



EUROPEAN COMMISSION
Competition DG

Director General

Brussels, 26.02.2016
COMP/A4/D*011157

Mr Maarten Camps
Secretary-General
Ministry of Economic Affairs
Postbus 20101
2500 EC Den Haag
Nederland

E-mail:

Dear Mr Camps,

My services and I have followed with growing concern the recent discussions to amend the "Beleidsregel mededinging en duurzaamheid" (the 'Beleidsregel'). The public consultation document of 23 December 2015 sets out your proposed policy on how competition law should take into account the fact that agreements aim to further sustainability.

My services and I fully subscribe to the fundamental importance of the policy objectives that you refer to as sustainability. The EU competition rules, as interpreted by the European Court of Justice, already provide scope to take into account such objectives. Indeed, I fully support that companies embrace their corporate social responsibility and also use the scope available to promote sustainability through joint initiatives.

There are however certain limits as to how competition law – as compared to other legal instruments – can take sustainability into account. The relevant Treaty articles on competition do not empower the Commission, or the national competition authorities, to enter into delicate balancing acts weighing sometimes contradictory public interests when assessing such initiatives by business. EU competition law, however, allows us to take into account sustainability concerns when and to the extent that these also are perceived as benefits in the eyes of the actual consumers in the relevant market (as compared to society as a whole). Within these limits, companies can develop their corporate social responsibility to further sustainability objectives. If certain policy goals are considered valuable for society as a whole, while not by the consumers in the relevant market, regulation is the right tool to safeguard them and not competition law. In other words, competition law does not stand in the way of regulation to achieve these goals, but cannot substitute for the absence of such regulation.

The current Beleidsregel of 2014, and the subsequent ACM vision document, were adopted after discussion with DG Competition and the final texts were considered to fall within the boundaries of what EU competition law allows. For your convenience I attach the letter sent by my predecessor Alexander Italianer to Anita van den Ende in 2013.

During the discussions in 2013/14 it was already noted that requiring the ACM to pursue a policy deviating from EU law would not only undermine the independent assessment of the ACM but, if such policy would be implemented by the ACM, would obviously also bring it into conflict with EU law requirements. This is precisely what certain of the amendments to the current Beleidsregel could result in, namely requiring the ACM to adopt decisions applying national law that would likely not be in line with the EU competition rules. Moreover, while the Beleidsregel in theory would only apply to cases under national law, it would also run counter to the application of EU competition law in cases where there is a potential effect on trade between Member States, a threshold which is easily met for agreements with a national scope. According to Article 3 of Regulation 1/2003, the application of national law may in such cases not deviate from the way in which EU competition law is applied.

The above is even more important because sustainability, while not defined in the provisions of the draft Beleidsregel, is considered to be a wide concept which comprises ecology and the environment, but also public health, animal welfare and fair trade (see §1.2 of the current and draft Beleidsregel). The reach of the Beleidsregel is thus potentially quite wide.

The following are the main problems I see with the draft Beleidsregel published on 23 December 2015. My services have in addition some more technical comments, for which direct contact and discussion at services level seems the more efficient way forward.

First, the draft Beleidsregel expresses the wish and requires the ACM (by its changes to Article 2(a) and (b), but see also §1.1, §3.1 and § 3.3 of the draft Beleidsregel) to take into account not just the positive and negative effects for the users of the product in question, but also the effects for the Dutch society as a whole, when applying Article 6(3) of the Dutch competition law in combination with Article 101(3) TFEU. The draft text expressly wants the ACM to take into account the effects on Dutch citizens who do not buy/use the product in question. This is in clear contradiction with EU case law and the Commission Guidelines on the application of Article 81(3) (now 101(3)), as previously set out in our letter of November 2013 on this matter (see Annex).

Second, we understand that the requirement in Article 2(a) of the draft Beleidsregel to assess a package of agreements in its totality also stems from the recent experience in the context of the Energy Agreement. Indeed, the draft Beleidsregel seems to criticise the way in which the ACM has assessed the latter and, in particular, for having only looked at that part regarding the early closure of the coal-fired power plants (page 8, first and second paragraph of the draft Beleidsregel). While in certain circumstances it may be necessary to assess a package of agreements in its entirety, it can certainly not be the rule. Whether or not the entire package of agreements should be taken into account forms part of the assessment under the third condition of Article 101(3), which deals with the indispensability of the restrictions. Only if the efficiencies of the other parts of the package of agreements cannot be achieved without the specific agreement restricting competition, the benefits from those other agreements in the package can be taken into account in the assessment under Article 101(3). In other words, the agreement restricting competition must be (reasonably) necessary for the benefits caused by the other parts of the package to materialise in order to meet the requirement of indispensability. If the efficiencies of the other parts of the package of agreements can still be achieved without the agreement restricting competition or through a less restrictive alternative measure, the third condition of Article 101(3) is not fulfilled. The text of the draft Beleidsregel thus gives the impression that it aims to amend and weaken the third condition of indispensability of Art 101(3) TFEU, which should be avoided.

More generally, by referring to recent ACM decisions, in the cases 'Kip van Morgen' and 'Energieakkoord', as interventions that are considered to have hindered supposedly laudable sustainability initiatives (§1.1 and §3.2 of the draft Beleidsregel), the impression is created that the ACM is instructed to make a different assessment in such cases in the future. However, there is nothing that indicates – quite to the contrary I would argue – that the ACM has applied Article 6 of the Dutch Competition law and Article 101 TFEU incorrectly in these cases.

Third, it would be helpful if all references to the case law and to the Commission Guidelines on the application of Article 81(3) that are in the current Beleidsregel, would be maintained. Similarly, it would be helpful if a number of other useful sentences, for instance requiring the assessment to be based on the effects on users of the product in question, would be maintained. We believe that these references and sentences may help parties to an agreement to properly carry out their self-assessment, which is one of the stated goals of the document.

The draft Beleidsregel acknowledges that the ACM needs to operate in accordance with the existing legal framework and that Article 6 of the Dutch competition law is meant to be applied in line with Article 101 TFEU (§1.5 and §1.1 of the draft Beleidsregel). It also states that the draft Beleidsregel intends to take into account the EU legal framework (§1.5 of the draft Beleidsregel). In order to achieve these welcome objectives, I would invite you to seriously consider our concerns set out above and amend the Beleidsregel accordingly. For this purpose I propose that our respective services take further contact to see how this can concretely be achieved.

Finally, I am happy to inform you that, following your request, we are planning to have a discussion within the European Competition Network (ECN) on the relation between competition law enforcement and sustainability. This discussion is foreseen to take place at the next ECN Plenary meeting on 13 April 2016. My colleagues will inform your services about the outcome of that meeting, to allow you to take into consideration the views of all competition authorities in the EU on this matter. I would therefore assume that you will await the results of this meeting before adopting a new Beleidsregel.

Sincerely,

Johannes LAITENBERGER

Annex: Letter to Mrs van den Ende of 20 November 2013 on the previous "Beleidsregel mededinging en duurzaamheid"

Cc: Mr Chris Fonteijn, Chairman of ACM



EUROPEAN COMMISSION
Competition DG

Director General

Brussels, 20 NOV. 2013
COMP/A4/JC/vb/115269

Via e-mail

Mevrouw Anita van den Ende
Directeur Mededinging en
Consumenten
Ministerie van Economische Zaken
Postbus 20101
2500 EC Den Haag
Nederland

E-mail

Onderwerp: Concept beleidsregel mededinging en duurzame ontwikkeling

Geachte mevrouw van den Ende,

Aansluitend op onze vergadering van 20 juni 2013 omtrent de plannen van het Ministerie van Economische Zaken voor een beleidsregel inzake mededinging en duurzame ontwikkeling, hebben wij een aantal opmerkingen op uw ontwerp tekst die we graag met u willen delen. Het betreft hier de concept beleidsregel en toelichting van 26 juni 2013.

De concept beleidsregel, in combinatie met de toelichting, legt op gedetailleerde wijze vast hoe de voor duurzaamheidsinitiatieven kenmerkende aspecten door de ACM moeten worden betrokken in de beoordeling van een uitzondering op het kartelverbod overeenkomstig artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet. Tegelijkertijd beoogt de concept beleidsregel inclusief toelichting de toepassing van artikel 6, derde lid, voor ondernemers te verduidelijken en, meer in het bijzonder, vast te leggen welke specifieke aspecten aangaande duurzame ontwikkeling de ACM dient mee te wegen. Echter, vanwege het gedetailleerde karakter van de concept beleidsregel (inclusief toelichting) en zijn schijnbaar dwingende aard¹, lijkt er ons nog weinig beoordelingsvrijheid voor de ACM terwijl het toch zijn taak is om een concrete beoordeling te maken overeenkomstig de ruimte die artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet biedt.

¹ Pagina 4: "aspecten waar rekening mee moet worden gehouden in deze beoordeling". Pagina 5: "Met onderhavige beleidsregel wordt vastgelegd hoe de voor duurzaamheidsinitiatieven kenmerkende aspecten moeten worden betrokken in de beoordeling ..."

Bovendien, in plaats van klaarheid te scheppen inzake de verhouding tussen mededinging en duurzame ontwikkeling, riskeert de beleidsregel (inclusief toelichting) de juridische onzekerheid te vergroten aangezien deze op bepaalde punten afwijkt van de tekst van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet en de ontwerp position paper van de ACM. Dit is voornamelijk het geval voor de test onder artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet doordat in artikel 2, onder a) en b) van de concept beleidsregel telkens de zinsnede "in voorkomend geval, [worden] de voordelen voor de samenleving als geheel meegewogen" wordt gebruikt. De soms onduidelijke beschrijving in de toelichting (blz. 3, 4 en 5), draagt verder bij tot die juridische onzekerheid.²

Zoals verduidelijkt tijdens onze vergadering in juni, zijn wij van oordeel dat de toets onder artikel 101, derde lid, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU), die met name ook richtinggevend is voor de beoordeling onder artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet wanneer beide grondslagen als rechtsbasis worden gebruikt, geen ruimte voorziet voor een dergelijke ruime afweging waarbij doelstellingen van algemeen belang of voordelen voor de burger of samenleving als geheel worden meegewogen. Terwijl het wel mogelijk is om ook voordelen voor toekomstige gebruikers mee te laten wegen, vereist artikel 101, derde lid, VWEU dat de voordelen ten goede komen aan de gebruikers van de betreffende goederen of diensten. Voordelen voor de burger of de samenleving als geheel worden in dat kader niet aanvaard. Deze test van het consumentenbelang wordt uiteindelijk ook op blz. 6 van de toelichting zelf correct weergegeven, waaruit des te meer blijkt dat het eerder vermelde meewegen van "voordelen voor de samenleving als geheel" geen nieuwe elementen toevoegt.

Op basis van deze opmerkingen, zouden wij u adviseren om artikel 2, onder (a) en (b), van de beleidsregel aan te passen door de toevoeging "in voorkomend geval, de voordelen voor de samenleving als geheel meegewogen" te schrappen. De toelichting bij de beleidsregel dient dan in dezelfde zin te worden aangepast zodat niet langer de indruk wordt gewekt dat andere voordelen dan deze voor de (huidige of toekomstige) gebruiker van het goed of de dienst in overweging kunnen worden genomen onder artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet.

Tenslotte, lijkt het ons wenselijk dat de toekomstige beleidsregel enkel het algemene kader uitzet waarbinnen de ACM zijn concrete beoordeling dient te maken en dat de ACM in dat verband voldoende beoordelingsvrijheid behoudt om effectief en in overeenstemming met het Europese kader zijn bevoegdheden uit te oefenen.

Hoogachtend,

Alexander ITALIANER

² Pagina 3 "De beleidsregel ontslaatwat hiertoe benodigd is." geeft de indruk dat er slechts twee ipv vier condities voor vrijstelling zijn. Pagina 4 "Wanneer de positieve effecten van een afspraak ... met de doelstellingen van de communautaire mededingingsregels." en pagina 5 "De voorwaarde dat gebruikers een billijk aandeelvoortvloeiën." geeft de indruk dat een algemene welvaartstest ipv een consumenten welvaartstest wordt gehanteerd. Pagina 6 "Op het moment datdat deze niet net iets verder gaat dan noodzakelijk is" geeft een nieuwe maar niet verder onderbouwde uitleg aan het onmisbaarheids criterium.