 van het hiervoor aangehaalde arrest Budapest Bank. De beoordeling is uiteindelijk aan de verwijzende rechter.

30 EU Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, punt 32. Het gaat in feite om dezelfde elementen als bij de strekkingstoets. Toch is het een andere denkoefening.

31 Zie eerder aangehaalde EC de-minimisededeling, punt 8a en 13. Deze “vrijstelling” is beperkt tot overeenkomsten die er niet toe strekken de mededinging te beperken. Voor overeenkomsten die geen invloed kunnen hebben op de interne markt zondert artikel 7 Mededingingswet ‘kleinschalige’ horizontale overeenkomsten geheel uit van het kartelverbod. Deze Nederlandse uitzondering geldt ook voor strekkingsbeperkingen. Voor afspraken die het hele Nederlandse grondgebied bestrijken zoals het geval is bij On the Way to PlanetProof, is waarschijnlijk sprake van invloed op de interne markt in welk geval geen gebruik kan worden gemaakt van de uitzondering van artikel 7 Mededingingswet; zie punt 78 van de reeds aangehaalde Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende het begrip beïnvloeding van de handel.

32 Bekendmaking van de Commissie betreffende de afbakening van de relevante markt ten behoeve van het mededingingsrecht van de Unie, C(2023) 6789.

33 Zie: <https://www.planetproof.eu/nieuws/lidl-gecertificeerd-voor-het-on-the-way-to-planetproof-keurmerk/>.

Richtsnoeren Horizontale Samenwerking een zachte safe harbour in het leven geroepen voor duurzaamheidsnormen waaraan concurrenten deelnemen met inbegrip van kwaliteitskeurmerken of -labels.<sup>34</sup>

Er is “waarschijnlijk” geen sprake is van noemenswaardige ongunstige effecten als wordt voldaan aan zes voorwaarden.<sup>35</sup>

Cumulatieve ‘soft safe harbour’ voorwaarden	ACM
1 De procedure voor het ontwikkelen van de duurzaamheidsnorm is transparant en er is sprake van een open duurzaamheidsstandaard.	X
2 Er is geen verplichting om deel te nemen.	X
3 Ondernemingen zijn vrij om hogere normen toe te passen.	X
4 Er wordt geen commercieel gevoelige informatie uitgewisseld die niet noodzakelijk is voor de ontwikkeling, vaststelling of aanpassing van de norm.	
5 De daadwerkelijke en niet-discriminerende toegang moet zijn geborgd tot de “resultaten van het normalisatieproces”	
6 De duurzaamheidsnorm moet voldoen aan ten minste één van de volgende twee voorwaarden:	
a) de norm mag niet leiden tot een aanzienlijke prijsstijging (of een aanzienlijke vermindering van de kwaliteit van de betrokken producten);	X
b) het gecombineerde marktaandeel van de betrokken ondernemingen mag niet hoger zijn dan 20% op elke relevante markt waarop de norm van invloed is.	

De rechterkolom geeft aan wanneer uit de informele beoordeling van de ACM blijkt dat aan de betrokken voorwaarde is voldaan. Zo wordt duidelijk dat uit de informele beoordeling niet blijkt dat de ACM al deze zes criteria heeft nagelopen.

De ACM laat zich er in de informele beoordeling evenmin over uit of sprake kan zijn van een nevenrestrictie. Gelet op de conclusies van de ACM hoefde zij dit ook niet te doen, maar voor deze bijdrage is het nuttig de uitzondering voor nevenrestricties wel te bespreken. Nevenrestricties zijn mededingingsbeperkingen die zijn uitgezonderd van het kartelverbod op voorwaarde dat ze onmisbaar zijn om een hoofdtransactie te verwezenlijken die met het kartelverbod verenigbaar is. De mededingingsbeperking moet noodzakelijk en evenredig zijn: er mogen geen realistische alternatieven bestaan die de mededinging minder beperken. Zo mag bij overnames een non-concurrentiebeding

worden opgelegd aan de verkoper, maar niet voor te lange duur en ook niet voor geografische gebieden waar de verkochte onderneming niet actief was. In de zaak *Booking.com*<sup>36</sup> over beperkingen opgelegd aan hotels om betere aanbiedingen te doen op eigen verkoopkanalen en die van derden, verduidelijkte het Hof van Justitie dat is vereist dat de hoofdtransactie (in die zaak het *Booking.com*-platform, in deze zaak het *OPP*-keurmerk) zonder de mededingingsbeperking (in die zaak de smalle en brede pariteitsclausules, in deze zaak de *OPP*-duurzaamheidsvergoeding) *onvermijdelijk* in het gedrang zou komen.

Dat de hoofdtransactie lastiger haalbaar zou zijn, is dus niet voldoende.<sup>37</sup> Hoeveel landbouwers moeten vertrekken om het keurmerk onvermijdelijk in het gedrang te brengen? En hoe aannemelijk is het dat, om dit te voorkomen, een vaste duurzaamheidsvergoeding moet worden ingevoerd die verzekert dat *alle* meerkosten van de betrokken landbouwproducenten worden gedekt?

## 5. Kartelverbod niet van toepassing op bepaalde duurzaamheidsvereenkomsten in de landbouw

Sinds 7 december 2021 is artikel 210 *bis* aan de *GMO-Vo* toegevoegd. Op grond van dit artikel is het kartelverbod niet van toepassing op mededingingsbeperkingen die onontbeerlijk zijn om te voldoen aan bovenwettelijke duurzaamheidsnormen:

*“Artikel 101, lid 1, VWEU is niet van toepassing op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van producenten van landbouwproducten die verband houden met de productie van of de handel in landbouwproducten en die tot doel hebben een duurzaamheidsnorm toe te passen die verder gaat dan hetgeen door het Unierecht of het nationale recht is voorgeschreven, mits die overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen slechts die mededingingsbeperkingen opleggen welke onontbeerlijk zijn voor het behalen van die norm.”*

34 EC Richtsnoeren Horizontale Samenwerking, paragraaf 9.3.2 en punt 539.

35 EC Richtsnoeren Horizontale Samenwerking, punt 549.

36 HvJ EU 19 september 2024, *Booking.com*, C-264/23, ECLI:EU:C:2024:764, punt 66-67.

37 Zo ook de ACM in een oud besluit over een vaste opslag voor verpakkingskosten. Besluit ACM d.d. 9 juli 1999, zaaknr. 492 (Vereniging van bloemenveilingen in Nederland), punt 81.

De Europese Commissie heeft richtsnoeren gepubliceerd die verduidelijken hoe een beoordeling ex artikel 210 *bis* GMO-Vo moet plaatsvinden.<sup>38</sup> De ACM behandelt artikel 210 *bis* GMO-Vo in de Leidraad Samenwerking Landbouwers.<sup>39</sup> Beide documenten bevatten overzichtelijke beslismomen.<sup>40</sup>

Om te voldoen aan de voorwaarden van artikel 210 *bis* GMO-Vo moet sprake zijn van een overeenkomst die tot doel heeft een *bovenwettelijke* duurzaamheidsnorm toe te passen. De duurzaamheidsnorm moet dus verder gaan dan wat in een bindende norm is voorgeschreven. Als er geen wettelijke standaard is (in het EU- of nationale recht) dan is een duurzaamheidsnorm per definitie *bovenwettelijk*.

Ten tweede moet de duurzaamheidsnorm bijdragen aan één van de doelstellingen genoemd in artikel 210 *bis* GMO-Vo: klimaatverandering, duurzaam gebruik van land en water, vermindering van bestrijdingsmiddelen of antimicrobiële resistentie, en dierenwelzijn en -gezondheid.<sup>41</sup> De bijdrage moet tastbaar en meetbaar zijn of, als dat niet mogelijk is, waarneembaar en beschrijfbaar.

Bij de duurzaamheidsnorm moet tenminste één landbouwproducent of producentenorganisatie betrokken zijn. Daarnaast moet de overeenkomst betrekking hebben op de productie of handel van landbouwproducten die zijn opgenomen in Bijlage I bij het VWEU.

Als dit allemaal vaststaat, dan is artikel 210 *bis* GMO-Vo van toepassing op mededingingsbeperkingen die *onontbeerlijk* zijn om het *bovenwettelijke* duurzaamheidsniveau te bereiken. Deze toets kent drie invalshoeken:

- Is het noodzakelijk om samen te werken om de duurzaamheidsnorm te bereiken, in plaats van dit individueel te doen?
- Zo ja, kan het duurzaamheidsdoel ook worden bereikt op een alternatieve manier die minder beperkend is voor de concurrentie?
- Is voor elke bepaling uit de overeenkomst die de mededinging beperkt, gekozen voor de optie met de minst negatieve effecten?

Wat betreft de eerste voorwaarde van onmogelijkheid van individuele samenwerking erkent de Europese Commissie in haar Richtsnoeren duurzaamheidsvereenkomsten in de landbouw dat samenwerking nodig kan zijn bij keurmerken die het vertrouwen van consumenten in duurzame productie beogen te vergroten en waarbij veel kleine landbouwers zijn betrokken.<sup>42</sup> Dit kan anders zijn wanneer grote coöperaties samen een keurmerk ontwikkelen.<sup>43</sup>

Alle mededingingsbeperkingen die gepaard gaan met de samenwerking, moeten onontbeerlijk zijn om het (bovenwettelijke) duurzaamheidsdoel te bereiken en daar evenredig aan zijn. Geschikte alternatieven moeten in kaart worden gebracht waarna behoort te worden gekozen voor het minst beperkende alternatief, zowel qua *middel* als qua *aard en intensiteit*.

Ten aanzien van het gekozen *middel* overweegt de Europese Commissie dat bij vaste toeslagen relevant is of de extra kosten van de landbouwers kunnen worden onderscheiden van reguliere kosten die geen verband houden met de duurzaamheidsnorm.<sup>44</sup>

Voor de beoordeling van de *aard en intensiteit* is de vraag of een vaste vergoeding onontbeerlijk is, of dat die bijvoorbeeld kan worden vervangen door een minimumvergoeding. Ook moet worden getoetst of nodig is dat de duurzaamheidsvergoeding *alle* meerkosten van de landbouwers dekt. De Europese Commissie lijkt kritisch, maar onhaalbaar is het niet. De EC Richtsnoeren Horizontale Samenwerking geven een voorbeeld over een prijsstoeslag voor varkenshouders die varkens meer ruimte geven; die prijsstoeslag is waarschijnlijk onontbeerlijk als die gelijk is aan de winst die een varkenshouders derft door een lagere opbrengst als gevolg van het feit dat hij minder varkens kan houden, als andere prijscomponenten nog vrijelijk kunnen meebewegen met veranderingen op de markt. Die prijsstoeslag zou zelfs een kleine winstmarge mogen bevatten om de varkenshouders te stimuleren om zich in te spannen om aan de duurzaamheidsnorm te voldoen.<sup>45</sup>

Ondernemingen die twifelen of artikel 210 *bis* GMO-Vo van toepassing is, kunnen de Europese

38 Richtsnoeren van de Commissie inzake de uitsluiting van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie voor duurzaamheidsvereenkomsten van landbouwproducenten krachtens artikel 210 bis van Verordening (EG) nr. 1308/2013, PB C/2023/1446.

39 Leidraad samenwerking landbouwers Versie 2.0 (vernieuwd op 24 januari 2024, ACM/23/182143). Lezenswaardig is ook het artikel van C.L. Wolberink en C.J.A. van der Weide, *Biedt samenwerking kansen voor verduurzaming van de landbouw?*, TVAR 2023/12, p. 835-846.

40 Leidraad samenwerking landbouwers Versie 2.0 (p. 17) en EC Richtsnoeren duurzaamheidsvereenkomsten landbouw (p. 48-49).

41 Artikel 210 bis lid 3 GMO-Vo.

42 EC Richtsnoeren voor duurzaamheidsvereenkomsten in de landbouw, punt 100.

43 EC Richtsnoeren voor duurzaamheidsvereenkomsten in de landbouw, punt 5.5, voorbeeld 3 (p. 35).

44 EC Richtsnoeren voor duurzaamheidsvereenkomsten in de landbouw, punt 118.

45 EC Richtsnoeren voor duurzaamheidsvereenkomsten in de landbouw, voorbeeld pagina 34 (bij stap 2, *Onontbeerlijkheid van de aard en de intensiteit van de beperking*).

Commissie om advies vragen.<sup>46</sup> Als op enig moment blijkt dat niet langer wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 210 *bis* GMO-Vo, dan worden geen sancties opgelegd<sup>47</sup> maar is de Europese Commissie wel verplicht om ondernemingen in kennis te stellen dat zij in de toekomst het kartelverbod zal kunnen toepassen. Met “niet langer” lijkt te zijn bedoeld dat kan worden ingespeeld op ontwikkelingen in EU- of nationaal recht waardoor de duurzaamheidsnorm niet langer bovenwettelijk is<sup>48</sup> of een gegroeide bereidheid van consumenten en supermarkten om voor duurzamere producten te betalen.<sup>49</sup>

De ACM heeft artikel 210 *bis* GMO-Vo niet (kenbaar) betrokken bij de beoordeling van de OPP-duurzaamheidsvergoeding. Dit hoefde zij ook niet te doen omdat haar conclusie was dat de afspraak de mededinging niet merkbaar beperkt.

## 6. Vrijstelling vanwege efficiencyvoordelen

Als een afspraak niet de strekking of het merkbare gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt, niet onder artikel 210 *bis* GMO-Vo valt en ook niet kwalificeert als nevenrestrictie, dan is er nog de mogelijkheid een beroep te doen op het zogenaamde efficiencyverweer.<sup>50</sup> Hiervoor moeten ondernemingen kunnen aantonen dat wordt voldaan aan vier cumulatieve voorwaarden:

- De overeenkomst (in dit geval het OPP-keurmerk) heeft voordelen die bijdragen tot verbetering van de productie, de verdeling van producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang.
- Een billijk aandeel van die voordelen komt ten goede aan de gebruikers, de directe en indirecte kopers van de OPP-producten.
- Er worden geen beperkingen opgelegd die niet noodzakelijk zijn om de efficiencyvoordelen te bereiken.
- De mededinging mag niet volledig worden uitgeschakeld.

Dat duurzaamheidsafspraken efficiencyvoordelen kunnen meebrengen, blijkt uit de EC Richtsnoeren Horizontale Samenwerking.<sup>51</sup> De voordelen moeten objectief, concreet en controleerbaar zijn.<sup>52</sup>

De tweede voorwaarde – een billijk aandeel van de voordelen komt ten goede aan de gebruikers – komt in de praktijk pas aan de orde na de derde voorwaarde van onmisbaarheid.<sup>53</sup> Bij ‘gebruikers’ gaat het om de afnemers van de landbouwers, waaronder de supermarkten, en de consumenten. De voordelen – bijv. vergroting van het aanbod duurzame producten – moeten de hogere prijs als gevolg van de duurzaamheidsvergoeding tenminste neutraliseren.<sup>54</sup> Bij ‘voordelen’ gaat het niet alleen om individuele voordelen van eigen gebruik (bijvoorbeeld smaakvoller fruit, of de waarde die een consument hecht aan niet-bespoten producten) maar ook om collectieve voordelen zoals een beter milieu. Dit laatste wel op voorwaarde dat er voldoende overlap is tussen de kopers van de OPP-producten en de groep die profiteert van de collectieve milieubaten.

De derde voorwaarde vereist dat de overeenkomst, als zodanig en elke mededingingsbeperking die daaruit voortvloeit, redelijkerwijs noodzakelijk is om de beweerde voordelen te behalen. Er mogen geen andere praktisch haalbare en minder beperkende middelen zijn om die voordelen te verwezenlijken. Samenwerking kan o.a. noodzakelijk zijn om een duurzaamheidsdoel op kostenefficiëntere wijze te verwezenlijken, om een voldoende schaal te bereiken om de vaste kosten van het keurmerk te dekken, om meeliftgedrag te voorkomen of om gebruikers te informeren over de duurzaamheidsvoordelen van producten, bijvoorbeeld omdat consumenten anders niet begrijpen waarom de prijs hoger is.<sup>55</sup> Hier rijst weer de vraag of noodzakelijk is dat *alle* meerkosten worden verdisconteerd in de OPP-duurzaamheidsvergoeding en waarom niet kan worden volstaan met een geadviseerde vergoeding, een minimumvergoeding of een afspraak om minimum afnamevolumes overeen te komen met de supermarkten.

46 Artikel 210 *bis* lid 6 GMO-Vo.

47 EC Richtsnoeren voor duurzaamheidsovereenkomsten in de landbouw, punt 169.

48 EC Richtsnoeren voor duurzaamheidsovereenkomsten in de landbouw, punt 171.

49 Zie ook paragraaf 6.5 (*Permanente en voortdurende toetsing van de onontbeerlijkheid*) van de EC Richtsnoeren voor duurzaamheidsovereenkomsten in de landbouw.

50 Artikel 6 lid 3 Mededingingswet en artikel 101 lid 3 VWEU.

51 EC Richtsnoeren Horizontale Samenwerking, punt 557.

52 EC Richtsnoeren Horizontale Samenwerking, punt 559.

53 Voordelen die samenhangen met niet-noodzakelijke mededingingsbeperkingen, moeten namelijk buiten beschouwing worden gelaten.

54 EC Richtsnoeren Horizontale Samenwerking, punt 569.

55 EC Richtsnoeren Horizontale Samenwerking, punt 562-567.



## 7. Beleidsregel Toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken

In oktober 2023 introduceerde de ACM de Beleidsregel Toezicht ACM. Hierin geeft de ACM aan dat zij geen boetes zal opleggen voor mededingingsbeperkende afspraken in twee situaties:

- De afspraken zijn noodzakelijk om te voldoen aan wettelijke milieueisen die niet volledig worden gehandhaafd.<sup>56</sup>
- De afspraken zijn noodzakelijk om milieuschade te voorkomen of verminderen, waarbij de milieuvoordelen voldoende opwegen tegen de mogelijke nadelen voor de mededinging, de consumenten een *merkebaar* en *objectief* aandeel van de milieuvoordelen ontvangen en er restconcurrentie blijft bestaan.<sup>57</sup>

Om deze ‘bescherming’ te krijgen is nodig dat de ACM (i) in een informele beoordeling heeft aangegeven dat de afspraak verenigbaar lijkt met de mededingingsregels; (ii) heeft aangegeven geen nader onderzoek te doen naar aanleiding van een verzoek om een afspraak te beoordelen of (iii) dat ondernemingen de beleidsregel aantoonbaar te goeder trouw hebben gevolgd en de duurzaamheidsafpraak publiekelijk bekend hebben gemaakt. Bij de Europese Commissie geldt een vergelijkbaar systeem waar, na inwinning van een informeel advies, geen sanctie zal worden opgelegd.<sup>58</sup>

De informele beoordelingen van de ACM en de Europese Commissie scheppen geen verdere rechten en verplichtingen voor de aanvragers. Zij zijn ook niet bindend tegenover derden en ook niet voor rechterlijke instanties en andere mededingingsautoriteiten.

## 8. Het oordeel van de ACM over de verplichte duurzaamheidsvergoeding

De ACM komt tot de conclusie dat de invoering van de OPP-duurzaamheidsvergoeding door SMK niet in strijd is met het kartelverbod omdat het niet

aannemelijk is dat het duurzaamheidsinitiatief tot gevolg heeft dat de concurrentie merkbaar wordt beperkt.

De ACM beoordeelt eerst de context waarin het duurzaamheidsinitiatief tot stand is gekomen. Hierbij acht zij relevant dat de invoering van een verplichte duurzaamheidsvergoeding het OPP-keurmerk moet beschermen en SMK in staat moet stellen het OPP-keurmerk verder uit te bouwen om zo bij te dragen aan de duurzaamheidstransitie van de landbouw. Dit lijken de overwegingen op grond waarvan de ACM heeft gemeend dat geen sprake is van een mededingingsbeperking naar *strekking* maar zoals gezegd blijkt dit niet volkomen duidelijk uit de informele beoordeling.

Kijkend naar de *gevolgen* van de afspraak, concludeert de ACM dat niet aannemelijk is dat de duurzaamheidsvergoeding de concurrentie *merkebaar* zal beperken:

- De landbouwproducent is vrij om zijn eigen verkoopprijs te bepalen.
- Iedere afzonderlijke landbouwproducent heeft maar een beperkt marktaandeel.
- Hun gezamenlijke marktaandeel is beperkt.
- Supermarkten zijn niet verplicht om OPP-producten te kopen.
- Het is niet waarschijnlijk dat de consumentenprijs merkbaar zal stijgen omdat de duurzaamheidsvergoeding maar een gering deel is van de inkoopprijs van supermarkten en zij betalen in sommige gevallen al duurzaamheidsvergoedingen.
- De ACM betwijfelt dat supermarkten hun eventuele kostenstijging zullen doorberekenen: zij zijn daartoe niet verplicht, ondervinden sterke concurrentie van andere supermarkten en consumenten zijn weinig bereid om een prijs te betalen die alle meerkosten van de supermarkt dekt.<sup>59</sup>

Opvallend is dat de ACM niet benoemt of de OPP-duurzaamheidsvergoeding in aanmerking komt voor de zachte safe harbour van de EC Richtsnoeren Horizontale Samenwerking. In de informele beoordeling

<sup>56</sup> Beleidsregel Toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken, punt 20-21.

<sup>57</sup> Beleidsregel Toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken, punt 22-23.

<sup>58</sup> Mededeling van de Commissie over informeel advies betreffende nieuwe of onopgeloste vragen met betrekking tot de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven), PbEU 2022/C 381/07, punt 23-27.

<sup>59</sup> De ACM verwijst naar “onderzoek” zonder bronvermelding. Waarschijnlijk gaat het hier om het Hoofdrapport derde Agro Nutrimonitor 2022 van Wageningen Economic Research die in opdracht van de ACM heeft onderzocht of de meerkosten van producten van boeren en tuinders die voldoen aan bovenwettelijke duurzaamheidseisen, door de prijs worden gedekt.

worden slechts enkele van de zes voorwaarden door de ACM nagelopen.

Uit de zaak Initiative Tierwohl volgt dat de adoptiegraad van een keurmerk een factor van belang is. De ACM heeft niets gezegd over de marktdekking of adoptiegraad van het OPP-keurmerk, terwijl er toch aanwijzingen zijn dat het OPP-keurmerk wat dit betreft aan de hoge kant zit en wellicht ook boven de 20% genoemd in de zesde voorwaarde van de zachte safe harbour.

Het was interessant, maar voor de ACM begrijpelijkerwijs overvloedig geweest als was ingegaan op het toenemende belang voor supermarkten om duurzame AGF-producten in de schappen te hebben en de eventuele mogelijkheid dat nu of in de toekomst op duurzaamheid wordt geconcurrereerd. Factoren zoals adoptiegraad van een keurmerk en de concurrentie tussen supermarkten op duurzaamheid, worden mogelijk wel meegenomen in toekomstige soortgelijke zaken.

## 9. Conclusie

Prijsafspraken of afspraken over toeslagen in het kader van duurzaamheidsinitiatieven zijn onderworpen aan een strenge toets. De invoering van artikel 210 *bis* GMO-Vo en de bereidheid van de ACM en Europese Commissie om *guidance* te geven en hun beleid geen boetes op te leggen hebben lucht gebracht, maar het is nog niet volkomen duidelijk hoe afspraken tussen ondernemingen over vaste vergoedingen ter dekking van kosten voor duurzaamheidsinspanningen worden getoetst. Wanneer voldoet een dergelijke afspraak aan de voorwaarden van artikel 210 *bis* GMO-Vo, meer specifiek de onontbeerlijkheidstoets? In welke situatie kwalificeren duurzaamheidstoelagen als strekkingsbeperking? Wanneer is sprake van merkbare gevolgen, welke elementen wegen het zwaarst en zijn andere elementen wellicht flexibeler? Hoe zit het met de adoptie van een duurzaamheidskeurmerk en duurzaamheid als concurrentieparameter?

Dit hoeft natuurlijk allemaal niet uit één informele beoordeling te blijken, maar het was nuttig geweest als de ACM haar beoordeling in de zaak OPP uitbreider had gemotiveerd. In ieder geval kan bij een volgende beoordeling duidelijker blijken in hoeverre vaste duurzaamheidsvergoedingen alle meerkosten

van landbouwers mogen dekken. Geldt dat inderdaad alleen voor bovenwettelijke inspanningen, is vereist dat de kosten duidelijk te onderscheiden zijn van reguliere kosten zoals vermeld in de EC Richtsnoeren Horizontale Samenwerking? Zo ja, wat zijn reguliere kosten precies en wat te doen met kosten die een mix zijn? Tenslotte zou het goed zijn te weten of bij de vaststelling van de hoogte van een duurzaamheidsvergoeding rekening moet worden gehouden met de bereidheid van supermarkten om een hogere prijs te betalen voor duurzame(re) producten.

Als gevolg van de informele beoordeling in deze zaak heeft SMK verzekerd dat de ACM vooralsnog geen boetes zal opleggen, althans niet als het gaat om de duurzaamheidsvergoeding voor AGF-producten. Er is een voorbehoud gemaakt dat de ACM uitgaat van de door SMK verstrekte informatie, maar niet voor ontwikkelingen zoals de adoptie van het OPP-keurmerk. Wel kan de ACM later onderzoek doen en concluderen dat SMK de regeling alsnog in lijn met de mededingingsregels moet brengen. Als SMK dat niet voortvarend zal doen, kan de ACM alsnog een boete opleggen.<sup>60</sup> Overigens beschermt de informele beoordeling SMK niet tegen boetes van mededingingsautoriteiten in andere landen waar de OPP-producten worden verkocht of gekocht, of van de Europese Commissie.

Ondernemingen en verenigingen die zijn betrokken bij duurzaamheidsinitiatieven, hebben belang bij duidelijkheid. De door ACM en de Europese Commissie geschapen mogelijkheid om die duidelijkheid te krijgen via een informele beoordeling en de bescherming tegen boetes zijn waardevol voor de ondernemingen zelf, maar het zou helemaal mooi zijn als die beoordelingen ook andere marktpartijen *guidance* geven. Ongetwijfeld komen er nog meer beoordelingen die inzicht kunnen geven. De SMK heeft in ieder geval al aangegeven bij uitbreiding van de OPP-duurzaamheidsvergoeding naar andere producten, weer 'de goedkeuring' van de ACM te vragen.

## Over de auteur

mr. E.D. (Esther) van Aalst is advocaat bij COMP. lawyers, gespecialiseerd in het mededingingsrecht.

60 Beleidsregel Toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken, punt 40.