



Visiedocument Mededinging & Duurzaamheid

Mei 2014

Autoriteit Consument en Markt

Postbus 16326

2500 BH Den Haag



Inhoud

Korte samenvatting.....	3
1 Inleiding.....	3
1.1 Duurzaamheid en mededinging.....	3
1.2 Verduidelijking van de mededingingsregels is gewenst.....	3
1.3 Private initiatieven ter realisering van duurzaamheidsdoelstellingen.....	4
1.4 ACM wil duidelijkheid bieden.....	4
2 Uitgangspunten.....	5
2.1 Uitleg toepassing kartelverbod op duurzaamheidsinitiatieven.....	5
2.2 Ondernemingen beoordelen zelf of hun samenwerkingsafpraak is toegestaan.....	5
2.3 Het begrip duurzaamheid.....	6
2.4 Duurzaamheidsinitiatieven hebben geen bijzondere status.....	6
2.5 Nadruk op beoordeling duurzaamheid onder lid 3.....	6
2.6 Een breed welvaartsbegrip.....	6
3 Beoordeling duurzaamheidsinitiatieven.....	7
3.1 Inleiding.....	7
3.2 Hoe werden duurzaamheidsafspraken tot nu toe in de praktijk getoetst?.....	7
3.3 Beoordeling duurzaamheidsinitiatieven onder lid 1.....	9
3.3.1 Merkbaarheid.....	9
3.3.2 Inherente beperkingen.....	9
3.4 Toepassing lid 3: afspraken moeten aan vier vrijstellingsvereisten voldoen.....	10
3.4.1 Inleiding.....	10
3.4.2 Het welvaarts criterium bij de toepassing van lid 3.....	10
3.4.3 De markt werkt vaak goed, maar niet altijd.....	11
3.4.4 Samenwerking kan leiden tot een duurzamer aanbod.....	11
3.4.5 Afspraken kunnen een coördinatieprobleem oplossen.....	12
3.4.6 Economische benadering impliceert zorgvuldige afweging.....	12
3.5 Vertaling economische benadering naar de vier vrijstellingscriteria.....	12
3.5.1 Voorwaarde 1: Efficiëntievoordelen.....	13
3.5.2 Voorwaarde 2: Billijk aandeel van de voordelen voor de gebruikers.....	13
3.5.3 Voorwaarde 3: Noodzakelijkheidsvereiste.....	16
3.5.4 Voorwaarde 4: Voldoende restconcurrentie.....	17
Bijlage: Teksten artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU.....	19



Korte samenvatting

ACM ziet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod (artikel 6 van de Mededingingswet en artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie). In sommige gevallen is het kartelverbod in het geheel niet op een duurzaamheidsafpraak van toepassing, bijvoorbeeld omdat het initiatief geen belangrijke invloed heeft op het concurrentieproces. Ook in gevallen waarin dat wel zo is ziet ACM ruimte omdat duurzame productie voordelen kan bieden voor huidige en toekomstige consumenten. Deze ruimte bestaat in het bijzonder bij initiatieven die voor de consument voldoende keuzemogelijkheden laten bestaan. Maar ook wanneer dat niet zo is, omdat sprake is van marktdekkende duurzaamheidsafspraken, is er in de visie van ACM een zekere ruimte, met name wanneer daardoor een negatief extern effect wordt weggenomen op een wijze die de consumenten, nu en/of in de toekomst, ten goede komt. In hoeverre die ruimte er is, zal steeds op basis van de bijzonderheden van het concrete geval beoordeeld moeten worden. Het is in de eerste plaats aan de bij een duurzaamheidsinitiatief betrokken partijen om na te gaan of hun afspraak in overeenstemming met het kartelverbod is. Waar mogelijk en wenselijk zal ACM in concrete zaken handvatten voor de beoordeling kunnen bieden. Dit is ook het doel van dit Visiedocument.

1 Inleiding

1.1 Duurzaamheid en mededinging

In dit Visiedocument geeft ACM aan hoe zij de verhouding ziet tussen samenwerking van ondernemingen op het gebied van duurzaamheid (hierna ook: 'duurzaamheidsinitiatieven') en het kartelverbod. ACM doet dit om het bedrijfsleven meer duidelijkheid te bieden over de ruimte voor samenwerking op het gebied van duurzaamheid. Uit dit Visiedocument blijkt dat de mededingingsregels die ruimte bieden.

1.2 Verduidelijking van de mededingingsregels is gewenst

ACM¹ heeft uit verschillende hoeken de oproep ontvangen om meer uitleg te bieden over de mogelijkheid tot samenwerking op het gebied van duurzaamheid. Onduidelijkheid over de vraag welke duurzaamheidsinitiatieven wel en welke niet zijn toegestaan zou een belemmering vormen voor dit soort initiatieven. ACM wil voorkomen dat duurzaamheidsinitiatieven met positieve gevolgen voor de consument en daarmee voor de samenleving door die onduidelijkheid niet tot stand komen.² Samenwerking op het gebied van duurzaamheid staat ook in de aandacht van de politiek. In januari

¹ Waar ACM staat, moet hieronder ook worden begrepen de NMa, als rechtsvoorganger van ACM.

² Met dit Visiedocument beoogt ACM de kans op het ten onrechte verhinderen van welvaartsverhogende afspraken ('false positives') te verkleinen, zonder daarmee de kans op het ten onrechte laten doorgaan van schadelijke afspraken ('false negatives') te vergroten. 'False positives' doen zich voor wanneer een afspraak ten onrechte als mededingingsbeperkend en niet voor toepassing van artikel 6 lid 3 in aanmerking komend wordt beschouwd. 'False negatives' doen zich voor in de omgekeerde situatie.



2013 verzocht de Tweede Kamer de Minister van Economische Zaken om beleidsregels voor de ACM met aanwijzingen voor de beoordeling van afspraken in de agronutriketen³ over dierenwelzijn en milieu.⁴

1.3 Private initiatieven ter realisering van duurzaamheidsdoelstellingen

Daar waar duurzaamheidsbelangen door de overheid als publiek belang worden geduid, kan zij er voor kiezen deze in regelgeving te borgen. Er is echter een tendens om doelstellingen op het gebied van duurzaamheid via de markt te bevorderen. Die tendens vormt een reden voor ACM om aan de zojuist genoemde oproep tegemoet te komen. Steeds meer ondernemingen werken met duurzaamheidsdoelstellingen. Soms op verzoek van de overheid. Dit kan leiden tot zelfregulering. Ondernemingen bepalen zelf in meer of mindere mate wat de beste manier is om bepaalde duurzaamheidsdoelstellingen te halen, en leggen dit eventueel vast in afspraken.⁵ Indien die afspraken factoren beïnvloeden waarmee ondernemingen elkaar normaal gesproken beconcurreren (zoals prijs, kwaliteit, hoeveelheid), kan sprake zijn van een mededingingsbeperking die in strijd is met het kartelverbod van artikel 6 van de Mededingingswet (Mw) en artikel 101 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).⁶ ACM wordt als gevolg van deze ontwikkelingen in de praktijk regelmatig geconfronteerd met vragen of klachten over duurzaamheidsinitiatieven.

1.4 ACM wil duidelijkheid bieden

Dit Visiedocument is het resultaat van een traject waarbij ACM bij het bedrijfsleven en bij experts opvattingen heeft verzameld over de uitleg van het kartelverbod bij duurzaamheidsinitiatieven. Gedurende dit traject voerde ACM ook verschillende gesprekken met marktpartijen, die hun initiatief aan ACM hadden gemeld. Deze meldingen vonden mede plaats naar aanleiding van een brief van voormalig staatssecretaris Bleker d.d. 22 november 2011 aan de Tweede Kamer.⁷ In de gesprekken heeft ACM de betrokken ondernemingen handvatten gegeven om de betreffende duurzaamheidsinitiatieven mededingingsrechtelijk te beoordelen.

Daarnaast organiseerde ACM in november 2011 een ronde-tafel discussie met vertegenwoordigers uit het bedrijfsleven en in januari 2013 een expertmeeting over duurzaamheid en mededinging, en plaatste zij in maart 2013 de Kennisbank Duurzaamheid op haar website.⁸ Deze [Kennisbank](https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/duurzaamheid-en-mededinging/kennisbank-duurzaamheid/) biedt handvatten voor de beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven aan de hand van uitspraken in

³ Onder 'agronutriketen' wordt de keten van productie, distributie en consumptie van voedingsmiddelen verstaan. Voor een NMa-rapport over prijsvorming in deze keten ("Prijsvorming in de agri-food sector", 2 december 2009) zie: http://www.tweedekamer.nl/images/NMa_Rapportage_Prijsvorming_118-200762.pdf.

⁴ Motie Dijkgraaf/Geurts van 24 januari 2013, *Kamerstukken II*, 2012/2013, 33 400 XIII, nr. 99.

⁵ Waar dit document spreekt van 'afspraken' dienen hier ook onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen onder te worden verstaan, als bedoeld in artikel 6 lid 1 Mw.

⁶ De tekst van beide bepalingen staat in Bijlage 1. In het navolgende zullen deze gelijkkluidende bepalingen kortheidshalve worden aangehaald als artikel 6 Mw/ 101 VWEU ofwel worden zij aangeduid met de term 'kartelverbod'.

⁷ Zie <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2011/11/22/kamerbrief-over-de-belemmeringen-in-regelgeving-bij-de-verduurzaming-van-de-voedselketen.html>.

⁸ Zie <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/duurzaamheid-en-mededinging/kennisbank-duurzaamheid/>.



concrete zaken. In aanvulling hierop geeft dit Visiedocument een meer overkoepelend beeld van de manier waarop ACM duurzaamheidsinitiatieven vanuit zowel juridisch als economisch perspectief bekijkt. Dit Visiedocument, dat de reacties in een consultatie over een conceptversie meeneemt⁹, geeft aan op welke wijze ACM uitvoering denkt te geven aan de beleidsregel Mededinging en Duurzaamheid van de Minister van Economische Zaken.

2 Uitgangspunten

ACM gaat uit van de volgende uitgangspunten.

2.1 Uitleg toepassing kartelverbod op duurzaamheidsinitiatieven

Dit Visiedocument beperkt zich tot het kartelverbod, als omschreven in artikel 6 Mw/101 VWEU. In lid 1 van beide bepalingen is dit kartelverbod neergelegd. In lid 3 van beide bepalingen staat onder welke omstandigheden afspraken tussen ondernemingen die in beginsel onder het kartelverbod vallen, daarvan zijn vrijgesteld. Voor de leesbaarheid zal in dit document vaak gesproken worden van 'lid 1' en 'lid 3'. Bij de toepassing van het verbod op het misbruik van een economische machtspositie, neergelegd in artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU, en bij de concentratiecontrole op basis van de Mw en de Europese concentratieverordening spelen duurzaamheidsvragen tot nu toe een geringere rol. Die mededingingsbepalingen komen in dit Visiedocument daarom niet aan de orde.

2.2 Ondernemingen beoordelen zelf of hun samenwerkingsafpraak is toegestaan

Artikel 6 Mw/101 VWEU gaan uit van een systeem waarin ondernemingen zelf moeten beoordelen of afspraken die zij willen maken de concurrentie beperken en in strijd zijn met het kartelverbod (het zgn. *self assessment*). Als zij een beroep willen doen op de uitzondering van lid 3 rust op de ondernemingen de bewijslast om aan te tonen dat zij aan de voor deze vrijstelling geldende criteria voldoen. Dit document verandert niets aan die bewijslastverdeling,¹⁰ maar beoogt ondernemingen wel te helpen bij het *self assessment*.

⁹ Op de Kennisbank Duurzaamheid staat een overzicht van de ontvangen reacties met een reactie van ACM daarop.

¹⁰ Deze volgt uit artikel 2 van Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002, Publicatieblad van de Europese Unie L1/1, 4 januari 2003: "In alle nationale of communautaire procedures tot toepassing van artikel [101] of artikel [102] van het Verdrag dient de partij of autoriteit die beweert dat een inbreuk op artikel [101], lid 1, of artikel [102] van het Verdrag is gepleegd, de bewijslast van die inbreuk te dragen. De onderneming of ondernemersvereniging die zich op artikel [101], lid 3, van het Verdrag beroept, dient daarentegen de bewijslast te dragen dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan." [artikelen hernummerd conform de huidige nummering in het VWEU].



2.3 Het begrip duurzaamheid

Duurzaamheid is een breed, niet eenduidig gedefinieerd begrip.¹¹ Er worden onderwerpen onder geschaard als milieubescherming, volksgezondheid, 'fair trade' productie, dierenwelzijn etc. De activiteiten en producten waarvan inmiddels duurzame varianten zijn ontstaan variëren – om maar een paar voorbeelden te noemen – van ecologisch verantwoord voedsel tot duurzaam hout, duurzame visserij, 'fair trade'-producten en duurzame energie. Als toezichthouder dient ACM er alert op te zijn dat niet alle afspraken die duurzaamheid bevorderend worden genoemd, dat ook zijn. En niet alles wat onder de noemer duurzaamheid wordt afgesproken werkt per saldo positief uit op de (consumenten)welvaart. Het enkele beroep op duurzaamheid zal dus voor ACM geen reden zijn om samenwerking tussen concurrenten positief te beoordelen. Dat het begrip duurzaamheid niet adequaat valt af te bakenen is op zichzelf geen probleem, omdat ieder geval op zijn eigen merites moet worden beoordeeld. Daarbij is niet doorslaggevend of een afspraak onder de vlag van duurzaamheid wordt gemaakt maar welk belang met de afspraak wordt gediend en in hoeverre dit belang opweegt tegen de beperking van de mededinging.

2.4 Duurzaamheidsinitiatieven hebben geen bijzondere status

Alle afspraken tussen ondernemingen worden volgens hetzelfde analysekader beoordeeld. Duurzaamheidsafspraken vormen volgens de huidige stand van beleid en rechtspraak dus geen 'bijzonderheid' in het mededingingsrecht.

2.5 Nadruk op beoordeling duurzaamheid onder lid 3

Niet alle afspraken op het gebied van duurzaamheid vallen onder het kartelverbod.¹² Daarnaast is het mogelijk dat duurzaamheidsinitiatieven mededingingsbeperkend zijn maar tevens voldoen aan de vrijstellingscriteria van het kartelverbod. Hierop zal in dit Visiedocument in het bijzonder worden ingegaan, aangezien deze toets de meeste vragen oproept.

2.6 Een breed welvaartsbegrip

Vanuit economisch gezichtspunt wordt algemeen een breed welvaartsbegrip toegepast. In dit welvaartsbegrip spelen de voorkeuren van de consumenten een centrale rol. Voor dit Visiedocument is van belang dat consumenten ook productkenmerken die verband houden met duurzaamheid

¹¹ Een vaak gebruikte definitie van duurzaamheid is afkomstig uit het Brundtland Rapport (*World Commission on Environment and Development (WCED), Our common future*, Oxford: Oxford University Press, 1987 p. 43). Ook het CBS en CPB hanteren deze definitie in hun gezamenlijke 'Monitor Duurzaam Nederland' (2009 en 2011). Zie: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brochures/2012/01/10/monitor-duurzaam-nederland-2011.html>.

"Duurzame ontwikkeling is een ontwikkeling die voorziet in de behoeften van de huidige generatie, zonder dat daarmee de behoeften van toekomstige generaties, zowel hier als in andere delen van de wereld, in gevaar worden gebracht."

Volgens het Brundtland-rapport kan 'duurzame' ontwikkeling bereikt worden door onder meer milieubeleid, het waarborgen van de levensbehoeften van alle wereldbewoners, energiezuinige productie en behoud van dier- en plantensoorten. Economische en ecologische drijfveren hoeven daarbij niet per definitie ten koste van elkaar te gaan.

¹² Zie paragraaf 3.3.1 en 3.3.2 hierna.



belangrijk kunnen vinden en zij er daarom waarde aan hechten dat producten milieu- of diervriendelijk zijn voortgebracht. Voorts is het economisch gezien belangrijk dat zo efficiënt mogelijk wordt omgegaan met schaarse middelen. Daarmee wordt de welvaart gediend. Dit kan ook de omgang met het milieu en uitputbare grondstoffen betreffen.

3 Beoordeling duurzaamheidsinitiatieven

3.1 Inleiding

Afspraken tussen ondernemingen over belangrijke concurrentieparameters, zoals de prijs of de geproduceerde hoeveelheid, beperken de concurrentie op een markt. Dergelijke afspraken zijn op basis van het kartelverbod in beginsel niet toegestaan. Een uitzondering op dit verbod is krachtens lid 3 van het kartelverbod mogelijk, als de afspraak aan elk van de volgende voorwaarden voldoet:

1. de afspraak leidt tot een verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang (ook wel: efficiëntievoordelen);
2. een billijk deel van de voordelen die hieruit voortvloeien komt aan de gebruikers ten goede;
3. de afspraak is noodzakelijk om deze voordelen te behalen en gaat niet verder dan nodig is (ook wel: noodzakelijkheidsvereiste);
4. de afspraak leidt er niet toe dat de concurrentie op een wezenlijk deel van de markt wordt uitgeschakeld. Er moet ondanks de afspraak dus voldoende ruimte blijven om te concurreren (ook wel: vereiste van restconcurrentie).

In de volgende paragrafen wordt eerst teruggeblikt op besluiten waarin ACM en de Europese Commissie dit regelgevend kader toepasten in mededingingszaken waarin duurzaamheidsinitiatieven een rol speelden. Daarna wordt afzonderlijk op de verschillende elementen van de economische en juridische waardering van duurzaamheidsinitiatieven ingegaan.

3.2 Hoe werden duurzaamheidsafspraken tot nu toe in de praktijk getoetst?

Uit de beoordeling in het verleden van de meest voorkomende mededingingsbeperkingen bij duurzaamheidsinitiatieven kunnen de volgende algemene lijnen worden afgeleid:¹³

- a) Afspraken die betrekking hebben op de afzetprijs vallen in de regel onder het kartelverbod. Zij voldoen bovendien slechts bij hoge uitzondering en onder strikte voorwaarden aan de vrijstellingscriteria van lid 3;¹⁴
- b) Gezamenlijk aanpak van een hulpfunctie (zoals collectieve afvalverwijderingssystemen) kan, indien deze systemen mededingingsbeperkend zijn, onder bepaalde randvoorwaarden voldoen aan de vrijstellingscriteria van lid 3;¹⁵

¹³ ACM heeft deze lijnen uitgebreider geschetst in de maart 2013 uitgebrachte notitie 'De beoordeling van mededingingsbeperkingen als gevolg van duurzaamheidsinitiatieven in de praktijk'.

¹⁴ Bijvoorbeeld: de zaak 'VOTOB', zie mededingingsverslag Europese Commissie 1992 en "Melkdubbeltje", NMa zaak 2432 (2001).

¹⁵ Bijvoorbeeld: Stichting Papier Recycling Nederland, NMa zaak 3007 (2003).



- c) Standaardisering ten behoeve van logistiek, distributie of verpakking zal niet snel onder het kartelverbod vallen en zal indien dat wel zo is relatief snel voldoen aan de vrijstellingscriteria van lid 3;¹⁶
- d) Het kartelverbod biedt ook ruimte voor afspraken die een kwalitatieve aanbodbeperking inhouden. Dit kunnen bijvoorbeeld afspraken zijn om alleen producten die (in een of meer opzichten) duurzaam zijn op de markt te brengen. Dergelijke afspraken zijn eerder en in sterkere mate mededingingsbeperkend naarmate zij:
- een belangrijker concurrentieparameter raken waardoor zij kunnen leiden tot een prijsverhoging of tot gevolg kunnen hebben dat bepaalde producten waar de consument prijs op stelt niet langer worden aangeboden, en
 - een groter deel van het aanbod op de desbetreffende markt omvatten.¹⁷

Samenvattend kan uit het zaakoverzicht het volgende worden afgeleid.

Wanneer een duurzaamheidsinitiatief aan een belang ten goede komt dat door consumenten en daarmee door de samenleving als waardevol wordt beschouwd terwijl er geen beperking op een belangrijke concurrentieparameter plaatsvindt, kan zelfs een marktdekkende afspraak verenigbaar zijn met het kartelverbod.¹⁸

Wanneer in geval van een kwalitatieve aanbodbeperking wel een belangrijke concurrentieparameter wordt geraakt – bijvoorbeeld wanneer wordt overgegaan tot het slechts aanbieden van duurzame maar (daardoor) ook duurdere producten – biedt de lid-3 toets ook nog voldoende ruimte. Aan deze toets zal relatief snel kunnen worden voldaan indien er voor de afnemers nog steeds voldoende mogelijkheden overblijven om een niet-duurzaam product te kiezen. Wanneer dat laatste niet het geval is omdat de afspraak min of meer marktdekkend is, zal een lid-3 toets relatief zwaar zijn. Er zal dan een gedegen afweging moeten plaatsvinden van de voor- en nadelen van de afspraak voor de gebruikers.¹⁹ Bij marktdekkende afspraken moet tevens meer aandacht geschonken worden aan het vereiste van voldoende restconcurrentie, maar dit vereiste biedt wel een zekere ruimte.

Ondernemingen zullen in het algemeen zelf weten of een door hen ondernomen initiatief een belangrijke concurrentieparameter raakt of niet. Betreft het initiatief een belangrijk element in de concurrentie dan kunnen de bij het initiatief betrokken ondernemingen aan de hand van hun gezamenlijke marktpositie nagaan of de consument nog de keuze heeft tussen het duurdere, duurzame product en andere producten. Is een afspraak marktdekkend, dan moeten ondernemingen meer in detail nagaan of voor de consument de voordelen van de verduurzaming opwegen tegen de nadelen van de keuzebeperking en of er nog restconcurrentie overblijft, bijvoorbeeld doordat nieuwe spelers tot de markt kunnen toetreden die de duurzame producten op een innovatieve wijze

¹⁶ Europese Commissie Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Publicatieblad C11/1, 14 januari 2011, par. 331.

¹⁷ Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81 [thans: 101] lid 3 van het Verdrag (hierna: Artikel 101(3) richtsnoeren), Publicatieblad C 101/97, 27 april 2004, par. 109-110.

¹⁸ NMa-zaak 6456 (2008), informele zienswijze over het verdoofd castreren van biggen.

¹⁹ Zaak IV 36.718, CECED, beschikking Europese Commissie van 24 januari 1999.



goedkoper kunnen aanbieden.

Hieronder komt de beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder lid 1 en lid 3 afzonderlijk aan de orde.

3.3 Beoordeling duurzaamheidsinitiatieven onder lid 1

Niet alle samenwerkingsinitiatieven op het gebied van duurzaamheid vallen onder het kartelverbod. Dit wordt ook geïllustreerd aan de hand van voorbeelden in de [Kennisbank Duurzaamheid](#). Er zijn samenwerkingsvormen die vanuit mededingingsoogpunt onschuldig zijn omdat ze betrekking hebben op een aspect van de bedrijfsvoering ten aanzien waarvan samenwerking de afnemers niet snel zal kunnen benadelen. Te denken valt aan het gezamenlijk gebruik van duurzaamheidskeurmerken.

Duurzaamheidsinitiatieven die niet onder lid 1 vallen, zijn daardoor zonder meer toegestaan. Alvorens wordt ingegaan op de vrijstellingsvoorwaarden voor afspraken die wel onder lid 1 vallen, worden nog twee aspecten van de toepassing van lid 1 afzonderlijk besproken: het vereiste van merkbaarheid (3.3.1) en de inherente beperkingen (3.3.2).

Het is ook mogelijk dat ondernemingen onder de vlag van duurzaamheid afspraken maken die de mededinging beperken en de consument geen voordeel opleveren. Tegen kartelafspraken die onder de vlag van duurzaamheid worden gemaakt treedt de toezichthouder uiteraard op. Een voorbeeld is het in 2011 door de Europese Commissie beboete wasmiddelkartel.²⁰ Dit begon als een initiatief van een ondernemingsvereniging om betere milieuprestaties van wasmiddelen door te voeren. Deze milieudoelstelling vormde echter tevens de aanleiding voor niet noodzakelijke afstemming over, onder meer, de prijs.

3.3.1 Merkbaarheid

De eerste vraag die bij de beoordeling van een mogelijkerwijs mededingingsbeperkend duurzaamheidsinitiatief kan worden gesteld is, of sprake is van een *merkbare* mededingingsbeperking. Sommige afspraken vallen vanwege het ontbreken van merkbaarheid buiten het kartelverbod, bijvoorbeeld vanwege het geringe gezamenlijke marktaandeel van de bij het duurzaamheidsinitiatief betrokken ondernemingen.²¹

3.3.2 Inherente beperkingen

Het Europese Hof heeft enkele malen aangenomen dat een mededingingsbeperking aanvaardbaar was vanwege het legitieme publieke belang dat ermee werd gediend.²² De mededingingsbeperking

²⁰ Zie: Elina Laurinen, *The Consumer detergents cartel* in *Competition Policy Newsletter*, nr 2, 2011 en het persbericht van de Europese Commissie van 13 april 2011 (IP/11/473) op: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-473_nl.htm.

²¹ Ook kunnen afspraken vanwege het geringe marktaandeel van de betrokken ondernemingen onder de bagatelbepalingen van artikel 7 Mw vallen, waardoor ze buiten het toepassingsbereik van het kartelverbod in artikel 6 lid 1 blijven. Zie met betrekking tot artikel 101 lid 1 VWEU ook de Bekendmaking van de Europese Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81 lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (*de minimis*), Publicatieblad van de Europese Unie, C 368/13, 22 december 2001).

²² Zie in algemene zin over nevenrestricties ('*ancillary restraints*') de uitspraken van het Hof in *Remia* (11 juli 1985, zaak



werd 'inherent' geoordeeld aan dat publieke belang. Hierdoor was het kartelverbod niet van toepassing. In de literatuur over deze Europese rechtspraak is wel gesuggereerd dat deze leer van inherente beperkingen ook kan worden toegepast op duurzaamheidsinitiatieven. In de consultatie over het concept Visiedocument werd gewezen op de mogelijkheid dat duurzaamheidsinitiatieven op grond van dit leerstuk aanvaardbaar zouden zijn. Ook na herbezinning sluit ACM dit niet ten principale uit maar vindt zij dit leerstuk in de jurisprudentie onvoldoende uitgekristalliseerd om over de toepassing hiervan in dit Visiedocument uitspraken te doen.

3.4 Toepassing lid 3: afspraken moeten aan vier vrijstellingsvereisten voldoen

3.4.1 Inleiding

Zodra een duurzaamheidsinitiatief merkbaar mededingingsbeperkend is, komt de vraag aan de orde of het voldoet aan de vrijstellingscriteria van lid 3. Daarbij wordt de desbetreffende afspraak getoetst aan de vier vrijstellingscriteria van deze bepalingen. Deze criteria gelden cumulatief en moeten in onderlinge samenhang worden toegepast. Dit laatste betekent dat in de praktijk niet altijd aan alle vereisten evenveel gewicht zal worden toegekend, zoals uit de afzonderlijke bespreking van de vrijstellingscriteria zal blijken.

Voordat de vier vrijstellingscriteria afzonderlijk worden behandeld, volgt nu eerst een bespreking van de economische achtergrond van de mededingingsanalyse van samenwerking op het gebied van duurzaamheid. Het is namelijk mede tegen deze economische achtergrond dat ACM de vier vrijstellingscriteria op duurzaamheidsinitiatieven wil toepassen.

3.4.2 Het welvaarts criterium bij de toepassing van lid 3

Voor de toepassing van lid 3 is het van belang welke voordelen mogen worden meegeteld bij de beantwoording van de vraag of aan de eerste twee vereisten van dit lid is voldaan. In par. 2.6 is al opgemerkt dat hierbij kan worden uitgegaan van een breed welvaartsbegrip, waarin rekening kan worden gehouden met de (subjectieve) waardering van consumenten voor productkenmerken die verband houden met duurzaamheid alsmede met voordelen die voortvloeien uit een meer efficiënte omgang met schaarse natuurlijke hulpbronnen. Daarbij zal het moeten gaan om reële en objectieve

42/84) en *Métropole* (18 september 2001, T-112/99). Voor de categorie die in de literatuur wel wordt aangeduid als 'inherente beperkingen' zijn met name de volgende arresten van belang:

1) HvJ EG, 19 februari 2002, zaak C-309/99 (*Wouters/Nederlands Orde van Advocaten*), Jur. 2002 I-01577. In deze zaak achtte het Hof een in beginsel mededingingsbeperkende, zelfregulerende maatregel van de Nederlandse Orde van Advocaten redelijkerwijs noodzakelijk kon zijn voor de goede uitoefening van het beroep van advocaat, waarmee deze maatregel buiten de toepassing van artikel 101 lid 1 viel.

2) HvJ EG, 18 juli 2006, zaak C-519/04 (*Meca Medina*), Jur. 2006 I-06991. In deze zaak werd geoordeeld dat de antidopingregels van de FINA (de internationale zwembond) onlosmakelijk verbonden waren met de organisatie en het goede verloop van de sportcompetitie, en daarmee buiten de reikwijdte van artikel 101 lid 1 VWEU vielen.

3) HvJ EG, 18 februari 2013, zaak C-1/12 (*OTOC*). Het Hof oordeelde dat de uitschakeling van de mededinging voor wat betreft permanente educatie van Portugese accountants (die deels verplicht bij de beroepsorganisatie moest worden gevolgd) niet noodzakelijk kon worden geacht ter verzekering van de kwaliteit van de dienstverlening van beëdigde accountants, zodat art. 101 lid 1 VWEU daarop gewoon van toepassing kon zijn.

4) HvJ EG, 18 juli 2013, zaak C-136/12 (*CNG*). Over de in een gedragscode van de Italiaanse orde van geologen opgenomen tariefregeling oordeelde het Hof dat de met deze gedragscode beoogde bescherming van de gebruikers van geologische diensten in beginsel legitiem is, maar dat het aan de nationale rechter staat om te beoordelen of de tariefregeling daarvoor noodzakelijk is.



efficiëntievoordelen. Het eventuele winst-verhogende gevolg van een afspraak is als zodanig geen efficiëntieverbetering. Het moet, anders gezegd, gaan om de creatie van waarde.²³

Voor de toepassing van de *eerste* voorwaarde van lid 3 kunnen dergelijke reële efficiëntievoordelen in beginsel worden meegenomen. Het is daarbij niet van belang of deze voordelen op bepaalde relevante markten neerslaan. Ook is het niet nodig om na te gaan of al deze voordelen traceerbaar bij de gebruikers (of een bepaalde groep gebruikers) terecht komen. Voor de toepassing van de *tweede* voorwaarde van lid 3 moet echter wel worden nagegaan of de uit de afspraak resulterende voordelen in voldoende mate óók terechtkomen bij de gebruikers van de producten die het voorwerp zijn van de afspraak, nu of in de toekomst. Daarbij geldt ten minste dat de gebruikers op de relevante markt er niet op mogen achteruitgaan.²⁴

3.4.3 De markt werkt vaak goed, maar niet altijd

In de meeste situaties is het marktmechanisme een goede manier om tot een efficiënt gebruik van schaarse middelen te komen. Er kan echter sprake zijn van marktfalen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de waarde van het milieu of schaarse grondstoffen niet voldoende in de prijs en/of de kwaliteit van de producten waarvoor zij worden aangewend, tot uitdrukking komt. Daardoor ontstaan in het vrije marktproces inefficiënties, die voor een suboptimaal welvaartsniveau zorgen. Een welvaartsverbetering is dan in beginsel mogelijk. Dit is een factor die relatief vaak een rol speelt bij vraagstukken die raken aan duurzame ontwikkeling.

Een deel van de inefficiënties kan op toekomstige generaties betrekking hebben, namelijk wanneer de huidige generatie met schaarse grondstoffen of hulpbronnen omgaat op een wijze die vanuit een lange termijn perspectief inefficiënt is. Een voorbeeld hiervan is overbevissing die tot uitsterving van de vissoort leidt. Wanneer bij de afweging om te vissen rekening wordt gehouden met huidige *en* toekomstige generaties, kan dit leiden tot minder bevissing nu opdat visserij in de toekomst nog mogelijk blijft. De toekomstige generaties consumenten profiteren dan van terughoudende bevissing nu, maar daar staat tegenover dat vis als consumptieproduct voor de huidige generatie schaarser en daarmee duurder zou kunnen worden.

3.4.4 Samenwerking kan leiden tot een duurzamer aanbod

Mededingingsbeperkende afspraken kunnen om verschillende redenen een rol spelen bij duurzaamheidsinitiatieven van ondernemingen. Zo kan het voorkomen dat ondernemingen door samen te werken efficiënter of effectiever een duurzaam product kunnen ontwikkelen en/of in de markt zetten. Dat kan ook het geval zijn bij het introduceren van keurmerken die verband houden met duurzaamheid en die ertoe leiden dat de consument erop kan vertrouwen dat een product daadwerkelijk duurzaam is geproduceerd. Vaak is het voldoende dat slechts een beperkt aantal aanbieders hun krachten hiervoor bundelen. Indien voor hun samenwerking afspraken nodig zijn die de onderlinge concurrentie (merkbaar) beperken, moeten die afspraken worden getoetst aan lid 3.

²³ Artikel 101(3) Richtsnoeren par. 49 en 70.

²⁴ Zie paragraaf 3.5.2.hierna. Hoewel lid 3 strikt genomen geen welvaartsverbetering voor de consumenten op de relevante markt verlangt, wordt in dit verband toch gesproken van een consumentenwelvaarts criterium (OECD, *The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings*, Background note DAF/COMP(2012)23, blz. 26-27).



Wanneer er op de markt voldoende andere aanbieders aanwezig zijn die niet aan deze afspraken deelnemen, zal die toets relatief makkelijk kunnen worden doorstaan.

3.4.5 Afspraken kunnen een coördinatieprobleem oplossen

Een coördinatieprobleem kan ontstaan wanneer een duurzaam product hogere productiekosten en daardoor een hogere prijs met zich meebrengt. Ondernemingen ondervinden een *first mover disadvantage* wanneer te veel klanten zouden willen uitwijken naar niet-duurzame producten. De markt kan in zo'n geval onvoldoende prikkels geven om aan duurzame productie gestalte te geven. Een gezamenlijke aanpak kan dan wel succesvol zijn.

We kunnen dit illustreren aan de hand van het hiervoor geschetste voorbeeld van overbevissing. Een visser die individueel tot vangstbeperking overgaat kan het probleem niet oplossen en zal zich bovendien wellicht uit de markt prijzen. Dit betekent dat individuele vissers geen prikkel hebben om terughoudend te vissen als niet alle andere vissers dat ook doen. Slechts een gezamenlijk initiatief kan het probleem oplossen.

Het is dus mogelijk dat het maken van afspraken een oplossing biedt om marktfalen te corrigeren. De welvaartswinst bestaat dan uit vermeden welvaartskosten die het gevolg waren van het marktfalen. De oplossingen kunnen echter imperfect zijn en/of zelf additionele kosten met zich meebrengen (zoals transactiekosten). Ook het *waarden* en *afwegen* van de in het geding zijnde belangen zal in de praktijk niet altijd eenvoudig zijn. Dit vergt een kosten-batenanalyse. Dit neemt echter niet weg dat wanneer het uitgangspunt is dat het mededingingsrecht ertoe dient de welvaart te bevorderen er een argument is om het oplossen van marktfalen in de afweging te betrekken.

3.4.6 Economische benadering impliceert zorgvuldige afweging

Uit het voorgaande volgt dat duurzaamheidsvraagstukken soms om een gecoördineerde aanpak vragen. Het oplossen van een duurzaamheidsprobleem kan welvaartswinst betekenen. Zolang de kosten van het oplossen van het probleem geringer zijn dan die welvaartswinst, is er ook per saldo welvaartswinst. Wanneer meerdere oplossingen mogelijk zijn om marktfalen op te lossen heeft de oplossing die de minste kosten met zich meebrengt de voorkeur.

In uitzonderlijke omstandigheden kan de oplossing van een duurzaamheidsvraagstuk om een marktbrede oplossing vragen. In dat geval moet meer aandacht geschonken worden aan de vraag of de voordelen opwegen tegen de nadelen van de afspraak, zoals een prijsstijging voor de betrokken producten of een vermindering in kwaliteit of variëteit daarvan.

3.5 Vertaling economische benadering naar de vier vrijstellingscriteria

Wat betekent de voorgaande economische benadering nu voor de toepassing van de vier vrijstellingscriteria op duurzaamheidsinitiatieven? Hierna wordt als uitgangspunt gehanteerd dat het duurzaamheidsinitiatief de mededinging beperkt, en dus onder het kartelverbod valt.²⁵

²⁵ Er zij echter aan herinnerd dat dit niet bij alle duurzaamheidsinitiatieven het geval is.



De vier criteria van lid 3 worden nu achtereenvolgens besproken. Daarbij neemt ACM de beschikkingenpraktijk en de mededelingen van de Europese Commissie over de uitleg en toepassing van artikel 101 VWEU en de Europese rechtspraak als uitgangspunt.

3.5.1 Voorwaarde 1: Efficiëntievoordelen

Het eerste vrijstellingscriterium van artikel 6 Mw/101 VWEU lid 3 luidt dat de afspraak dient bij te dragen tot verbetering van de productie of distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. Dit betekent dat de afspraak door de realisering van efficiëntievoordelen een positief welvaartseffect heeft.

De Europese Commissie beschrijft in haar Richtsnoeren dat de voordelen die in artikel 101 lid 3 mogen worden meegewogen zowel kostenverbeteringen kunnen behelzen als kwalitatieve verbeteringen in de vorm van, onder meer, nieuwe of verbeterde producten of een ruimer productaanbod.²⁶ Dit zullen in de praktijk meestal voordelen zijn die mede aan de consumenten van de desbetreffende producten zullen toevallen. De voordelen moeten objectief en duidelijk waarneembaar zijn, maar hoeven niet beperkt te zijn tot bepaalde relevante markten.²⁷

Duurzaamheidsafspraken hebben als oogmerk dat producten worden voortgebracht die bepaalde duurzaamheidskenmerken hebben. Producten kunnen milieu- of diervriendelijk zijn of zij kunnen op een wijze worden geproduceerd die efficiënter omgaat met schaarse natuurlijke hulpbronnen. Dit kan de welvaart op verschillende manieren bevorderen. In de eerste plaats kunnen de huidige consumenten waarde hechten aan dergelijke producten, die zij daardoor hoger waarderen dan niet-duurzame producten. Veel consumenten zijn bereid wat meer te betalen voor duurzame producten omdat zij belang hechten aan de doeleinden die daarmee worden gediend. Bij het bepalen van de voordelen kan dus rekening worden gehouden met kwalitatieve verbeteringen die waarde creëren in de vorm van nieuwe of verbeterde producten. Wanneer afspraken tegelijk tot een beperking van het aanbod leiden - bijvoorbeeld door milieuonvriendelijke producten uit de markt te nemen - is het dus noodzakelijk dat kan worden aangetoond dat per saldo ook daadwerkelijk een kwaliteitsverbetering optreedt, althans dat dit door de consumenten zo wordt ervaren. Dit laatste kan blijken uit de bereidheid van een substantieel deel van de consumenten om eventueel meer voor deze producten te betalen.

Daarnaast kan duurzame productie en consumptie ook in het belang zijn van toekomstige consumenten, omdat een efficiënter omgang met schaarse hulpbronnen ertoe leidt dat bepaalde producten ook in de toekomst (in ruimere mate) beschikbaar zullen zijn. Duurzame productie kan zowel in statische als in dynamische zin de welvaart bevorderen.

3.5.2 Voorwaarde 2: Billijk aandeel van de voordelen voor de gebruikers

Het tweede vrijstellingscriterium eist dat de voordelen van de verbeteringen zoals bedoeld in de

²⁶ Artikel 101(3) Richtsnoeren par. 59.

²⁷ Arrest van het Gerecht van 24 mei 2012 in zaak T-111/08 (*Mastercard*), punt 228.



vorige paragraaf, voor een billijk aandeel aan de gebruikers ten goede komt. De voordelen die uit een afspraak voortvloeien moeten dus in voldoende mate aan de consumenten worden doorgegeven.

Begrip 'gebruiker'

De Commissie heeft verduidelijkt dat onder het begrip 'gebruiker' moet worden verstaan: alle rechtstreekse of onrechtstreekse gebruikers van de producten die door de overeenkomst worden gedekt. Met andere woorden, de gebruikers in de zin van artikel 101 lid 3 zijn de afnemers van de partijen bij de overeenkomst maar, in voorkomend geval, ook de daarop volgende afnemers.²⁸ Afspraken kunnen ook aan anderen dan de direct betrokken gebruikers ten goede komen maar de Commissie hanteert als minimumeis dat de voordelen in voldoende mate aan de groep gebruikers die de nadelen van de afspraak dragen ten goede moeten komen om hen voor die nadelen te compenseren. *Minimaal* geldt dus dat deze consumenten er als gevolg van de afspraak niet op mogen achteruit gaan.

Effecten op verschillende markten

Negatieve effecten voor de gebruikers op een geografische en productmarkt kunnen doorgaans niet worden gecompenseerd door positieve effecten elders.²⁹ Wanneer echter twee markten verwant zijn, kunnen zij beide in aanmerking worden genomen wanneer het om grotendeels dezelfde groep gebruikers gaat. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij een afspraak tussen wasmachineproducenten om geen machines meer te produceren die niet voldoen aan bepaalde milieunormen op het gebied van energie-efficiëntie. De afspraak leidt tot milieuvriendelijker maar ook duurdere producten. Tegelijkertijd leveren die nieuwe producten kwalitatieve efficiëntieverbeteringen op in de vorm van meer wasprogramma's die door de consument kunnen worden gebruikt. Ook kunnen de kopers van wasmachines kosten besparen dankzij lagere gebruikskosten wegens een lager verbruik van water, elektriciteit en zeep. Deze besparingen worden gerealiseerd op andere markten dan de relevante markt van de overeenkomst. Niettemin mogen deze efficiëntieverbeteringen in aanmerking worden genomen, aangezien de markten waarop de mededingingsbeperkende gevolgen en de efficiëntieverbeteringen zich voordoen verwant zijn en de groep consumenten die de beperking en de efficiëntieverbeteringen ondervinden in wezen dezelfde is.³⁰

Het compensatiebeginsel

Het uitgangspunt dat de voordelen de gebruikers minstens moeten compenseren voor de negatieve gevolgen die zij van een afspraak ondervinden geldt niet voor elke individuele gebruiker afzonderlijk maar wel voor de totale groep gebruikers op de relevante markt.³¹ Wanneer de mededingingsbeperking leidt tot een prijsstijging, moeten deze gebruikers tezamen gezien worden gecompenseerd door bijvoorbeeld een betere kwaliteit van de betrokken (nieuwe) producten.³²

²⁸ Artikel 101(3) Richtsnoeren par. 84.

²⁹ Artikel 101(3) Richtsnoeren par. 43.

³⁰ Voorbeeld 5 (Milieunormen), Europese Commissie Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten par. 329.

³¹ Artikel 101(3) Richtsnoeren par. 87.

³² Artikel 101(3) Richtsnoeren par. 86.



Voordelen op langere termijn

In het voorgaande is uiteengezet waarom samenwerking soms nodig kan zijn om een coördinatieprobleem op te lossen en (daarmee) een negatief extern effect weg te nemen. Wanneer de productie of consumptie van een bepaald product negatieve externe effecten voor andere gebruikers met zich meebrengt, zal een duurzaamheidsinitiatief dat die externe effecten vermindert ook een gunstige invloed op de welvaart van die andere gebruikers hebben. Dit kan op kortere, maar ook pas op langere termijn het geval zijn. De voordelen van een duurzaamheidsinitiatief zullen vaak op langere termijn zichtbaar worden terwijl de gebruiker soms al op de kortere termijn meer gaat betalen voor het product in kwestie. In de visie van ACM kan het voornoemde compensatiebeginsel ook in die zin worden toegepast dat het binnen de reikwijdte van het derde lid mogelijk is dat de huidige consumenten per saldo nadeel van een afspraak ondervinden wanneer die afspraak voordelig uitwerkt voor toekomstige gebruikers.

Er is, zoals gezegd, ook vanuit economisch oogpunt geen reden om alleen de voordelen voor de huidige consumenten op de relevante markt in beschouwing te nemen wanneer de voordelen zich over een langere periode zullen voordoen. Duurzame ontwikkeling betreft in de regel belangen die zich over de langere termijn uitstrekken. Indien deze niet meegewogen zouden worden dan zouden factoren als de uitputting van natuurlijke hulpbronnen en milieuvervuiling vaak niet via zelfregulering kunnen worden geadresseerd.

15/20

ACM ziet derhalve ruimte om in bepaalde gevallen ook voordelen in het kader van een lid 3-toets mee te wegen wanneer die voordelen zich over een langere periode uitstrekken en zich daardoor voordoen bij een ruimere groep dan de huidige gebruikers van het product in kwestie. Dit sluit ook aan bij het dynamische perspectief dat in het mededingingsrecht aan de orde is, waarbij wordt gekeken naar effecten die verder gaan dan het 'hier en nu'. Op basis hiervan acht ACM het gerechtvaardigd om in voorkomende gevallen een langetermijnvisie op 'voordelen voor de gebruikers' toe te passen. Hierbij dient in aanmerking te worden genomen dat de waarde voor de gebruiker van een toekomstig voordeel niet dezelfde is als de waarde van een zelfde huidig voordeel.³³

Eisen gesteld aan het aantonen van voordelen voor gebruikers

Hoe ver het meewegen van voordelen in een concreet geval kan gaan, is vooral afhankelijk van de objectieve onderbouwing van de voordelen (welke, wanneer, voor wie) die met het duurzaamheidsinitiatief gepaard gaan. Ten aanzien van voordelen die zich verder in de toekomst voordoen, gelden hogere eisen aan de onderbouwing van die voordelen en de waarschijnlijkheid dat zij zich zullen voordoen. Duidelijk kenbaar en voldoende gespecificeerd overheidsbeleid waaruit blijkt dat het wenselijk is om op het desbetreffende terrein rekening te houden met de belangen van toekomstige generaties gebruikers kan in de visie van ACM hierbij een rol spelen.

Waar de onderbouwing van de voordelen die met het duurzaamheidsinitiatief gerealiseerd worden er niet of onvoldoende is, of de grenzen van het toepassingsbereik van artikel 6 lid 3 volgens bovenstaande benadering worden overschreden, kunnen dergelijke duurzaamheidsinitiatieven niet

³³ Artikel 101(3) Richtsnoeren par. 88.



geacht worden te zijn vrijgesteld van het kartelverbod. In dergelijke gevallen zou het desbetreffende duurzaamheidsdoel wel via wet- en regelgeving kunnen worden gerealiseerd.

3.5.3 Voorwaarde 3: Noodzakelijkheidsvereiste

De derde voorwaarde van lid 3 betreft de onmisbaarheid van de beperkingen. Deze voorwaarde houdt in dat de afspraak geen beperkingen mag opleggen welke voor het bereiken van de efficiëntieverbeteringen gemist kunnen worden. De Richtsnoeren lichten toe dat de relevante vraag is of met de afspraak meer efficiëntieverbeteringen worden gerealiseerd dan zonder de overeenkomst het geval zou zijn.³⁴ Daarnaast geldt dat er geen praktisch haalbare, minder mededingingsbeperkende alternatieven zijn om de efficiëntieverbeteringen te bereiken. In de Richtsnoeren wordt ook opgemerkt dat beperkingen onmisbaar kunnen zijn om de prikkels voor partijen op een lijn te brengen en ervoor te zorgen dat zij hun inspanningen toespitsen op de tenuitvoerlegging van de overeenkomst.³⁵

Toepassingspraktijk Europese Commissie en ACM

Het noodzakelijkheidsvereiste wordt in de praktijk meestal niet heel stringent toegepast. Waar het om gaat is of de mededingingsbeperking redelijkerwijs noodzakelijk kan worden geacht om de beoogde voordelen te behalen. Dit betekent dat de Europese Commissie en ACM niet op zoek gaan naar hypothetische of theoretische alternatieven. Wanneer er echter duidelijk realistische en haalbare minder vergaande alternatieven zijn, kan van partijen worden verlangd om aan te geven waarom deze alternatieven voor de overeenkomst aanzienlijk minder efficiënt zouden zijn.

Zoals gezegd zullen de criteria van lid 3 altijd in samenhang moeten worden beschouwd. In het bijzonder zal ACM meer reden zien om scherper op het noodzakelijkheidsvereiste te letten naarmate de mededinging meer wordt beperkt en vice versa. Zo zal aan het noodzakelijkheidsvereiste in het geval van een niet-marktdekkende, kwalitatieve afspraak zoals een 'Fair Trade'-initiatief sneller zijn voldaan omdat het bestaan van restconcurrentie ervoor zal zorgen dat er voldoende keuzemogelijkheid voor de consument overblijft. Of aan het noodzakelijkheidsvereiste is voldaan, moet evenwel altijd getoetst worden.

Ook wanneer een duurzaamheidsinitiatief een negatief extern effect oplost of vermindert, is niet automatisch voldaan aan het noodzakelijkheidsvereiste. Vaak zijn er meer oplossingen voor het duurzaamheidprobleem, waarvan sommige minder beperkend zijn dan andere. Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van de afspraak dient te worden nagegaan of in de afspraak niet tevens een 'opslag' zit voor de betrokken ondernemingen zelf die met de kostenstijging als gevolg van verduurzaming geen verband houdt.

In de visie van ACM en in overeenstemming met de beleidsregel moet bij de toepassing van het noodzakelijkheidsvereiste rekening kunnen worden gehouden met de reeds genoemde mogelijke

³⁴ Artikel 101(3) Richtsnoeren par. 74.

³⁵ Artikel 101(3) Richtsnoeren par. 80.



aanwezigheid van een *first mover disadvantage*.³⁶ Soms zullen ondernemingen er op eigen kracht niet in slagen om een product duurzamer te maken omdat dit zou leiden tot het weglopen van klanten naar een niet-duurzame variant. Wanneer niettemin vaststaat dat de afspraak voor de gebruikers per saldo voordelen oplevert zou de aanwezigheid van een *first mover disadvantage* een argument kunnen zijn om een marktdekkende afspraak aanvaardbaar te achten.

Het feit dat de overheid aan marktpartijen heeft opgedragen om via zelfregulering een bepaald belang te behartigen vormt een bevestiging dat kennelijk sprake is van een duurzaamheidsdoel, maar maakt niet dat de noodzakelijkheid van de concrete afspraak daarmee reeds vaststaat.

Concluderend kan worden gezegd dat ACM het criterium van de noodzakelijkheid vaak zal toepassen als *redelijkerwijs* noodzakelijk, maar dit zal mede afhangen van de omstandigheden van het concrete duurzaamheidsinitiatief.

Een onderneming moet derhalve nagaan of een mededingingsbeperking de minst beperkende manier is om de beoogde voordelen te behalen. In het voorbeeld van overbevissing moeten de ondernemingen met voldoende stevige en verifieerbare gegevens kunnen aantonen dat een vangstbeperking nodig is en dat niet met minder vergaande en de prijs beïnvloedende maatregelen kan worden volstaan. Ook de mate van marktdekkendheid van een afspraak kan in de visie van ACM worden getoetst aan het noodzakelijkheidsvereiste.

3.5.4 Voorwaarde 4: Voldoende restconcurrentie

De vierde voorwaarde voor de vrijstelling van een afspraak van het kartelverbod luidt dat de afspraak aan de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid mag geven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen. Dit is het vereiste van restconcurrentie; blijft er ondanks de afspraak nog voldoende mededinging over? Het vereiste van restconcurrentie kan worden gezien als een extra waarborg dat de dynamische efficiëntie die normaal gesproken voortvloeit uit een werkzame mededinging niet wordt verstoord.

Dynamische efficiëntie en kwalitatieve restconcurrentie

Bij de toepassing van het restconcurrentievereiste wordt in de eerste plaats onderzocht hoe groot het gezamenlijk marktaandeel van de bij een afspraak betrokken ondernemingen is en dus hoe groot in dat opzicht de resterende concurrentie-intensiteit op de markt is. Daarnaast kan aan dit vereiste ook zijn voldaan wanneer de concurrentie op bijvoorbeeld één concurrentieparameter wordt beperkt maar deze op voldoende andere parameters onbelemmerd blijft. Bij de beoordeling kan verder een rol spelen of voldoende toegangsmogelijkheden tot de markt blijven bestaan voor niet bij de afspraak aangesloten ondernemingen.

Samenhang met andere vereisten

Ook voor de factor restconcurrentie geldt, dat deze niet los kan worden gezien van de overige

³⁶ Zie paragraaf 3.4.5 hiervoor.



vereisten. Op het moment dat de efficiëntievoordelen die een afspraak oplevert zeer groot zijn, kan dat in de totaalafweging opwegen tegen de negatieve gevolgen van een mededingingsbeperking die een groot deel van de markt omvat of zelfs marktdekkend is.

Een interessant voorbeeld in dit verband is de zaak *Stichting Papier Recycling Nederland*.³⁷ Ten aanzien van een voor ontheffing aangemelde afvalbeheerovereenkomst was de NMa van mening dat de door te berekenen, kleine heffingen voor recycling van oud papier en karton een sluitende productkringloop (economische en technische vooruitgang) ondersteunden die de consumenten ten goede komt (zij kunnen zich kosteloos van oud papier ontdoen en het milieu wordt er beter van). Ten aanzien van restconcurrentie merkte de NMa op dat de concurrentie op de markten voor nieuw papier en karton als gevolg van de in het leven geroepen financiering van het verwijderingsstelsel niet voor een wezenlijk deel wordt uitgeschakeld, aangezien voor concurrentieparameters anders dan de prijs, zoals kwaliteit, duurzaamheid en service, het systeem geen gevolgen heeft.

Ruimte voor restconcurrentie nagaan

Uit het voorgaande volgt dat bij een duurzaamheidsinitiatief betrokken ondernemingen op verschillende manieren aan het restconcurrentievereiste kunnen voldoen.

³⁷ NMa-zaak 3007 (2003).



Bijlage 1

Teksten artikel 6 Mw en artikel 101 WVEU

Artikel 6 Mededingingswet (Mw)

1. Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

2. De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten zijn van rechtswege nietig.

3. Het eerste lid geldt niet voor 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, 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.

(...).

Artikel 101 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU)

1. Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:

a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;

b) het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen;

c) het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;

d) het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;

e) het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de



handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

2. De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.

3. De bepalingen van lid 1 van dit artikel kunnen echter buiten toepassing worden verklaard

- voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen,
- voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen, en
- voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen

die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering 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 welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,

b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.