



Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 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

De Minister van Economische Zaken;

Gelet op artikel 21, eerste lid, van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en artikel 5 van de Mededingingswet;

Besluit:

Artikel 1

In deze beleidsregel wordt onder afspraken verstaan: overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen.

Artikel 2

Bij de toepassing van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet op mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid betreft de Autoriteit Consument en Markt bij de beoordeling of aan de voorwaarden wordt voldaan de volgende voor duurzaamheid specifieke aspecten:

- a. bij de voorwaarde dat de afspraken dienen bij te dragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, worden tevens de voordelen die zich op langere termijn zullen voordoen meegewogen, wordt gekeken naar de voordelen voor de samenleving als geheel en wordt gekeken naar de voordelen van alle onderdelen van de afspraken die onlosmakelijk met elkaar samenhangen;
- b. bij de voorwaarde dat de uit de verbetering van de productie of van de distributie of uit de bevordering van de technische of economische vooruitgang voortvloeiende voordelen voor een billijk aandeel de gebruikers ten goede komen, worden tevens de kwantitatieve of kwalitatieve voordelen voor de gebruikers die zich op langere termijn zullen voordoen meegewogen;
- c. bij de voorwaarde dat de afspraken geen beperkingen opleggen die voor het realiseren van de duurzaamheidsdoelstellingen niet onmisbaar zijn, wordt in voorkomend geval rekening gehouden met het gegeven dat wanneer een onderneming zelfstandig acties verricht ten behoeve van duurzaamheid, de onderneming wegens stijgende productiekosten marktaandeel kan verliezen en de winst kan zien dalen, wat de onderneming de prikkel kan ontnemen om duurzaamheidsinitiatieven te nemen;
- d. bij de voorwaarde dat afspraken niet de mogelijkheid geven voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen, wordt de mogelijkheid van voldoende concurrentie op andere concurrentieparameters van het product of de dienst dan het duurzaamheidselement meegewogen.

Artikel 3

De Beleidsregel mededinging en duurzaamheid wordt ingetrokken.

Artikel 4

Deze beleidsregel treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van de Staatscourant waarin hij wordt geplaatst.

Artikel 5

Deze beleidsregel wordt aangehaald als: Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016.



Deze beleidsregel zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

's-Gravenhage, 30 september 2016

*De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp*



TOELICHTING

§ 1. Inleiding

1.1 Aanleiding en reikwijdte

Deze Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016 vervangt de Beleidsregel mededinging en duurzaamheid van 8 mei 2014¹. De aanleiding voor deze wijziging is casuïstiek waarin het spanningsveld tussen mededinging en duurzaamheid wederom naar voren kwam en/of verduurzamingstrajecten werden belemmerd. Voorbeelden hiervan zijn afspraken tussen supermarkten, pluimveeslachterijen en pluimveehouders over duurzamer geproduceerd pluimveevlees (de zogenaamde Kip van morgen), samenwerking tussen textielproducenten over leefbare lonen in productielanden, alsook gezamenlijke afspraken over het sluiten van vijf kolencentrales. Na de analyse van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) van de afspraken rond de Kip van morgen is door de staatssecretaris van Economische Zaken toegezegd te bezien of de Beleidsregel mededinging en duurzaamheid toereikend is². Ik heb in mijn brief van 13 juli 2015³ opgemerkt positief te staan tegenover duurzaamheidsinitiatieven die door bedrijven of maatschappelijke organisaties worden ondernomen. Marktpartijen wijzen er op dat de analyses van de ACM, in de vorm van zienswijzen bij de Kip van morgen en de sluiting van kolencentrales, een remmende werking hebben op duurzaamheidsinitiatieven die worden ontplooid. Dit is een ongewenste uitkomst, omdat het kabinet verduurzaming een belangrijk onderwerp vindt. Ik zal mij blijven inzetten om maximaal ruimte te zoeken binnen het bestaande mededingingskader en om zoveel mogelijk duidelijkheid te bieden aan partijen over de ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven. Te allen tijde ligt er een verantwoordelijkheid bij partijen die duurzaamheidsinitiatieven ontplooiën, zowel bij de betrokken ondernemingen als bij de betrokken maatschappelijke organisaties, om te beoordelen of de duurzaamheidsinitiatieven binnen het mededingingskader passen. Zij moeten de afspraken aan een self assessment onderwerpen. Het is hierbij belangrijk dat partijen onderbouwen waarom en hoe de afspraken passen binnen het mededingingskader. Deze aangepaste beleidsregel beoogt duidelijker en concreter richting te geven aan de ACM bij de beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven binnen het bestaande mededingingskader en is bedoeld om nog meer duidelijkheid te bieden aan partijen voor hun self assessment.

De beleidsregel stelt een aantal voor duurzaamheid specifieke aspecten vast die de ACM dient te betrekken bij de beoordeling van het mogelijk van toepassing zijn van de vrijstelling van het kartelverbod van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet. Hiermee wordt een voor duurzaamheid kenmerkend algemeen kader uitgezet waarbinnen de ACM haar concrete individuele beoordeling kan maken om, met behoud van haar beoordelingsvrijheid en in overeenstemming met het nationale en Europese mededingingsrechtelijke kader, haar bevoegdheden uit te oefenen. De beleidsregel is van toepassing op alle sectoren waarin duurzaamheidsinitiatieven worden ondernomen.

1.2 Duurzaamheid

De onderhavige beleidsregel is van toepassing op afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid. Er is geen definitie van het begrip duurzaamheid in deze beleidsregel opgenomen. Duurzaamheid is een breed begrip dat niet eenduidig te definiëren is. De VN-commissie Brundtland uit 1987 heeft een definitie van duurzame ontwikkeling gegeven die bepaalt dat dit de ontwikkeling is die aansluit op de behoeften van het heden zonder dat dit het vermogen van toekomstige generaties om in hun eigen behoeften te voorzien in gevaar brengt. Hiermee wordt verondersteld dat duurzaamheid gaat over de schaarste van de hulpbronnen waarmee welvaart wordt voortgebracht, zowel nu als in de toekomst. Hierbij valt in de eerste plaats te denken aan de bescherming van milieu en ecologie. Onder duurzaamheid wordt dikwijls ook volksgezondheid, dierenwelzijn en eerlijke handel geschaard. Bij duurzaamheid kan onder andere aan de volgende zaken worden gedacht:

- ontwikkelingen in productiemethoden die milieuvervuiling tegengaan, bijvoorbeeld door CO₂ emissies naar de lucht of het ontstaan van afval te voorkomen;
- ontwikkelingen in productiemethoden die het verlies aan biodiversiteit tegengaan, bijvoorbeeld door overbevissing van niet gereguleerde- of niet gequoteerde vissensoorten te voorkomen.
- ontwikkelingen van productiemethoden die dierenwelzijn verhogen naar een niveau dat aanzienlijk verder gaat dan de relevante dierenwelzijnsregelgeving, bijvoorbeeld bij de productie van vlees;
- ontwikkelingen van productiemethoden die gevaren voor de gezondheid van de mens tegengaan, bijvoorbeeld een verbetering van de arbeidsomstandigheden;
- ontwikkelingen waardoor producenten en arbeiders in ontwikkelingslanden een eerlijke prijs voor

¹ Stcrt 2014, 13375.

² Kamerstukken II 2014/15, 31 532, nr. 139.

³ Kamerstukken II 2014/15, 30 196, nr. 354.



hun producten ontvangen, bijvoorbeeld in de vorm van leefbare lonen bij de productie van voedsel of textiel.

1.3 Redenen voor samenwerking tussen concurrerende ondernemingen op het gebied van duurzaamheid

Er zijn verschillende redenen voor samenwerking op het gebied van duurzaamheid denkbaar, zoals gevallen waarbij marktpartijen op zichzelf niet in staat zijn om dergelijke initiatieven te nemen of wanneer een gezamenlijk label consumenten het vertrouwen kan geven dat het betreffende duurzame product inderdaad staat voor wat het zegt. Een andere reden voor samenwerking tussen concurrerende ondernemingen op het gebied van duurzaamheid kan zijn dat een onderneming negatieve externe effecten wil beperken of voorkomen, maar dat zij er van af ziet om dit zelfstandig te doen, omdat consumenten waarschijnlijk zullen overstappen naar een niet-duurzame variant als de onderneming de (vanwege een duurzamere productiewijze) stijgende productiekosten doorberekent in de prijs van het product. Hierdoor kan de onderneming marktaandeel verliezen en de winst zien dalen. Negatieve externe effecten zijn nevenproductie-effecten die, omdat ze buiten het prijs- en marktmechanisme vallen, niet in de prijs van het eindproduct zijn verrekend, zoals in het geval van milieuvuiling, verlies aan biodiversiteit en verslechterde volksgezondheid. Deze effecten worden door de gehele samenleving gedragen, maar komen niet in de marktprijzen tot uiting. Om deze negatieve externe effecten te voorkomen of te beperken kunnen gezamenlijke duurzaamheidsinitiatieven worden genomen door concurrerende marktpartijen, zodat ondernemingen niet tegen het zogenaamde 'first mover disadvantage' aanlopen. Het first mover disadvantage kan ondernemingen immers de prikkel ontnemen om zelfstandig initiatieven te nemen ten behoeve van duurzame ontwikkeling, terwijl in dergelijke gevallen afspraken tussen concurrerende ondernemingen op het gebied van duurzaamheid soms de enige mogelijkheid kunnen zijn om negatieve externe effecten van het productieproces, zoals milieuvuiling en overbevissing van niet gereguleerde- of niet gequoteerde soorten vissen te beperken of voorkomen.

1.4 Visiedocument mededinging en duurzaamheid

De ACM geeft in haar visiedocument mededinging en duurzaamheid, van 9 mei 2014, haar zienswijze over welke ruimte zij ziet voor duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod. De ACM wil, door verduidelijking van de juridische- en economische kaders van het vraagstuk hoe duurzaamheid binnen het kartelrecht past, voorkomen dat duurzaamheidsinitiatieven met positieve gevolgen voor de samenleving niet tot stand komen.

1.5 Europeesrechtelijk kader

Het verbod op mededingingsbeperkende afspraken en de mogelijke vrijstelling van dit verbod is een economisch beleidsveld dat Europeesrechtelijk is geregeld in artikel 101 van het Verdrag betreffende Werking van de Europese Unie (VWEU). De Europese Commissie houdt toezicht op de naleving van dit verbod. Artikel 101 van het VWEU heeft rechtstreekse werking in de EU-lidstaten, en wordt ook door de nationale mededingingsautoriteiten en rechters gehandhaafd. Voor de publiekrechtelijke handhaving is in Nederland de ACM verantwoordelijk. Artikel 6 van de Mededingingswet is geënt op het Europese kartelverbod en wordt door de ACM toegepast in overeenstemming met het Europese mededingingsrecht, zoals dit ook is bedoeld door de wetgever. Derhalve is bij de formulering van deze beleidsregel rekening gehouden met het Europeesrechtelijke kader dat wordt gevormd door de uitleg van de Europese Commissie (zoals de richtsnoeren en haar beschikkingenpraktijk) en uitspraken van het Europees Hof van Justitie.

§ 2. Wettelijk kader

2.1. Kartelverbod (artikel 6, eerste lid, Mededingingswet)

Op grond van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen (hierna: afspraken), die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst, verboden.

Wanneer de betreffende afspraak betrekking heeft op belangrijke aspecten van de mededinging, zoals prijs, kwaliteit of hoeveelheid, en daarmee negatieve gevolgen heeft voor de consument, is deze niet toegestaan. Wanneer een afspraak geen betrekking heeft op een belangrijke concurrentieparameter is het waarschijnlijk dat de mededinging niet wordt beperkt en dat de afspraak is toegestaan. Te denken valt aan afspraken die slechts over zuiver technische aspecten van de productie gaan en hierdoor geen



merkbare gevolgen hebben voor de mededinging, zoals in het geval van het onderling vaststellen van bepaalde standaarden.

Voorbeeld

Een in gezamenlijk overleg tot stand gekomen aanbeveling om het vetgehalte in voedingsmiddelen te verlagen beperkt de mededinging niet, omdat ondernemingen onder andere kunnen blijven concurreren op prijs, kwaliteit, smaak, imago⁴. Een vergelijkbaar geval betreft de afspraak om het zoutgehalte in voedingsmiddelen terug te dringen⁵.

Voorbeeld

Door afspraken gericht op zorgvuldig gebruik van antibiotica in de veehouderij wordt het risico op het ontstaan van antibioticaresistente bacteriën verminderd. Bestaande antibiotica kunnen effectief worden ingezet voor dierlijk gebruik, waardoor deze afspraken de volksgezondheid en de gezondheid van dieren dienen en daarmee welzijn bevorderen.

Tevens is het denkbaar dat een bepaalde afspraak slechts een zeer beperkt gedeelte van de markt dekt, waardoor voldoende ruimte overblijft voor mededinging buiten de betreffende afspraak en de afspraak geen merkbare mededingingsbeperkende gevolgen voor de consument heeft. Ook is het in bepaalde gevallen mogelijk dat een marktdekkende afspraak indirect van invloed is op een belangrijke concurrentieparameter, maar dat die invloed zeer gering is en geen merkbare mededingingsbeperking oplevert. Daarbij is dan wel van belang dat de ondernemingen hun vrijheid behouden op de overige concurrentieparameters, zodat kan worden geconcurrereerd op prijs, kwaliteit en service en er geen afzetgebied- of klantenverdeling plaatsvindt.

Voorbeeld

In 2008 oordeelde de ACM over een afspraak die zag op het terugdringen van het onverdoofd castreren van biggen⁶. Op zichzelf gezien raakte deze afspraak geen belangrijke concurrentieparameter, maar er was wel sprake van een zekere opwaartse prijsdruk. Deze druk was echter gering en tijdelijk. Er was sprake van een kortdurende afdracht door de supermarkten van 3 cent per kilo ingekocht vlees. De ACM oordeelde dat niet op voorhand kon worden geoordeeld dat de afspraak de mededinging beperkte. De ACM baseerde haar oordeel mede op het niet-marktdekkende karakter van de afspraak, zodat er voor consumenten nog steeds voldoende keuzemogelijkheden overbleven.

Voorbeeld

In de kledingbranche zijn er in het kader van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen in een convenant afspraken gemaakt over het betalen van een leefbaar loon aan fabrieksarbeiders in derde landen, bijvoorbeeld Bangladesh. Zeker wanneer betrokken ondernemingen de vrijheid houden op andere concurrentieparameters, is in dergelijke gevallen geen sprake van een inbreuk op mededingingswetgeving.

Hiernaast valt te denken aan afspraken die er slechts op zijn gericht de consument beter te informeren over de kwaliteit van bepaalde producten, zodat er geen opwaartse prijsdruk ontstaat.

Voorbeeld

Kwaliteitskeurmerken zoals het 'Kies Bewust' logo voor gezonde voeding. Dergelijke keurmerken worden op basis van objectieve criteria toegekend door onafhankelijke commissies.

Artikel 6, eerste lid, heeft betrekking op afspraken die ondernemingen in staat stelt de concurrentie op de markt te beperken, waardoor de consumentenwelvaart wordt verminderd. Afspraken die betrekking hebben op belangrijke concurrentieparameters, zoals de prijs, hoeveelheid of de locatie waar wordt gehandeld, behoren tot de zwaarste mededingingsbeperkingen en zijn doorgaans verboden op grond van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet.

⁴ Zie punt 330 van de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PbEU 2011, C 11/01.

⁵ Op instigatie van de Britse overheid (Food Safety Authority, FSA) kwamen Britse producenten overeen het zoutgehalte in hun voedingsmiddelen te verminderen.

⁶ Informele zienswijze ACM in zaak 6456 (2008).



Voorbeeld

Enkele supermarktketens maakten in 2001 de afspraak om de consument tien (gulden-) cent per liter melk extra in rekening te brengen (het melkdubbeltje) om de gestegen inkoopkosten als gevolg van mond- en klauwzeer te compenseren⁷. De ACM oordeelde dat deze afspraak in strijd was met het kartelverbod.

De hoofdregel is dat, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, ondernemingen steeds individueel hun prijs moeten bepalen. Ook afspraken waarbij concurrenten met elkaar afspreken om een bepaalde kostencomponent aan de afnemer door te berekenen (indirecte prijsafspraken) zullen doorgaans niet toegestaan zijn. De ACM heeft hier, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, verschillend over geoordeeld⁸. In de meeste gevallen werd de verplichte doorberekening niet toegestaan⁹.

2.2 Uitzonderingen op het kartelverbod (artikel 6, derde lid, Mededingingswet)

In het geval een afspraak tussen ondernemingen de concurrentie wel merkbaar beperkt, is het mogelijk dat de wettelijke vrijstelling van het kartelverbod op grond van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet van toepassing is. Op grond van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet geldt het kartelverbod niet voor afspraken die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen:

- a. beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of
- b. de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.

In artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet worden vier voorwaarden genoemd. Deze vier voorwaarden zijn cumulatief. Afspraken die de concurrentie beperken zijn alleen toegestaan indien zij voldoen aan deze vier voorwaarden. De voorwaarden moeten in onderlinge samenhang worden beschouwd. Dit betekent niet dat altijd aan alle voorwaarden evenveel gewicht hoeft te worden toegekend. Wanneer bijvoorbeeld een afspraak slechts een klein gedeelte van de markt dekt, wordt sneller voldaan aan de voorwaarde dat de mededingingsbeperkingen van de afspraak niet onmisbaar mogen zijn. Het bestaan van afdoende restconcurrentie borgt dat er voldoende keuzemogelijkheden voor de consument overblijven. Ook is het mogelijk dat indien de efficiëntievoordelen die een mededingingsbeperkende afspraak oplevert zeer groot zijn, dit in de totaalafweging opweegt tegen de negatieve gevolgen van de (gedeeltelijke) uitsluiting van restconcurrentie. De toetsing van de uit concurrentiebeperkende afspraken voortvloeiende beperkingen aan artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet vindt in beginsel plaats binnen de grenzen van de relevante markt(en) waarop de afspraak betrekking heeft.

Bij de beoordeling van de vier voorwaarden worden de nadelen die voortvloeien uit de concurrentiebeperking en de voordelen voor de consument in kaart gebracht. Efficiëntieverbeteringen kunnen toegevoegde waarde creëren door het verlagen van de kostprijs voor de productie van een bepaald product, het verbeteren van de kwaliteit van het product of het creëren van een nieuw product. Efficiëntieverbeteringen kunnen de welvaart van de gebruikers verhogen. Wanneer de positieve effecten van een afspraak opwegen tegen de negatieve, is de afspraak, alles samengenomen, welvaartsverhogend. Het netto-effect van dergelijke afspraken is het aanbieden van betere producten of betere productieprocessen, dan die welke zonder samenwerking worden aangeboden. Ook bij duurzaamheidsinitiatieven zullen de betrokken ondernemingen en, in voorkomend geval, de ACM moeten beoordelen of het duurzaamheidselement van het betreffende product of de dienst zodanige efficiëntieverbeteringen oplevert dat de beperking van de mededinging geoorloofd is.

⁷ Zaak 2432 (2001).

⁸ De zaak Stichting Wit- en Bruingoed is een voorbeeld waar het wel werd toegestaan. Het doel van de samenwerking was dat fabrikanten en importeurs van wit- of bruingoed gezamenlijk het wit- en bruingoed dat door consumenten niet meer werd gebruikt, inzamelden en verwerkten. Hiervoor betaalden consumenten een verwijderingsbijdrage bij aankoop van het product. Deze verplichte doorberekening werd alleen toegestaan voor zover de verwijderingsbijdragen betrekking hadden op de reële kosten van verwijdering van de historische voorraad aan afgedankt wit- en bruingoed en voor zover deze kosten waren ontstaan gedurende de overgangperiode die daarvoor geldt. Deze bijdrage werd verplicht doorberekend aan de volgende schakel in de distributieketen. Van deze bijdrage werden de inzamelaars en verwerkers betaald. Een ander voorbeeld waar het wel werd toegestaan is de eveneens uitzonderlijke zaak Stichting Papier Recycling Nederland. In deze zaak had de overeenkomst als doel om de inzameling en recycling van oud papier en karton van huishoudens te allen tijde veilig te stellen. Hierdoor werd de product-kringloop niet onderbroken, ook niet als de prijs voor oud papier en karton laag was. De verplichte doorberekening aan de volgende schakel in de bedrijfskolom werd toegestaan, omdat daarmee de het systeem op de meest efficiënte wijze van de grond kon komen.

⁹ Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland, zaak 492 (1999) en Stichting Batterijen, zaak 51 (1999).



2.3. Werking vrijstelling (artikel 6, vierde lid, Mededingingswet)

Op grond van artikel 6, vierde lid, van de Mededingingswet moeten ondernemers zelf bepalen of hun gedrag de concurrentie beperkt en, als dat het geval is, of de afspraak mogelijk onder de vrijstellingsvoorwaarde van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet valt en hiermee toch is toegestaan. Ondernemers die afspraken maken ten behoeve van duurzaamheid moeten in staat zijn om voldoende aannemelijk te maken dat de afspraken daadwerkelijk de efficiëntieverbeteringen zullen realiseren die door hen worden voorspeld. Tevens moeten zij in staat zijn om aan te tonen dat de betreffende beperkingen van de mededinging niet verder gaan dan noodzakelijk. Of aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet is voldaan, is ter beoordeling aan de ACM. Wanneer de onderbouwing van de voordelen van het duurzaamheidsinitiatief onvoldoende is, kan het initiatief niet worden geacht te zijn vrijgesteld van het kartelverbod. Deze bewijslast moet voorkomen dat ondernemingen oneigenlijke motieven gebruiken voor mededingingsbeperkende afspraken. Om te voorkomen dat ondernemingen onder de vlag van duurzaamheid afspraken maken die de mededinging beperken en de consument geen voordeel opleveren, nu of in de toekomst, zal de ACM nog steeds kritisch beoordelen of de afspraken geen beperkingen opleggen die voor het bereiken van deze doelstellingen onmisbaar zijn, noch de mogelijkheid geven om voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen de mededinging uit te schakelen. Het is niet ondenkbaar dat partijen hiertoe over gaan: er is voor producenten een prikkel om naast de duurzaamheidsafpraak ook een mededingingsbeperkende afspraak te maken die geen verband houdt met het duurzaamheidsbelang.

§ 3. De toepassing van de onderhavige beleidsregel op duurzaamheidsinitiatieven

3.1 Algemeen

De onderhavige beleidsregel stelt een aantal voor duurzaamheid specifieke aspecten vast die de ACM als toezichthouder dient te betrekken bij de beoordeling van het mogelijk van toepassing zijn van de vrijstelling van het kartelverbod. Daarnaast kan de beleidsregel aan ondernemingen houvast bieden, indien zij willen motiveren waarom hun afspraken aan de vrijstellingsvoorwaarden van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet voldoen. In de onderhavige beleidsregel wordt uitgegaan van een breed welvaartsbegrip, waarbij ook toekomstige voordelen worden meegewogen bij de vraag of de afspraak welvaartsverhogend is. Juist in het geval van duurzaamheidsinitiatieven doen de voordelen voor de gebruikers zich met name op langere termijn voor. Indien slechts de voordelen die zich direct voordoen worden meegewogen, is het lastig voor ondernemingen die zijn betrokken bij duurzaamheidsinitiatieven om aan te tonen dat de betreffende afspraak onder de streep welvaartsverhogend is. Per concurrentiebeperkende afspraak die is gemaakt ten behoeve van duurzame ontwikkeling zal aan de hand van de beleidsregel moeten worden beoordeeld of de betreffende afspraak aan de vier vrijstellingsvoorwaarden van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet voldoet. Deze beleidsregel biedt derhalve geen algemene vrijstelling van het kartelverbod voor afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzame ontwikkeling.

3.2. Eerste voorwaarde van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet: efficiëntieverbeteringen

Volgens de eerste voorwaarde van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet dient de beperkende afspraak bij te dragen tot de verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang (een efficiëntieverbetering). Bij deze eerste voorwaarde moet worden nagegaan wat de efficiëntieverbeteringen zijn die de afspraak oplevert. Wil een beroep op artikel 6, derde lid van de Mededingingswet slagen, moeten de positieve effecten van een afspraak opwegen tegen de negatieve mededingingseffecten ervan en dient te worden nagegaan wat het verband is tussen de afspraak en de beweerde efficiëntieverbeteringen en wat de waarde is van de efficiëntieverbeteringen.

Efficiëntieverbeteringen kunnen bijvoorbeeld bestaan uit het verlagen van de kostprijs voor de productie van een bepaald product, het verbeteren van de kwaliteit van het product, het creëren van een nieuw product of het verbeteren van het productieproces.

Voorbeeld

Een aantal producenten spreekt af om samen te gaan werken om nieuwe diervriendelijke of met eerlijke handel tot stand gebrachte producten op de markt te brengen. De consumenten van deze producten hechten er waarde aan dat de producten diervriendelijk of met eerlijke handel tot stand zijn gebracht en zijn bereid hier een hogere productprijs voor te betalen.



Efficiëntieverbeteringen in het geval van duurzaamheidsinitiatieven

Bij een klassiek geval van een overtreding van het kartelverbod, zoals prijsafspraken, wordt marktmacht gecreëerd met negatieve gevolgen voor de consument, zoals een hogere prijs. Bij een duurzaamheidsinitiatief werkt dit anders: de marktmacht die met de afspraak wordt gecreëerd, wordt gebruikt om duurzamere producten voort te brengen en, in bepaalde gevallen, om een negatief extern effect te internaliseren. Dit kan positieve welvaartseffecten tot gevolg hebben. Zo is het mogelijk dat door de afspraak minder hulpbronnen worden gebruikt bij de vervaardiging van geconsumeerde producten of dat er producten worden vervaardigd die langer meegaan, waardoor minder beslag wordt gelegd op hulpbronnen. Beide leiden tot meer efficiëntie. Zowel toekomstige baten als het vermijden van toekomstige lasten kan worden meegewogen bij deze eerste voorwaarde. Per geval zal moeten worden beoordeeld of de afspraken tot welvaartsverhoging leiden en op welke termijn dit naar verwachting zal gebeuren.

Bij het waarderen van de voor- en nadelen is het van belang dit dynamisch te bekijken. Dit betekent dat niet alleen wordt gekeken naar de situatie zoals die nu is, maar ook naar hoe die zich ontwikkelt. Sommige voor- en/of nadelen zullen namelijk niet direct na het uitvoeren van duurzaamheidsinitiatieven naar voren komen, maar zullen zich pas op een langere termijn manifesteren. Zo kunnen zich op een langere termijn schaalvoordelen voordoen, doordat (i) meer partijen mee gaan doen, (ii) meer ervaring is opgedaan met een nieuwe methode of (iii) andere methodes worden ontwikkeld. Daarnaast spelen ook de specifieke marktstructuren een rol. De energiemarkt werkt bijvoorbeeld anders dan de agronutri-keten of de kledingsector, en dat kan mogelijk een effect hebben op hoe de voor- en nadelen uitpakken. Overigens moet op het moment van beoordeling van deze voor- en/of nadelen objectief en reëel te verwachten zijn dat de betreffende voor- en/of nadelen zich daadwerkelijk voor zullen doen.

Naast de toekomstige voordelen van een afspraak, moet in geval van een duurzaamheidsinitiatief, bij de beantwoording van de vraag of de afspraken 'bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang' ook de voordelen van een afspraak voor de samenleving als geheel worden beoordeeld. Dit houdt in dat niet alleen de voordelen die gebruikers van een product hebben van een duurzaamheidsinitiatief worden meegewogen, maar ook de voordelen die niet-gebruikers van een product van dit initiatief hebben. Niet-gebruikers kunnen voordeel hebben van een duurzaamheidsinitiatief doordat zij bijvoorbeeld profiteren van positieve milieueffecten of verbeterd dierenwelzijn waarderen. Dit laat overigens onverlet dat de tweede voorwaarde van artikel 6, derde lid, Mededingingswet inhoudt dat een billijk aandeel van deze voordelen voor de samenleving als geheel, de gebruikers ten goede moet komen (zie ook hierna onder 3.3).

Wat regelt deze beleidsregel voor deze voorwaarde?

De onderhavige beleidsregel stelt dat bij de beoordeling van deze voorwaarde tevens de voordelen die zich op langere termijn zullen voordoen worden meegewogen en wordt gekeken naar de voordelen voor de gehele samenleving. De beoordeling dient zich bovendien in beginsel niet te beperken tot één onderdeel van een afspraak, wanneer het om een totaalpakket gaat. Hierbij is wel van belang dat de onderdelen van een afspraak onlosmakelijk met elkaar verbonden moeten zijn. Dat kan zowel de inhoud van de afspraken als door het proces het geval zijn (als een deel van de afspraken niet tot uitvoer gebracht wordt, leidt dat tot het stranden van het gehele akkoord).

Bij 'de voordelen die zich op langere termijn zullen voordoen' valt te denken aan de voordelen van het betreffende duurzame product die de huidige consument in de toekomst zal ervaren en aan de voordelen die toekomstige generaties consumenten zullen ondervinden van het duurzaamheidsinitiatief. Wanneer de voordelen van duurzaamheidsinitiatieven die zich in de toekomst zullen realiseren en voor een breder publiek positief uit kunnen pakken niet worden meegewogen, kunnen de afspraken sneller als mededingingsbeperkend worden beschouwd. De voordelen in de toekomst kunnen overigens alleen meegewogen worden indien voldoende aannemelijk is dat ze zich daadwerkelijk gaan voordoen.

Voorbeeld

Een groot deel van de Europese fabrikanten en importeurs van huishoudelijke wasmachines spraken af om de productie en de invoer in de EU van apparaten met de laagste energie-efficiëntie te staken om het energieverbruik en daarmee de vervuulende uitstoot bij elektriciteitsopwekking terug te dringen¹⁰. De Europese Commissie oordeelde in 2000 dat een vrijstelling van het mededingingsverbod van toepassing was op basis van een afweging van de voor- en nadelen van de afspraak voor de

¹⁰ Zaak IV/36.178 CECEDE, PB 2000, L187/47.



consument. De voordelen die konden worden geïdentificeerd betroffen zowel voordelen voor de consument in de vorm van lagere energiekosten als maatschappelijke voordelen in de vorm van verminderde CO₂-uitstoot. De verminderde CO₂-uitstoot levert de consument in de toekomst voordelen op, doordat zij dan minder kosten hoeft te maken om de negatieve gevolgen van CO₂-uitstoot (klimaatverandering) terug te dringen.

Wat moeten partijen die duurzaamheidsinitiatieven ontplooiën aanleveren om te onderbouwen dat aan deze voorwaarde voldaan is?

Voor de onderbouwing van deze voorwaarde geldt dat gegevens worden aangeleverd waaruit de te verwachten efficiëntieverbeteringen van het duurzaamheidsinitiatief blijken. Dit kan bijvoorbeeld gaan om (onderzoeks)resultaten waaruit de (positieve) gevolgen voor milieu, dierenwelzijn of eerlijke handel blijken, opinies van experts op genoemde terreinen of ervaringen van gebruikers. Bij milieu kan het dan gaan om de gevolgen voor de CO₂-uitstoot, bij dierenwelzijn de verbeteringen in welzijn voor het dier of de perceptie van de mens daarop. Deze aan te tonen effecten en/of verbeteringen kunnen zowel kwantitatief als kwalitatief van aard zijn. Wanneer de voor- en nadelen van de te verwachten efficiëntieverbeteringen dynamisch worden beoordeeld, dienen partijen een onderbouwing aan te leveren waaruit blijkt dat deze verbeteringen objectief en reëel te verwachten zijn. Verderop in deze toelichting op de beleidsregel wordt meer ingegaan op hierbij relevante methodieken.

3.3. Tweede voorwaarde van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet: een billijk aandeel voor de gebruikers

Volgens de tweede voorwaarde van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet dienen de uit de verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang voortvloeiende voordelen voor een billijk aandeel de gebruikers ten goede te komen. Het begrip 'billijk aandeel' houdt in dat het doorgeven van voordelen de consument minstens moet compenseren voor eventuele, daadwerkelijke of te verwachten negatieve gevolgen die zij ondervinden van de mededingingsbeperking. Een billijk aandeel omvat ook de waarde die consumenten hechten aan bepaalde kwalitatieve eigenschappen van het product, aan de wijze waarop het product is geproduceerd en de bereidheid daar een hogere prijs voor te betalen. Hiermee wordt geborgd dat de voordelen die uit een afspraak voortvloeien niet enkel ten gunste komen van de betrokken producenten, maar ook in voldoende mate aan de consument worden doorgegeven. Verder kan een duurzaamheidsinitiatief ten gunste komen van derden, zodat de samenleving als geheel profiteert. Hieronder wordt nader op dit punt ingegaan¹¹.

Voorbeeld

Standaardiseringsafspraken die verband houden met duurzaamheid kunnen betrekking hebben op de logistiek, de distributie of de verpakking van producten. Los van de voordelen voor de betrokken ondernemingen zelf kan het ook vanuit milieuoogpunt wenselijk zijn te werken met standaardverpakkingen die meermaals gebruikt kunnen worden (kratten, trolleys, flessen etc.). Het hergebruiken levert kostenvoordelen op en wanneer deze kostenvoordelen in voldoende mate aan de consument worden doorgegeven, en niet enkel ten gunste komen van de betrokken producenten, komen de voordelen van de mededingingsbeperkende afspraak voor een billijk aandeel de gebruikers ten goede.

Indien er wel een prijsstijging zou optreden zou de compensatie bijvoorbeeld kunnen bestaan uit betere kwaliteit van de betreffende (nieuwe) producten. Wanneer de consument na de afspraak echter slechter af is, is niet aan de tweede voorwaarde voldaan: het netto-effect dient ten minste neutraal te zijn voor de gebruikers die door de afspraak geraakt worden.

Wat regelt deze beleidsregel voor deze voorwaarde?

De onderhavige beleidsregel stelt dat bij de beoordeling van deze voorwaarde tevens de voordelen voor de gebruikers die zich op langere termijn zullen voordoen worden meegewogen. Het kan hierbij overigens zowel gaan om kwantitatieve als om kwalitatieve voordelen.¹² Met deze benadering wordt ook rekening gehouden met de voordelen voor de huidige consument in de toekomst en met toekomstige consumenten van het betreffende product of dienst: het gaat over een langere termijn dan het hier en nu en anderen die het product niet zelf afnemen.

¹¹ Zie punt 85 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, PbEU 2004, C 101/97.

¹² Het gebruik van het woord 'of' in artikel 2, lid b van deze beleidsregel ('kwantitatieve of kwalitatieve voordelen') omvat ook de situatie dat zowel kwalitatieve als kwantitatieve voordelen aan de orde zijn (kwantitatieve én kwalitatieve voordelen). Zie aanwijzing 63 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.



Wat moeten partijen die duurzaamheidsinitiatieven ontplooiën aanleveren om te onderbouwen dat aan deze voorwaarde voldaan is?

Voor de onderbouwing van deze voorwaarde geldt dat onderbouwingsmateriaal wordt aangeleverd waaruit het billijk aandeel voor de gebruikers van het duurzaamheidsinitiatief blijkt. Het kan daarbij gaan om zowel kwantitatieve als een kwalitatieve onderbouwing. Dit kan bijvoorbeeld gaan om gemeten consumentengedrag bij prijsstijgingen en/of prijsdalingen voor verscheidene duurzame producten, zoals diervriendelijker geproduceerd kippenvlees of kleding die is geproduceerd onder goede arbeidsomstandigheden. Tevens kunnen het gegevens zijn over hoe de doorberekening van de extra kosten in de desbetreffende keten werkt.

3.4. Derde voorwaarde van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet: onmisbaarheid van de beperkingen

Volgens de derde voorwaarde van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet dient de mededingingsbeperkende afspraak geen beperkingen op te leggen die niet onmisbaar zijn voor het bereiken van de met de betrokken afspraak gegenereerde efficiëntieverbeteringen. De afspraak mag derhalve niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is. Dit betekent dat er redelijkerwijs geen praktisch haalbare, minder mededingingsbeperkende alternatieven mogelijk zijn om de verbeteringen te bereiken. Met de toetsing aan deze voorwaarde wordt voorkomen dat de afspraken verder gaan dan voor de verhoging van de duurzaamheid van het product noodzakelijk is. Zo wordt voorkomen dat, naast een duurzaamheidsafpraak, tevens een mededingingsbeperkende afspraak wordt gemaakt die geen verband houdt met het duurzaamheidsbelang en negatieve gevolgen voor de consument heeft.

Voorbeeld

In het Managementplan MSC Garnalenvisserij waren beheersafspraken gemaakt om minder garnalen te vangen met als doel de garnalenstand te behouden. Deze aanbodsbeperking had een prijsverhogende werking. Omdat uit onderzoek bleek dat de garnalenstand niet in gevaar was, werd dit onderdeel van de samenwerking tussen garnalenvissers door de ACM in 2011 als niet onmisbaar gezien¹³.

Wat regelt deze beleidsregel voor deze voorwaarde?

De onderhavige beleidsregel stelt dat bij de beoordeling van deze voorwaarde in voorkomend geval rekening wordt gehouden met het gegeven dat wanneer een onderneming zelfstandig acties verricht ten behoeve van duurzaamheid, de onderneming wegens stijgende productiekosten marktaandeel kan verliezen en de winst kan zien dalen, wat de onderneming de prikkel kan ontnemen om duurzaamheidsinitiatieven te nemen. De onderneming zal er immers voor vrezen dat consumenten wegens een verhoging van de prijs zullen overstappen naar een niet-duurzame variant van de concurrent. Hiermee wordt erkend dat het voordoen van het zogenaamde 'first mover disadvantage' een legitieme reden kan zijn om tot samenwerking over te gaan en dat samenwerking tussen concurrerende ondernemingen op het gebied van duurzaamheid juist nuttig kan zijn om de welvaart van de gebruikers te vergroten, met name in de gevallen waarbij negatieve externe effecten worden beperkt of voorkomen. De beleidsregel laat onverlet dat de afspraak niet verder mag gaan dan voor het bereiken van het duurzaamheidsdoel noodzakelijk is.

Voorbeeld

In de analyse van de Kip van morgen werd door de ACM aangegeven dat niet op voorhand duidelijk was dat de afspraken noodzakelijk waren om de vermeende voordelen te kunnen behalen¹⁴. Voor kipfilet met een 'Beter Leven' keurmerk is een consument al bereid om meer te betalen dan voor regulier kippenvlees. Volgens de ACM valt er op het gebied van voorlichting aan consumenten en vertrouwen van consumenten in andere soorten productiemethodes nog veel te verbeteren. Het is dan ook aan betrokken partijen om de noodzakelijkheid van de afspraken goed te onderbouwen.

Wat moeten partijen die duurzaamheidsinitiatieven ontplooiën aanleveren om te onderbouwen dat aan deze voorwaarde voldaan is?

Voor de onderbouwing van deze voorwaarde geldt dat materiaal wordt aangeleverd waaruit de onmisbaarheid van de afspraken voor duurzaamheidsinitiatief blijkt. Dit kan bijvoorbeeld gaan om argumenten waaruit een 'first mover disadvantage' blijkt. Een beroep op het 'first mover disadvan-

¹³ Informele zienswijze MSC certificaat garnalensector, zaak 7011, 2011.

¹⁴ Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken 'De Kip van morgen'.



tage' dient onderbouwd te worden met een analyse van de individuele partijen waarin zij de negatieve (verlieslatende) gevolgen onderbouwen voor hun eigen business-case, indien zij als eerste en enige zouden overgaan tot invoering van de beoogde maatregelen. Partijen kunnen ook data van consumentgedrag inbrengen waaruit naar voren komt dat er geen sprake is van een 'first mover advantage'. Ten slotte is informatie bruikbaar waaruit blijkt dat minder vergaande maatregelen of afspraken niet het gewenste resultaat opleveren.

3.5 Vierde voorwaarde van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet: geen uitschakeling van de mededinging

Volgens de vierde voorwaarde van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet mag de afspraak de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid geven om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten of diensten de mededinging uit te schakelen. Er moet voldoende restconcurrentie blijven bestaan. Met deze laatste voorwaarde wordt erkend dat rivaliteit tussen ondernemingen een belangrijke motor is voor de welvaart, met inbegrip van dynamische efficiëntieverbeteringen, ofwel innovatie. Die restconcurrentie kan bijvoorbeeld inhouden dat naast de bij een afspraak betrokken ondernemingen ook andere ondernemingen op de relevante markt actief zijn.

Wat regelt deze beleidsregel voor deze voorwaarde?

De onderhavige beleidsregel stelt dat bij de beoordeling van deze voorwaarde de mogelijkheid van voldoende restconcurrentie op andere concurrentieparameters van het product of de dienst dan het duurzaamheidselement wordt betrokken. Bij een afspraak waarbij ten behoeve van duurzaamheid de mededinging wordt beperkt, kan aan de restconcurrentievoorwaarde zijn voldaan indien concurrentie op andere concurrentieparameters dan het duurzaamheidselement mogelijk blijft, zoals prijs, andere kwaliteitselementen of service. Aan de restconcurrentievoorwaarde kan in een concrete zaak tevens zijn voldaan indien voldoende toegang tot de markt voor niet bij de afspraak aangesloten ondernemingen open staat. Partijen die zich op dit laatste willen beroepen zullen wel moeten motiveren waarom door deze lage toetredingsdrempels sprake is van potentiële concurrentie en hoe daarvan reële concurrentiedruk uitgaat op de partijen die de afspraak maken.

Wat moeten partijen die duurzaamheidsinitiatieven ontplooiën aanleveren om te onderbouwen dat aan deze voorwaarde voldaan is?

Voor de onderbouwing van deze voorwaarde geldt dat onderbouwingsmateriaal wordt aangeleverd waaruit de restconcurrentie na de afspraken van het duurzaamheidsinitiatief blijkt. Dit kan bijvoorbeeld gaan om informatie dat er nog voldoende parameters overblijven waarop kan worden geconcentreerd, zoals kwaliteit of service.

§ 4. Methodologie bij duurzaamheidsbeleidsinitiatieven

Partijen dienen zelf te onderbouwen waarom hun duurzaamheidsinitiatief onder de uitzondering op het kartelverbod in artikel 6, derde lid van de Mededingingswet zou vallen. Hiervoor bestaan geen specifieke voorschriften, anders dan dat aan ieder van de voorwaarden uit het derde lid moet worden voldaan. Specifieke voorschriften zijn ook niet wenselijk, gezien het verschil dat tussen casussen kan bestaan. Die specifieke voorschriften worden hierom in deze beleidsregel ook niet aan de ACM gesteld. Tegelijkertijd laten veel partijen weten de onderbouwing van hun verzoek op een uitzondering van het kartelverbod een zoektocht te vinden. Daarom wordt hieronder aan de hand van voorbeelden uit de praktijk van de ACM toegelicht hoe dit aangepakt zou kunnen worden.

Een onderbouwing van de uitzondering op het kartelverbod in de mededingingswet moet conform artikel 6, lid 3, van die wet de volgende vier onderdelen bevatten.

1. Een onderbouwing van de voordelen voor de samenleving (de letterlijke wettekst zegt: 'verboden zijn niet overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang')
2. Een onderbouwing van de voordelen voor gebruikers (letterlijke wettekst; 'mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt').
3. Een onderbouwing of elk onderdeel van de afspraak echt nodig is (letterlijke wettekst: 'de betrokken ondernemingen beperkingen worden opgelegd die voor het te bereiken doel niet onmisbaar zijn.')
4. Een onderbouwing of ondernemingen na de afspraak blijven concurreren (letterlijke wettekst: 'zonder de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.')



Het ligt voor de hand te beginnen met de onderbouwing of elk onderdeel van de afspraak echt nodig is. Indien dit niet wordt gedaan, bestaat het risico dat (een deel van) de analyse ten behoeve van de onderbouwing van de eerste twee onderdelen overbodig blijkt. De ACM hanteert deze volgorde in de regel ook. Vervolgens kunnen effecten op de samenleving en op de gebruiker bekeken worden. Daarbij zal in voorkomende gevallen ook kwantitatief onderzoek gedaan (moeten) worden. In algemene zin geldt daarbij dat het van de omstandigheden van de zaak zal afhangen welke methode daarvoor het best kan worden gebruikt. Hieronder worden de meest gebruikelijke methodieken kort toegelicht.

Bij het berekenen van de voordelen voor de samenleving als geheel kan gebruik worden gemaakt van schaduw prijzen. Hiervoor bestaan verschillende methoden. De ACM gebruikte schaduw prijzen op basis van *vermeden kosten* bij het kwantificeren van het milieuvoordeel als gevolg van de reductie van de uitstoot van SO₂ en NO_x (in het geval van de kolencentrales) of van ammoniak (in het geval van de Kip van morgen). Voor deze emissies heeft de overheid een (nationale) bovengrens vastgesteld, die ertoe dwingt emissiereducerende maatregelen te treffen. Deze bovengrens weerspiegelt de lange-termijn preferentie van de samenleving voor het te beschermen milieugoed. Dit is ook het belangrijkste voordeel van deze methode: de maatstaven waarmee gemeten wordt zijn vastgesteld in een maatschappelijk debat. De maatschappelijke baten van bedoelde afspraken zijn gelijk aan de kosten van de maatregel die bedrijven (of andere partijen) bij afwezigheid van de afspraak hadden moeten maken om onder de bovengrens te blijven. Dit zijn dan de schaduw prijzen. De kosten van de afspraak worden vervolgens afgewogen tegen deze schaduw prijzen. Wanneer de kosten van de afspraak lager zijn dan de schaduw prijs, dan is voldaan aan het vereiste dat de afspraak voordelen moet hebben voor de samenleving als geheel.

Een tweede methode is het bepalen van een schaduw prijs op basis van *schadeprijzen*. Bij deze methode wordt rechtstreeks gekeken naar de schade van (bijvoorbeeld) milieuvervuiling voor de burgers. Voor de berekening van schadeprijzen wordt op basis van objectieve maatstaven bezien hoe de schade gekwantificeerd zou moeten worden. In het geval van fijnstof kan bijvoorbeeld worden gekeken naar de vermindering van het aantal (gezonde) levensjaren door de aanwezigheid van fijnstof. Vervolgens kan per (gezond) levensjaar worden bezien wat een (in de samenleving of de wetenschappelijke literatuur) gebruikelijke waardering is voor dat gezonde levensjaar. Vermenigvuldiging van beide levert de schadeprijzen van dit specifieke gevolg van fijnstof. Uiteraard zal een dergelijke exercitie ook voor andere gevolgen van fijnstof of de afspraak in het geheel moeten worden bezien. De methodiek is hiermee vergelijkbaar met de methodiek die in veel maatschappelijke kosten-batenanalyses wordt gebruikt. Voordeel van deze methode is dat zij intuïtief aansluit op hoe veel mensen het berekenen van maatschappelijke kosten aan zouden pakken. De methode van vermeden kosten is in de regel evenwel te prefereren, omdat bij die methode de maatschappelijke standaard helderder is. Van schadeprijzen kan met name worden uitgegaan wanneer er geen duidelijke bovengrens is vastgesteld voor de hoeveelheid vervuiling die door de samenleving als acceptabel wordt beschouwd. In de zaken over de kolencentrales en de Kip van morgen werd de methode van de schaduw prijzen op basis van schadeprijzen toegepast op de reductie van emissie van fijnstof. Als de kosten van de afspraak lager zijn dan de met de afspraak vermeden berekende schadeprijzen, dan is voldaan aan het vereiste dat de afspraak voordelen moet hebben voor de samenleving als geheel.

Bij het berekenen van de voordelen voor de gebruiker is een vaak gebruikte methodiek de zogenaamde 'willingness to pay'-methodiek, ofwel bereidheid te betalen (WTP-methode). De ACM gebruikte deze bij zowel de Kip van morgen als de afspraken rond het Energieakkoord. De bereidheid te betalen kan worden achterhaald door consumenten ernaar te vragen. Dit heeft als voordeel dat rekening kan worden gehouden met eventuele 'free rider' problemen. Zo kan de bereidheid van consumenten om meer te betalen voor een duurzamer product afhangen van het aantal consumenten dat ook bereid is om meer te betalen. Omdat consumenten ermee rekening kunnen houden dat hun individuele koopgedrag nauwelijks invloed heeft op de verduurzaming en daarom pas dat gedrag aanpassen als zij weten dat (veel) anderen bereid zijn datzelfde te doen. Deze situatie kan ertoe leiden dat de maatschappelijke gewenste verduurzaming niet tot stand komt. Daar wordt met WTP rekening mee gehouden. Gebruik van de WTP-methode kent wel diverse aandachtspunten. Wanneer een onderzoek naar WTP alleen de gemiddelde betalingsbereidheid in kaart brengt, kan het voorkomen dat veel (of zelfs de meeste) consumenten zich niet herkennen in de uitkomst. WTP-onderzoeken kunnen bovendien vragen oproepen over de representativiteit van de onderzochte groep consumenten, of zij wel hun werkelijke betalingsbereidheid hebben doorgegeven en hoe de gegevens uiteindelijk zijn geanalyseerd. Tevens wordt bij WTP-onderzoeken (en ook bij het gebruik van schaduw prijzen) uitgegaan van de waardering door de huidige generatie gebruikers en niet van de waardering door volgende generaties of gebruikers op de lange termijn.

Naast de WTP-methode zijn er methoden die consumentengedrag bepalen door te kijken naar wat een consument doet bij bijvoorbeeld verschillende prijzen voor meer of minder duurzame producten.



Dit kan in een proefwinkelopstelling of in een echte winkel die voor deze onderzoeksdoeleinden bereid is mee te doen. Voordeel hiervan is dat de situatie realistischer is en een consument onbewuster kan worden geobserveerd. Hierdoor kan een mogelijk verschil in opvattingen van dezelfde persoon als burger en als consument worden tegengegaan. Een nadeel is dat zulk onderzoek bewerkelijk is, omdat de verschillen in consumentengedrag goed moeten kunnen worden geduid. Daarnaast is het relatief duur en kan het lang duren om de effecten van bijvoorbeeld prijschommelingen op het consumentengedrag te meten.

Specifieke marktstructuren moeten worden meegenomen bij het bepalen of de voordelen de nadelen compenseren. Dat geldt zowel bij het berekenen van de voordelen voor de samenleving als geheel, als bij het berekenen of de gebruiker voldoende voordelen kent. Kosten kunnen in verschillende markten bijvoorbeeld anders worden doorberekend aan de consument. Dit is onder meer afhankelijk van de concurrentie, al dan niet op prijs, en de gevolgen daarvan voor de eindgebruiker. Tevens kunnen voor- en nadelen zowel kwantitatief als kwalitatief van aard zijn.

Met het oog op de kritiek die op iedere methode denkbaar is, is het van belang, waar opportuun, meerdere methoden toe te passen om een zo realistisch mogelijk beeld te krijgen van de waardering van een gebruiker voor een concreet immaterieel goed. Opgemerkt wordt daarbij dat sommige vormen van onderzoek vanwege bijvoorbeeld afwezigheid van data niet uitgevoerd zullen kunnen worden, en daarom op basis van de beschikbare data een benadering zal moeten worden gekozen, die daar een zo goed mogelijke inschatting voor geeft. Onder andere het meten van de voorkeur van toekomstige generaties is bijzonder moeizaam, zo niet onmogelijk. Overigens kunnen in de onderzoeken onderbouwde efficiëntieoverwegingen gemaakt worden om onderzoeken niet te doen. Zowel aanvragende partijen als de ACM hebben uiteindelijk een beperkte capaciteit.

Voorbeeld

De ACM gebruikte verschillende methodieken bij het bepalen van de voor- en nadelen van de afspraken rondom de Kip van morgen. Voor de milieukant zijn schaduw prijzen gehanteerd, voor het dierenwelzijn is de WTP-methode gebruikt en voor de meerkosten is gebruik gemaakt van bestaand onderzoek van Wageningen UR.

§ 5. Consultatie

De concept-beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016 is tussen 23 december 2015 en 31 januari 2016 openbaar geconsulteerd. Er zijn 19 reacties in het kader van deze consultatie ontvangen, waarvan 17 openbaar, te weten P. Peereboom, Milieufederatie Noord-Holland, de Sociaal-Economische Raad (SER), Circular Future, VEMW, het MVO-platform, de Nederlandsche Orde van Advocaten, het FNLI, het Centraal Bureau Levensmiddelen, Energie-Nederland, de Universiteit van Amsterdam, Eneco, LTO Nederland, Van Doorne NV, SOMO, De Nederlandse Akkerbouw Vakbond en MVO Nederland. Daarnaast hebben de ACM en de Europese Commissie de minister van Economische Zaken een brief gestuurd over de voorgestelde wijzigingen in de beleidsregel mededinging en duurzaamheid.

Bij de consultatie van de beleidsregel werd partijen gevraagd of 1) de aangepaste beleidsregel meer duidelijkheid en handvatten biedt voor duurzaamheidsinitiatieven binnen het mededingingskader 2) of de beleidsregel ook zou moeten worden gebaseerd op de zogenoemde leer van de inherente beperkingen, 3) welke behoeften en wensen er bestaan voor duidelijkheid vooraf voor duurzaamheidsinitiatieven, en 4) welke alternatieven of mogelijkheden er naast aanpassing van de beleidsregel zouden kunnen zijn om duurzaamheidsafspraken mogelijk te maken.

Overwegend positieve reacties op duidelijkheid en handvatten door geconsulteerde versie beleidsregel

De reacties zijn overwegend positief op de vraag of de aangepaste beleidsregel meer duidelijkheid en handvatten geeft om duurzaamheidsinitiatieven binnen het mededingingskader vorm te geven en een self-assessment uit te voeren.

Sommige inzenders zouden wel graag verdere stappen zien. Een opmerking die enkele partijen hierbij maken is dat specifiekere voorschriften wenselijk zijn rond de methodiek die de ACM gebruikt bij toepassing van de beleidsregel. Naar aanleiding hiervan is de tekst in paragraaf 4 van de toelichting van de beleidsregel verduidelijkt. Hierin wordt onder meer beschreven dat de ACM en de partijen ruimte behouden om de te gebruiken methodiek te bepalen, vanwege het feit dat alle methoden hun eigen voor- en nadelen hebben. De keuze voor een methode in een bepaalde zaak is afhankelijk van de weging van die voor- en nadelen in de specifieke context van die zaak. Een enkeling suggereert (bovendien) dat de ACM zou moeten gaan werken met marges in de beoordeling. Hierop kan worden



geantwoord dat dit naar verwachting leidt tot onnodige extra capaciteitsinzet van de ACM. De ACM zal in alle gevallen uiteindelijk een hard oordeel (ja of nee) moeten geven, waardoor eerder gekozen marges of bandbreedtes hun relevantie verliezen, terwijl die wel uitgewerkt en onderzocht moeten worden.

Een deel van de reagerende partijen verzoekt om een nadere verduidelijking van enkele in de beleidsregel en toelichting gebruikte begrippen. Partijen vragen of er een beperking in tijd geldt voor wat onder 'langere termijn' kan worden geschaard. In reactie daarop kan in algemene zin worden gemeld dat de interpretatie van begrippen uiteindelijk contextafhankelijk is. Wat een relevante 'langere termijn' is, verschilt van geval tot geval. In sommige sectoren (software) zal een 'langere termijn' vaak een periode tot 10 jaren zijn, in andere sectoren (pensioenen) zijn termijnen van 30 jaar of langer niet ondenkbaar. Het is aan de ACM en de rechter om hierover te oordelen. De enige inkadering die aan het begrip in deze beleidsregel wordt gegeven is daarom, zoals een enkele inzender ook aangeeft, dat de effecten die op die termijn zullen plaatsvinden voldoende aannemelijk moeten worden gemaakt om meegenomen te worden in de analyse.

Ook het begrip 'samenleving' moet van geval tot geval worden beoordeeld. Het begrip kan in beginsel breed worden geïnterpreteerd. Ten aanzien van dit begrip wordt ook de vraag gesteld of voordelen die zich buiten Nederland zullen voordoen meegenomen kunnen worden. Het antwoord hierop is positief. Het verminderen van bijvoorbeeld kinderarbeid in Zuid-Oost-Azië kan worden gezien als 'economische vooruitgang' in de zin van artikel 6, derde lid. Hierbij moet wel aannemelijk worden gemaakt dat de effecten die zich op de samenleving voordoen zich ook daadwerkelijk zullen voordoen.

Enkele van de reagerende partijen vinden het onduidelijk wat bedoeld wordt met de zin in de toelichting dat sommige voor- en nadelen 'niet direct' na het uitvoeren van duurzaamheidsinitiatieven naar voren komen (zie paragraaf 3.2 van deze toelichting). Hiermee wordt bedoeld dat sommige effecten van een akkoord zich later of veel later zullen manifesteren dan de daadwerkelijke uitvoering van het akkoord. Denk bijvoorbeeld aan een zeespiegelstijging die zich in mindere mate kan gaan voordoen, vele jaren na de realisatie van een duurzaamheidsinitiatief.

Ook is de verduidelijkende vraag gesteld waar de kwalificatie 'waar mogelijk' betrekking op heeft in de volgende zin: ' – waar mogelijk – de voordelen voor de samenleving als geheel worden meegewogen.' (artikel 2, onderdeel b, van de geconsulteerde beleidsregel). Deze zin is inmiddels verwijderd uit de beleidsregel met het oog op de verwachting dat deze bepaling strijdig is met het Europese mededingingskader. Hierop wordt verderop in deze toelichting nader ingegaan.

Ook kritische reacties, onder andere over de juridische houdbaarheid

Een aantal partijen is kritischer over de voorliggende beleidsregel. Een enkele partij stelt voor de beleidsregel geheel in te trekken. Ook vergelijkbare, maar minder vergaande reacties wijzen op beproefde beleidsinstrumenten om duurzaamheid te bevorderen, in het bijzonder regulering, die volgens deze partijen de voorkeur zouden hebben boven een bredere interpretatie van het toezicht binnen de kaders van de Mededingingswet. Deze reacties sluiten aan op de (separaat van de consultatie verstuurd) brieven van de Europese Commissie en van de ACM aan de minister van Economische Zaken (Kamerstukken II 2015/16, 30 196, nr. 463). Hierin stellen zowel de Europese Commissie als de ACM naar aanleiding van juridische analyses dat de aangepaste beleidsregel niet past binnen de Europese mededingingskaders. Dit betreft een aantal onderdelen van de voorgestelde aanpassing van de beleidsregel. Ten eerste gaat het daarbij om de aanpassing dat afspraken die deel uitmaken van een totaalpakket van afspraken in hun geheel zouden moeten worden bekeken. Volgens de ACM kunnen afspraken niet zonder meer in hun geheel worden bekeken als het om een veelheid van afspraken gaat. Ten tweede gaat het om de aanpassing dat de voordelen van een potentieel mededingingsbeperkende afspraak voor de samenleving als geheel zouden moeten meewegen in het oordeel of de voordelen van een duurzaamheidsinitiatief voor een billijk aandeel aan de gebruikers toekomen. Deze aanpassing doet volgens de ACM geen recht aan het uitgangspunt van Europese en Nederlandse mededingingswetgeving dat de *gebruikers* van het product of de dienst in voldoende mate moeten meeprofiteren van de gemaakte afspraken. De Europese Commissie ziet vergelijkbare problemen bij voornoemde aanpassingen. De ACM heeft hierbij laten weten de geconsulteerde beleidsregel niet te kunnen toepassen, omdat zij dan in strijd met het Europese recht zou handelen. Naar aanleiding van deze reacties is geconcludeerd dat het risico niet denkbeeldig is dat partijen die zich zouden gaan baseren op de geconsulteerde duurzaamheidsbeleidsregel, alsnog in strijd blijken te handelen met de mededingingsregels. Als partijen deze conclusie zelf ook trekken, ligt het voor de hand dat zij terughoudend zullen zijn om hun duurzaamheidsafspraken te baseren op de inhoud van deze aangepaste beleidsregel, waardoor het effect van deze beleidsregel beperkt of mogelijk zelfs averechts zou zijn. De genoemde twee onderdelen zijn hierom niet opgenomen in de definitieve versie van de beleidsregel.

Eén partij stelt dat de beleidsregel en mededingingswetgeving meer rekening zouden moeten houden met circulaire ketens en netwerken van toeleveranciers, afnemers, inzamelaars, verwerkers, recyclers, remanufacturers en second/third life producenten. In dat kader zou het mededingingsrecht ook op 'meer lokaal niveau' vorm moeten worden gegeven. Mededingingsregels hinderen evenwel samenwerking tussen verschillende onderdelen van ketens niet of nauwelijks. Zo lang er op ieder niveau



binnen de keten afzonderlijk voldoende concurrentie blijft bestaan tussen aanbieders, zijn afspraken tussen verschillende ketenpartners zeer wel mogelijk. Met het oog hierop schrijft voorliggende beleidsregel dan ook geen nadere bepalingen rond deze 'verticale' afspraken voor.

Aangrijpingspunten op de leer van de 'inherente beperkingen'

Verschillende partijen laten naar aanleiding van de tweede bij de consultatie gestelde vraag weten voorstander te zijn van bepalingen in de beleidsregel die aangrijpen bij de leer van de 'inherente beperkingen'. Met deze leer zou bij specifieke afspraken mededingingswetgeving buiten toepassing kunnen worden gelaten. Deze benadering sluit aan bij eerdere uitspraken van het Europese Hof (vgl. bijvoorbeeld HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99 (Wouters), HvJ EG 18 juli 2006, zaak C-519/04 (Meca-Medina)). Het Europese Hof heeft in deze uitspraken aangenomen dat een mededingingsbeperking aanvaardbaar was vanwege het belang dat ermee werd gediend. De mededingingsbeperking werd hierbij als 'inherent' geoordeeld aan dat belang. Hierdoor was het kartelverbod niet van toepassing.

In de literatuur naar aanleiding van deze Europese rechtspraak is gesuggereerd dat deze leer van inherente beperkingen ook kan worden toegepast op duurzaamheidsinitiatieven. Of dit ook het geval zou zijn in de Nederlandse situatie en hoe dit dan concreet vormgegeven zou kunnen worden, was op het moment van het aanbieden van de beleidsregel voor internetconsultatie niet duidelijk. Daarom bevatte de voorgelegde beleidsregel hierover geen bepaling(en). In plaats daarvan is besloten de vraag of deze leer als aangrijpingspunt zou kunnen en moeten worden gehanteerd, in het kader van de internetconsultatie open voor te leggen, en daarbij ook te vragen naar suggesties voor die vormgeving. Van degenen die positief hebben gereageerd over het aansluiten bij de leer van de inherente beperkingen, is van één partij, te weten de SER, een uitgewerkte suggestie voor de vormgeving ontvangen. Zij zien voor zich dat (1) de reikwijdte van de beleidsregel wordt uitgebreid tot artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet, (2) de beleidsregel expliciet vaststelt dat de toets van mededingingswerkzaamheden ook een toets aan jurisprudentie moet bevatten, (3) de beleidsregel de relevante criteria uit die jurisprudentie weergeeft, (4) de beleidsregel een nadere invulling geeft aan de wijze waarop partijen een bijdrage kunnen leveren aan een objectieve toets op basis daarvan. De overige reagerende partijen geven geen uitgewerkte reactie op dit onderdeel van de consultatie. Er waren geen negatieve reacties.

Naar aanleiding van de (positieve) reacties is bezien of, en zo ja, hoe, deze beleidsregel invulling zou kunnen geven aan de leer van de inherente beperkingen. Conclusie is dat hier aanzienlijke risico's aan verbonden zijn. De meeste beleidsregels vullen bepalingen uit wettelijke regels nader in. Dat is mogelijk als de wetgever daartoe, door een open formulering, aan het desbetreffende bestuursorgaan de ruimte heeft gelaten. Zo schrijft deze beleidsregel voor hoe de toezichthouder de diverse voorwaarden, genoemd in artikel 6, derde lid, uit moet leggen. Een rechter beschouwt deze invulling over het algemeen als een gegeven (want een bestuursbevoegdheid). Bij een beleidsregel over de leer van de inherente beperkingen zou dit anders liggen. Een dergelijke beleidsregel zou niet gaan over de invulling van wettelijke regels, maar bepalen hoe de toezichthouder dient om te gaan met specifieke jurisprudentie. Daarbij zou de minister een (subjectieve) inschatting maken van de relevante criteria uit die jurisprudentie en die vertalen in een beleidsregel. Een rechter hoeft het niet eens te zijn met die inschatting of vertaling. Hij kan in dat geval in de voorliggende situatie de beleidsregel buiten toepassing verklaren waardoor alsnog sprake is van overtreding van het kartelverbod. Ik acht die kans in dit geval aanzienlijk. De bekende jurisprudentie rond de leer van de inherente beperkingen gaat over afspraken binnen de sport en de advocatuur, die noodzakelijk zijn voor de uitoefening van professies binnen die sectoren. Het is met het oog op het beperkte aantal casus in deze bovendien verschillende sectoren moeilijk vooraf vast te stellen welke criteria een rechter van belang zou vinden bij de beoordeling van afspraken rond duurzaamheid. Wanneer hier in een beleidsregel toch een poging toe wordt gewaagd, is het risico aanzienlijk dat de rechter oordeelt dat de beleidsregel de beschikbare jurisprudentie onjuist interpreteert, en dat de ACM zich hieraan ook niet heeft te houden. Partijen die zich op een dergelijke beleidsregel zouden beroepen lopen hierdoor het risico alsnog een boete te krijgen. Ook de gevolgen voor de overheid in deze situatie zijn ongewis.

Duidelijkheid vooraf of mededingingsbeperkende afspraken zijn toegestaan?

Een groot deel van de respondenten schrijft veel behoefte te hebben aan duidelijkheid vooraf of mededingingsbeperkende afspraken die duurzaamheid bevorderen, zijn toegestaan. Ik begrijp deze behoefte. De vraag of een specifieke afspraak mededingingsrechtelijk is toegestaan is casusafhankelijk, en bovendien afhankelijk van een groot aantal variabelen. De mededingingsconsequenties van een dergelijke casus zijn zeker voor kleinere partijen niet altijd te overzien. Een dergelijk geluid kwam ook naar voren tijdens de evaluatie van de ACM. De ACM heeft naar aanleiding daarvan laten weten meer doelgroepgericht te gaan communiceren. In dat kader zal de ACM haar communicatie ook meer richten op bedrijven die afspraken maken met het oog op verbetering van duurzaamheid (Kamerstuk-



ken II 2015/16, 30 196, nr. 463). Deze beleidsregel en de toelichting daarop kan op technisch niveau eveneens bijdragen aan de gewenste duidelijkheid. Tegelijkertijd zijn er grenzen aan de duidelijkheid die door algemene uitleg geboden kan worden. In zeer specifieke casussen zullen partijen er niet aan ontkomen rond die casus zelf mededingingsexpertise te organiseren. Het is bijvoorbeeld niet wenselijk om formele beoordeling vooraf door de ACM in te voeren, specifiek voor duurzaamheidsafspraken. Dit was een suggestie van diverse partijen. Een dergelijke oplossing druipt in tegen het uitgangspunt van (Europese) wetgeving dat partijen zelf als eerste moeten beoordelen of afspraken mogelijk zijn, en de mededingingsautoriteiten hier achteraf toezicht op houden. Ook vanuit budgettaire perspectief ligt formele beoordeling vooraf door de rede. Als alle afspraken tussen marktpartijen in Nederland vooraf door de ACM beoordeeld zouden moeten worden, dan is het budget van de ACM verre van toereikend. Een geldelijke bijdrage door partijen zelf – zoals geopperd door een respondent – kan dit probleem mogelijk wel verminderen. Deze juridische en budgettaire vragen zijn ook de redenen waarom het door enkele partijen geopperde idee van een toezeggingsbesluit door de ACM onmogelijk is. Hierin zou de ACM vooraf moeten melden dat een bepaalde afspraak akkoord is. Enkele partijen omschrijven dit toezeggingsbesluit overigens als een ‘tijdelijke ontheffingsmogelijkheid’. Diverse partijen adviseren daarnaast om meer inzicht te geven in de gehanteerde methoden. Het is, zoals hiervoor beschreven, zeer casusafhankelijk welke methode het best gebruikt kan worden om te bepalen of met bepaalde afspraken de Mededingingswet wordt overschreden. Wel is in de vorige paragraaf een verduidelijking gegeven ten aanzien van de vraag hoe dit aangepakt zou kunnen worden. Deze partijen stellen ook voor een publieksversie van de duurzaamheidsbeleidsregel op te stellen. De ACM heeft naar aanleiding daarvan laten weten dat zij het komende jaar – binnen het kader van de door de ACM geuite wens meer doelgroepspecifieke voorlichting te geven – zal komen met voorlichting over mededinging en duurzaamheid die ook niet-mededingingsrechtelijk ingevoerd kunnen begrijpen.

Een andere optie die in het kader van duidelijkheid door een enkele partij wordt genoemd is een verzwaarde motiveringsplicht voor de ACM bij duurzaamheidsafspraken. Zo zou volgens deze partij de ACM bij dergelijke afspraken moeten onderzoeken en onderbouwen waarom zij vindt dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor vrijstelling zoals in artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet beschreven. Het is evenwel de vraag wat een dergelijke aanvulling in de beleidsregel zal opleveren. Bij een beroep op artikel 6, derde lid, is de ACM bij een afwijzing al gehouden voldoende te onderbouwen waarom een overeenkomst hier niet aan zou voldoen. In de praktijk stellen rechters hoge eisen aan zowel de onderbouwing en onderliggende onderzoeken van de aanvragende partijen, als de onderbouwing van de ACM. Een verzwaarde motiveringsplicht bij duurzaamheidsafspraken doet bovendien de suggestie ontstaan dat in andere zaken een lichtere motivering voldoende zou zijn. Het is zeer de vraag of dit wenselijk is.

Een enkele partij zoekt de oplossing in het behoud van de huidige procedures, met daarin een actievere rol van de ACM. Bijvoorbeeld door goede toelichting te geven op het beoordelingskader, vroegtijdig mee te denken, in een vooroverleg samen te toetsen en te wegen en vertrouwelijk een voorlopig oordeel te geven. Dit sluit aan bij de huidige werkwijze van de ACM. Partijen kunnen thans de ACM al bereiken om een mondelinge, niet formele reactie te krijgen op afspraken in het kader van bijvoorbeeld internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen. Deze mogelijkheid kent wel grenzen in de capaciteit van de ACM.

Andere opties buiten de duurzaamheidsbeleidsregel

Naast aanpassingen van de duurzaamheidsbeleidsregel, hebben partijen diverse andere opties voorgesteld waardoor er meer mogelijkheden ontstaan om duurzaamheidsafspraken te maken. Een suggestie is dat de ACM binnen haar eigen prioriteringsbeleid experimenteerterruimte creëert. De ACM heeft mij laten weten dat zij ervan uitgaat dat maatschappelijk breed gedragen duurzaamheidsinitiatieven, waarbij zowel ministerie(s), ketenpartijen als gebruikers betrokken (en positief) zijn, geen schadelijke gevolgen hebben voor de gebruikers. Binnen dat kader is er ook experimenteerterruimte. Een reactie gaat in op de mogelijkheid om meer voorlichting te geven over duurzaamheidsinitiatieven. Volgens deze reagerende partij zou de hele maatschappij – en niet alleen boeren – verantwoordelijk moeten worden gemaakt voor duurzame productie. De overheid heeft – via subsidies en andere instrumenten – thans een belangrijke rol bij het realiseren van duurzaamheidsinitiatieven. Los van de overheid kunnen private initiatieven tot stand komen. Bij dergelijke initiatieven ligt de verantwoordelijkheid voor voorlichting over deze initiatieven bij de partijen die die afspraken maken. Het ligt daarbij in de rede dat investeringen die gedaan worden voor voorlichting over die duurzaamheidsafspraken uiteindelijk worden doorberekend aan de consument. Deze verhoogde kosten zullen meegenomen worden in een eventuele berekening van de voordelen die het initiatief brengt.

Een andere reagerende partij oppert de mogelijkheid een ‘duurzaamheidsloket’ te starten. Bij deze adviserende instantie zouden ondernemingen hun samenwerking kunnen voorleggen en inhoudelijk kunnen toetsen. De analyse van zo’n duurzaamheidsloket zou volgens deze partij een waardering kunnen bevatten of een duurzaamheidsinitiatief daadwerkelijk ten behoeve van duurzaamheid is, of eerder een ‘dekmantel’ voor kartelactiviteiten. De verwachting van de regering is dat ondernemers met het loket geen zekerheid krijgen. Alleen de ACM (en uiteindelijk de rechter) geeft hier een



(definitief) oordeel over. Tegelijkertijd zal het loket de individuele voorstellen wel moeten beoordelen, wat veel tijd en geld kost. De uitgaven ten gevolge van het instellen van het loket wegen daarbij niet op tegen eventuele mindere uitgaven die de ACM zal doen, omdat het loket alle initiatieven zal moeten beoordelen, waar de ACM nu alleen op een diepgaande wijze kijkt naar (een deel van de) initiatieven die in de praktijk daadwerkelijk tot een afspraak leiden.

Eén partij stelt voor een structurelere route dan de beleidsregel te volgen. De EU-regels laten volgens die reactie lidstaten ruimte om afspraken tussen private partijen politiek te valideren op basis van daadwerkelijke publieke betrokkenheid bij de totstandkoming van en controle op de afspraken. Dit sluit aan op de analyse van het kabinet dat het realiseren van duurzaamheidsinitiatieven via wettelijke maatregelen in beginsel minder snel op mededingingsrechtelijke beperkingen zal stuiten. Het kabinet heeft vanuit dat perspectief in de brief over mededinging en duurzaamheid van 23 juni (Kamerstukken II 2015/16, 30 196, nr. 463) aangekondigd met wetgeving te komen waardoor algemene gelding kan worden gegeven aan duurzaamheidsafspraken.

Uitvoeringstoets ACM

Zoals hierboven beschreven is de beleidsregel mededinging en duurzaamheid naar aanleiding van de reacties op de consultatie op diverse punten aangepast. De aangepaste beleidsregel heb ik conform de regeling gegevensuitwisseling ACM en ministers voor een uitvoeringstoets voorgelegd aan de ACM. De ACM concludeert dat de beleidsregel over het algemeen uitvoerbaar en handhaafbaar is. De ACM brengt in zijn uitvoeringstoets twee punten naar voren (overeenkomstig artikel 6, zevende lid, van de Regeling gegevensuitwisseling ACM en ministers maakt de ACM een uitvoeringstoets openbaar nadat het betreffende besluit is gepubliceerd).

Ten eerste gaat de ACM in op de uitleg van de term 'onlosmakelijk' (zoals gebruikt in paragraaf 3.2 van deze beleidsregel). Als een afspraak 'onlosmakelijk' aan een andere afspraak is verbonden, dan kunnen de voor- en nadelen van beide afspraken Europeesrechtelijk gezien gezamenlijk worden betrokken bij de beoordeling of beide afspraken doorgang kunnen vinden. Deze beleidsregel expliciteert dat de ACM die afspraken in voorkomende gevallen daadwerkelijk gelijktijdig moet bezien, ook als de 'onlosmakelijke verbondenheid' gevonden kan worden in het proces van totstandkoming van afspraken. Hierdoor kunnen afwegingen anders uitvallen.

De ACM is kritisch ten aanzien van de beschrijving in de beleidsregel dat 'onlosmakelijke verbondenheid' in het proces van afspraken gevonden kan worden. De ACM merkt op dat de eerste vrijstellingsvoorwaarde vereist dat de efficiëntieverbeteringen in voldoende mate resulteren uit de economische activiteit die het voorwerp van de afspraak uitmaakt. Daarbij moet het causale verband tussen de afspraak en de beweerde efficiëntieverbeteringen voldoende rechtstreeks zijn. Daarnaast wijst de ACM erop dat de (Europese) voorwaarde dat gebruikers een billijk aandeel van de voordelen van de afspraak ontvangen, impliceert dat de efficiëntieverbeteringen die voortvloeien uit die afspraak voldoende moeten opwegen tegen de mededingingsbeperkende effecten die uit diezelfde afspraak binnen diezelfde relevante markt voortvloeien.

Ik deel deze juridische analyse van de ACM niet. Het Europees recht sluit niet uit dat afspraken ook als onlosmakelijk verbonden worden gezien als deze procesmatig verbonden zijn. Het is bovendien in de praktijk zeer wel voorstelbaar dat een akkoord niet tot stand komt als één onderdeel (met mogelijkere wijs licht nadelige effecten voor de consument) niet gerealiseerd zou worden. Dit terwijl het akkoord als geheel mogelijk wel positieve effecten kan hebben op diezelfde consument. In dat soort gevallen zou de ACM moeten oordelen dat het akkoord doorgang moet kunnen vinden.

Tegelijkertijd is deze uitleg van de wet uiteraard geen vrijbrief voor partijen om te betogen dat een prijsverhogende deelafpraak in het geheel van de voordelen van een akkoord wegvalt. Partijen zullen moeten aantonen dat het in het proces van het akkoord noodzakelijk is om genoemde specifieke afspraak te maken – de afspraak moet daadwerkelijk onlosmakelijk samenhangen met de andere afspraken. Vaak zal dat niet het geval zijn, bijvoorbeeld doordat deelakkoorden mogelijk zijn, of doordat afspraken uit het akkoord gehaald kunnen worden en op een andere manier kunnen worden gerealiseerd. Verwachting is dan ook dat de ACM nauwelijks geconfronteerd zal worden met extra toezicht naar aanleiding van dit element van de beleidsregel. Ik ben dan ook niet voornemens voor deze invulling van haar toezichtstaak extra budget te reserveren. Mocht in de praktijk evenwel blijken dat dergelijke processen onverhoopt veel aandacht van de ACM zullen vergen, dan zal ik daar in gesprekken over het reguliere financieringsproces met de ACM een welwillend oor voor hebben. Ten tweede merkt de ACM op dat in paragraaf 3.5 van de beleidsregel staat dat aan de restconcurrentievoorwaarde in een concrete zaak tevens kan zijn voldaan 'indien voldoende toegang tot de markt voor niet bij de afspraak aangesloten ondernemingen open staat'. De ACM wijst erop dat de lat hiervoor hoog ligt. Partijen zullen moeten motiveren waarom door deze lage toetredingsdrempels sprake is van potentiële concurrentie en waarom van deze bronnen reële concurrentiedruk uitgaat op de partijen. Daarnaast spelen hierbij nog andere factoren een rol. Aan deze bewijslast wordt hoogstwaarschijnlijk ook niet voldaan wanneer, hoewel de toetredingsdrempels laag zijn, bijvoorbeeld prijs de belangrijkste concurrentieparameter is voor partijen en de betreffende afspraak de concurrentie op deze parameter (grotendeels) wegneemt. Ik deel deze opmerking van de ACM en heb de tekst in



bovenstaande toelichting naar aanleiding hiervan dan ook aangescherpt.

§ 6. Regeldruk

De onderhavige beleidsregel heeft geen gevolgen voor de regeldruk, omdat er geen nieuwe verplichte activiteiten worden voorgeschreven voor ondernemingen of de ACM.

§ 7. Inwerkingtreding

De onderhavige beleidsregel treedt in werking met ingang van de dag na de dagtekening van de Staatscourant waarin hij wordt geplaatst. Er is derhalve geen invoeringstermijn van twee maanden overeenkomstig de uitgangspunten van de vaste verandermomenten voor inwerkingtreding van regelgeving. Er is voor gekozen om de beleidsregel direct na publicatie in werking te laten treden, omdat daarmee ongewenste nadelen voor het bedrijfsleven worden voorkomen.

*De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp*