



## **Besluit van de Minister van Economische Zaken van 6 mei 2014, nr. WJZ / 14052830, houdende beleidsregel inzake de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet bij mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid**

De Minister van Economische Zaken;

Gelet op artikel 21, eerste lid, van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en artikel 5d 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 het bepaalde in 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 voor de gebruikers die zich op langere termijn zullen voordoen meegewogen;
- 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 voordelen voor de gebruikers die zich op langere termijn zullen voordoen meegewogen;
- c. bij de beoordeling van 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 beoordeling van 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**

Deze beleidsregel wordt aangehaald als: Beleidsregel mededinging en duurzaamheid.

### **Artikel 4**

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

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

*'s-Gravenhage, 6 mei 2014*

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



## TOELICHTING

### § 1. Inleiding

#### 1.1 Aanleiding en reikwijdte

Op 24 januari 2013 hebben de Kamerleden Dijkgraaf en Geurts een motie ingediend waarin de Tweede Kamer verzoekt om beleidsregels vast te stellen voor de Nederlandse Mededingingsautoriteit (thans: de Autoriteit Consument en Markt) met daarin aanwijzingen voor het bieden van ruimte voor afspraken in de agronutriketen over publieke belangen als dierenwelzijn en milieu.<sup>1</sup> De onderhavige beleidsregel geeft invulling aan deze motie. De beleidsregel stelt een aantal voor duurzaamheid specifieke aspecten vast die de Autoriteit Consument en Markt (hierna: 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 niet alleen van toepassing op duurzaamheidsinitiatieven in de agronutriketen, maar tevens op andere 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 de 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 het vermogen van toekomstige generaties om in hun eigen behoeften te voorzien in gevaar te brengen. Hiermee wordt aangegeven 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 ook dikwijls volksgezondheid, dierenwelzijn en eerlijke handel geschaard. Bij duurzaamheid kan onder andere aan de volgende zaken gedacht worden:

- ontwikkelingen in productiemethoden die milieuvervuiling tegengaan, bijvoorbeeld door CO<sub>2</sub> emissies naar de lucht of het ontstaan van afval te voorkomen;
- ontwikkelingen in productiemethoden die het verlies aan biodiversiteit tegengaan, bijvoorbeeld door overconsumptie van niet gereguleerde- of niet gequoteerde vissoorten te voorkomen.
- ontwikkelingen op het gebied 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 of waarbij producenten in ontwikkelingslanden een eerlijke prijs voor hun producten ontvangen, bijvoorbeeld 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 kleinere 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 milieuvervuiling, 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

<sup>1</sup> Kamerstukken II, 2012/2013, 33 400 XIII, nr. 99



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 milieuvervuiling 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 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. Het visiedocument van de ACM en deze beleidsregel zijn met elkaar in overeenstemming. In het visiedocument verduidelijkt de ACM de wijze waarop zij de onderhavige beleidsregel in de praktijk zal toepassen.

#### **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. Tevens is deze beleidsregel informeel afgestemd met de Europese Commissie.

### **§ 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 kunnen blijven concurreren op prijs, kwaliteit, smaak, imago etc.<sup>2</sup> Een vergelijkbaar geval betreft de afspraak om het zoutgehalte in voedingsmiddelen terug te dringen.<sup>3</sup>

Ook andere afspraken die de mededinging niet beperken zijn denkbaar.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Op instigatie van de Britse overheid (Food Safety Authority, FSA) kwamen Britse producenten overeen het zoutgehalte in hun voedingsmiddelen te verminderen.



### *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 gezondheid van dieren dienen en daarmee hun welzijn bevorderen. Indien door dergelijke afspraken de prijs van de producten die deze dieren opleveren niet verhoogd wordt, beperken zij de mededinging niet.

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 geconcentreerd 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 biggen.<sup>4</sup> 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.

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.

### *Voorbeeld*

Enkele supermarktketens maakten de afspraak om de consument tien (gulden-) cent per liter melk extra in rekening brengen (het melkdubbeltje) om de gestegen inkoopkosten als gevolg van mond- en klauwzeer te compenseren<sup>5</sup>. 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,

<sup>4</sup> Informele zienswijze ACM in zaak 6456 (2008).

<sup>5</sup> Zaak 2432 (2001).



verschillend over geoordeeld.<sup>6</sup> In de meeste gevallen werd de verplichte doorberekening niet toegestaan<sup>7</sup>.

## **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. Indien bijvoorbeeld een afspraak, die ziet op de verbetering van de kwaliteit van het betreffende product, slechts een klein gedeelte van de markt bedekt, wordt sneller voldaan aan de voorwaarde dat de mededingingsbeperkingen van de afspraak niet onmisbaar mogen zijn, indien het bestaan van afdoende restconcurrentie borgt dat er voldoende keuzemogelijkheden voor de consument overblijven.<sup>8</sup> 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 verhogen de welvaart van de gebruikers. 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 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.

## **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 vrijstellingsvoorwaarden 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

<sup>6</sup> 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 bijdrage werd verplicht doorberekend aan de volgende schakel in de distributieketen. Van deze bijdrage werden de inzamelaars en verwerkers betaald. De verplichte doorberekening werd door de ACM alleen toegestaan voor de periode die nodig was om de kosten te dekken van de apparaten die reeds in omloop waren waarvoor op het moment van aanschaf nog geen verwijderingsbijdrage in rekening was gebracht. 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 productkringloop 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.

<sup>7</sup> Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland, zaak 492 (1999) en Stichting Batterijen, zaak 51 (1999).

<sup>8</sup> Zie de ACM notitie: De beoordeling van mededingingsbeperkingen als gevolg van duurzaamheidsinitiatieven in de praktijk ([www.acm.nl](http://www.acm.nl)).



onderbouwning 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 uiteindelijk geen voordeel opleveren, 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. Omdat bij zuivere duurzaamheidsafspraken de winstpositie van de betrokken ondernemingen niet altijd toeneemt, kan er een prikkel ontstaan om naast de duurzaamheidsafpraak ook een mededingingsbeperkende afspraak te maken die geen verband houdt met het duurzaamheidsbelang. In dit geval is vrijstelling van het kartelverbod niet aan de orde.

### **§ 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 of het creëren van een nieuw product. Dit omvat ook de situatie waarin consumenten waarde hechten aan bepaalde kwalitatieve eigenschappen van het product en bereid zijn om daar een hogere prijs voor te betalen.

#### *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 om 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 duurzamer producten voort te brengen en, in bepaalde gevallen, om een negatief extern effect op te lossen. Dit kan positieve welvaartsgevolgen 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.

#### *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. In het geval van duurzaamheidsinitiatieven is het passend dat de weging van de efficiëntieverbeteringen niet wordt beperkt tot voordelen voor de consument in de relevante markt in het heden. Duurzame ontwikkeling heeft juist voor een belangrijk deel gevolgen voor het toekomstig perspectief. Bij 'de voordelen voor de gebruikers 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 niet worden meegewogen zullen 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 vervuilende uitstoot bij elektriciteitsopwekking terug te dringen<sup>9</sup>. 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 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 CO<sub>2</sub>-uitstoot. De verminderde CO<sub>2</sub>-uitstoot levert de consument in de toekomst voordelen op, doordat zij dan minder kosten hoeft te maken om de negatieve gevolgen van CO<sub>2</sub>-uitstoot (klimaatverandering) terug te dringen.

### **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. 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. 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.<sup>10</sup>

#### *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 er echter na de afspraak slechter aan toe 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.

<sup>9</sup> Zaak IV/36.178 CECEDE, PB 2000, L187/47.

<sup>10</sup> Zie punt 85 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, PbEU 2004, C 101/97.



### *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. Wat hieronder wordt verstaan, is in het vorige onderdeel (de eerste voorwaarde van artikel 6, derde lid) uitgelegd. 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.

### **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 efficiëntieverbeteringen 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 gezien<sup>11</sup>.

### *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.

### **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

<sup>11</sup> Informele zienswijze MSC certificaat garnalensector, zaak 7011, 2011.





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.

#### **§ 4. Consultatie**

De consultatie van de onderhavige beleidsregel heeft van 15 juli tot en met 9 september 2013 plaatsgevonden via [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl). In totaal zijn 5 reacties op de concept beleidsregel ontvangen.

In een aantal reacties op de consultatie werd gevraagd om meer verduidelijking en praktijkvoorbeelden voor bedrijven die behoefte hebben aan een eenvoudige toelichting op de onderliggende beleidsregel waarbij duurzame ontwikkeling het uitgangspunt is. Dit heeft ertoe geleid dat een aantal begrippen uitgebreider is uitgelegd, de opbouw van de toelichting is aangepast, is gewerkt met verduidelijkende tussenkopjes en er een groot aantal voorbeelden is toegevoegd. Hiernaast zijn de antwoorden op specifieke vragen die zijn gesteld in de reacties op de concept beleidsregel zo goed mogelijk in de toelichting verwerkt.

Ten aanzien van de reikwijdte van de beleidsregel hebben enkelen aangegeven dat zij zouden willen dat de beleidsregel niet alleen van toepassing is op duurzame ontwikkelingen in productiemethoden en dat de beleidsregel geen limitatieve opsomming geeft van beschermde publieke belangen, maar ruimte laat voor invulling in de praktijk. Dit heeft ertoe geleid dat het begrip duurzaamheid niet afgebakend is gedefinieerd in de tekst van de beleidsregel zelf, maar niet-limitatief wordt uitgelegd in de toelichting.

Ten slotte werd in een aantal reacties gevraagd in hoeverre de conceptbeleidsregel is afgestemd met de Europese Commissie en hoe deze zich verhoudt tot het visiedocument mededinging en duurzaamheid van de ACM.

De concept beleidsregel is besproken met de Europese Commissie en de Europese Commissie heeft een informele schriftelijke reactie gegeven. Dit heeft ertoe geleid dat is verduidelijkt dat in de beleidsregel een voor duurzaamheid kenmerkend algemeen kader wordt 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. Ook is verduidelijkt dat het weliswaar mogelijk is om toekomstige voordelen voor gebruikers mee te laten wegen, maar dat artikel 101, derde lid, VWEU vereist dat de voordelen ten goede komen aan de gebruikers van de betreffende goederen of diensten (en dat het meewegen van voordelen voor de samenleving als geheel in dat kader niet kan worden aanvaard). Het visiedocument mededinging en duurzaamheid van de ACM en deze beleidsregel zijn zodanig afgestemd dat zij met elkaar in overeenstemming zijn.

#### **§ 5. Regeldruk**

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

#### **§ 6. 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*