De beoordeling van mededingingsbeperkingen als gevolg van duurzaamheidinitiatieven in de praktijk

Inleiding

Deze notitie bevat een overzicht van mededingingsbeperkingen die als gevolg van afspraken[1] in verband met duurzaamheidinitiatieven kunnen voorkomen. Waar mogelijk wordt aan de hand van concrete voorbeelden geïllustreerd hoe deze afspraken zijn beoordeeld.

Achtereenvolgens komen aan de orde:

- Horizontale afspraken over de verkoopprijs;
- Gezamenlijke aanpak van een hulpfunctie;
- Standaardisering;
- Kwalitatieve aanbodbeperking.

Omdat de laatste categorie afspraken vanuit een oogpunt van duurzaamheid het meest interessant is wordt hier uitgebreider op ingegaan, waarbij een nader onderscheid wordt gemaakt tussen de volgende gevallen:

A. De concurrentiebeperking is van ondergeschikte betekenis;

B. De beïnvloede concurrentieparameter is niet van ondergeschikt belang, de afspraak is niet marktdekkend;

C. De beïnvloede concurrentieparameter is niet van ondergeschikt belang, de afspraak is marktdekkend.

Horizontale afspraken over de verkoopprijs

Afspraken tussen concurrenten die rechtstreeks betrekking hebben op de afzetprijs van de door hen voortgebrachte of gedistribueerde goederen of diensten behoren tot de zwaarste mededingingsbeperkingen. Zij zijn vrijwel altijd verboden op grond van art. 6.1 van de Mededingingswet (Mw.).

Binnen deze categorie kan een onderscheid worden gemaakt tussen afspraken die betrekking hebben op de integrale afzetprijs en afspraken die een deel van die prijs betreffen.

I. Afspraken over de integrale verkoopprijs

Bij de NMa zijn geen gevallen bekend waarin afspraken over de integrale verkoopprijs op grond van een duurzaamheiddoel toelaatbaar konden worden geacht. Wel zijn enkele gevallen bekend waarin een milieudoel als vals voorwendsel werd genoemd ter rechtvaardiging van een kartelafspraak.[2] Er is dan sprake van een gewoon kartel dat als zodanig kan worden beboet.[3]

II. Afspraken over een deel van de verkoopprijs

In enkele gevallen zijn duurzaamheidafspraken beoordeeld die gingen over vaste opslagen op een verder individueel bepaalde prijs.

---

[1] Kortheidshalve wordt in deze notitie de term 'afspraken' gebruikt voor overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen.

[2] Bijv. zaak 38.358, *Electrical and mechanical carbon and graphite products,* beschikking Europese Commissie van 3 december 2003. En, recenter, de beschikking van 13 april 2011 inzake een wasmiddelenkartel dat onder het mom van het volgen van een milieuvriendelijke industrienorm ("AISE initiatief") werd beboet met in totaal € 315,2 mln. (zaak COMP/39579 – *Consumer Detergents*). Zie verder Laurence Idot, *Competition Law and Environmental Protection*, Concurrence nr 3-2012 nr 48129*, www.concurrences.com, par. 13.*

[3] Dit kan ook het geval zijn bij afspraken die leiden tot een kwantitatieve beperking van het aanbod of tot marktverdeling en bij de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie. Zie ook: DG Competition *Paper Concerning Issues of Competition in Waste Management Systems*, 25-9-2005, par. 13 en 61.

- VOTOB: zes ondernemingen die zich bezig hielden met de opslag van chemicaliën wilden een collectief afgesproken prijsopslag invoeren om daaruit bepaalde milieu-investeringen te financieren. Het (informele) oordeel van de Europese Commissie was negatief.[4]
- Het melkdubbeltje: enkele supermarktketens wilden de consument tien (gulden-) cent per liter melk extra in rekening brengen om de gestegen inkoopkosten als gevolg van mond- en klauwzeer goed te kunnen maken. De NMa oordeelde negatief.[5]

Uit deze zaken, evenals uit verschillende hierna behandelde zaken, komt naar voren dat het in het algemeen onaannemelijk is dat het voor het functioneren van een op duurzaamheid gerichte samenwerking noodzakelijk is dat de afspraken ook een deel van de prijs betreffen. Dit ongeacht of het gaat om de integrale prijs of slechts om een bepaald deel daarvan of een bepaalde opslag daarop.

III. Afspraken over doorberekening van kosten

Van een indirecte horizontale prijsafspraak is sprake wanneer concurrenten met elkaar afspreken om een bepaalde kostencomponent aan de afnemer door te berekenen. Dit speelde bij de (hierna nog nader te bespreken) collectieve afvalbeheerssystemen. De NMa heeft hier, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, verschillend over geoordeeld. In de meeste gevallen (Vereniging Bloemenveilingen in Nederland en Stichting Batterijen) werd verplichte doorberekening niet aanvaard. In Wit- en Bruingoed werd een verplichte doorberekening alleen toegestaan voor de periode die nodig was om de kosten van de 'historische voorraad' te dekken (dat wil zeggen van de reeds in omloop zijnde apparaten waarvoor op het moment van aanschaf nog geen verwijderingsbijdrage in rekening was gebracht).[6] In de eveneens uitzonderlijke zaak Stichting Papier Recycling Nederland werd een verplichte doorberekening aan de volgende schakel in de bedrijfskolom geaccepteerd omdat daarmee het systeem op de meest efficiënte wijze van de grond kon komen.[7] De conclusie is dat, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, ondernemingen steeds individueel hun prijs moeten bepalen, óók wanneer bijvoorbeeld sprake is van de oprichting van een gemeenschappelijk fonds of van gemeenschappelijke inkoop- of investeringskosten.

Afspraken die betrekking hebben op (een deel van) de afzetprijs vallen in de regel onder art. 6.1. Het is bovendien zeer onwaarschijnlijk dat zij onder art. 6.3 vallen[8].

Gezamenlijke aanpak van een hulpfunctie (afvalbeheerssystemen)

Relatief veel ervaring is inmiddels opgedaan met de beoordeling van collectieve afvalbeheerssystemen. Zij worden *case-by-case* beoordeeld. Mededingingsafspraken die in dit verband worden gemaakt kunnen van invloed zijn op markten voor resp. inzameling, scheiding en verwerking. Een belangrijk aandachtspunt is, dat zij niet mogen leiden tot marktafsluiting. In het algemeen wordt daarom door mededingingsautoriteiten de eis gesteld dat er een zekere ruimte is voor alternatief aanbod. Exclusiviteitsafspraken worden niet bij voorbaat verworpen, maar deze moet wel proportioneel zijn.[9] Daarnaast zijn in de praktijk randvoorwaarden gesteld die a) zorgen voor een transparante en non-discriminatoire toegang voor de vragers van verwijderingdiensten, b) verplichten tot periodiek aanbesteden van de uitvoering van inzameling- of verwerkingdiensten.[10]

---

[4] Jaarverslag over het mededingingsbeleid van de Europese Commissie over het jaar 1992.
[5] Zaak 2432 (2001).
[6] Deze benadering was conform een Europese richtlijn.
[7] Dit betrof een atypische zaak omdat de schakel in de bedrijfskolom waar de afdracht het meest efficiënt kon worden geregeld zelf niet was onderworpen aan de wettelijke verplichting afvalverwijdering in te voeren.
[8] Deze bijlage vermeldt meestal alleen art. 6 Mw., waar soms ook art. 101 VWEU van toepassing is.
[9] Zie het arrest in zaak T-419/03 (*Alstoff Recycling Austria v. Europese Commissie)*, 20 maart 2011, Jur. 2011 II-00975.
[10] Zie o.a. het arrest in zaak T-289/01 (*Duales System Deutschland v. Commissie*), 24 mei 2007, Jur. 2007 II-01691 en voor voorbeelden uit de nationale mededingingspraktijk in Duitsland, Frankrijk en Italië, Laurence Idot, *Competition Law and Environmental Protection,* eerder aangehaald.

Een welbekende maar interessante casus is het DSD ('Grüne Punkt') stelsel, waarvoor de Commissie in 2001 zowel een ontheffing verleende op basis van art. 101.3 als voor het voorafgaande gedrag een inbreuk vaststelde op grond van art. 102. Dit laatste omdat DSD een heffing in rekening bracht aan partijen die hadden verkozen niet van het systeem gebruik te maken maar, in plaats daarvan, het afval op andere wijze te doen inzamelen. De Commissie merkte dit aan als zowel uitbuitingsmisbruik ten opzichte van afnemers als uitsluitingmisbruik ten opzichte van concurrenten.[11]

Collectieve afvalbeheerssystemen kunnen onder art. 6.1 vallen wanneer zij gepaard gaan met mededingingsbeperkende afspraken. Zij kunnen op basis van een soms complexe afweging onder art. 6.3 vallen.

Standaardisering

Standaardiseringsafspraken die verband houden met duurzaamheid kunnen betrekking hebben op bijvoorbeeld de logistiek, de distributie of de verpakking van producten. In de Richtsnoeren Horizontale Samenwerking geeft de Commissie het voorbeeld van gestandaardiseerde productverpakkingen.[12] 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). Een punt van aandacht is, dat een dergelijk systeem geen hindernis vormt bij het betreden van de markt voor het vervoerde product. Wanneer dit geen probleem is, is denkbaar dat de regeling geheel buiten het kartelverbod valt. De Commissie acht het bovendien waarschijnlijk dat aan de uitzonderingsvoorwaarden van art. 101.3 is voldaan. Er zijn kostenvoordelen en aangenomen dat er voldoende concurrentie op de primaire marken is (de afzetmarkt van de producenten en importeurs van het te vervoeren product), is aannemelijk dat deze voordelen ook aan de consument worden doorgegeven. Zelfs wanneer de afspraak marktdekkend zou zijn blijft er waarschijnlijk voldoende restconcurrentie over.

Standaardisering ten behoeve van logistiek, distributie of verpakking zal, indien deze al onder art. 6.1 valt, relatief snel onder de uitzondering van lid 3 vallen.

Kwalitatieve aanbodbeperking

Veel duurzaamheidafspraken houden in dat ondernemingen gezamenlijk bepalen om bepaalde productvariëteiten niet en/of andere juist wel aan te bieden met het oog op het verantwoord omgaan met bijvoorbeeld het milieu of schaarse grondstoffen. Dergelijke afspraken, die we hier verder zullen aanduiden als kwalitatieve aanbodbeperking, kunnen een mededingingsbeperking in de zin van art. 6.1 zijn, maar dat is niet noodzakelijk het geval. Wanneer een zekere uniformering van het aanbod het (beter) mogelijk maakt om een nieuwe productvariant in de markt te zetten, kan dit juist leiden tot een verruiming van het aanbod en is art. 6.1 op de desbetreffende afspraak mogelijk niet van toepassing.[13]

Wanneer een afspraak per saldo vooral een kwalitatieve *beperking* van het aanbod tot gevolg heeft zijn bij de beoordeling ervan in het bijzonder de volgende factoren van belang[14]:

1. Wat is het belang van de concurrentieparameter die voorwerp is van de afspraak?
2. Welke marktmacht hebben de ondernemingen die bij de afspraak betrokken zijn tezamen?

[11] Arrest van het Hof van Justitie van de EG in zaak C-385/07P (*Der Grüne Punkt v. Commissie*), 16 juli 2009, Jur. 2009 I-06155.
[12] Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Publicatieblad C 11/1 , 14 januari 2011 (Hierna: Richtsnoeren Horizontalen), par. 331.
[13] Idem par. 304.
[14] Zie *NMa Richtsnoeren samenwerking ondernemingen*, 2008, par. 23-25.

A. De concurrentiebeperking is van ondergeschikte betekenis

Wanneer een afspraak betrekking heeft op een onbelangrijke concurrentieparameter kan deze aan art. 6.1 ontsnappen zelfs wanneer een groot deel van de markt eraan deelneemt.[15] In de Richtsnoeren Horizontale Samenwerking geeft de Commissie het voorbeeld van een in gezamenlijk overleg tot stand gekomen aanbeveling om het vetgehalte in voedingswaren te verlagen. Gelet op het feit dat de ondernemingen kunnen blijven concurreren op prijs, kwaliteit, smaak, imago enz. zal deze afspraak volgens de Commissie waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben, ondanks het feit dat (in dit voorbeeld) 70% van de markt zich bij de afspraak aansluit. Art. 101.1 is daarom niet van toepassing.[16] Aan een afweging van de gunstige effecten voor de consument wordt in dit voorbeeld dan ook niet toegekomen. Een vergelijkbaar geval betreft het Britse zoutinitiatief, een afspraak het zoutgehalte in voedingsmiddelen terug te dringen.[17]

Men zou in dit geval kunnen spreken van 'kwalitatieve niet-merkbaarheid´.[18] In de beschikkingspraktijk zijn maar weinig voorbeelden van deze figuur te vinden.[19] Dit neemt niet weg dat ze juist in verband met duurzaamheid kan voorkomen, met name indien de afspraak er niet op is gericht om goedkopere producten te weren zodat er geen opwaartse prijsdruk ontstaat.

Vergelijk: Kwaliteitskeurmerken zoals het 'Kies Bewust' logo voor gezonde voeding, een initiatief van enkele grote voedselproducenten en supermarktketens. Het logo wordt op basis van objectieve criteria toegekend door een onafhankelijke commissie.

Vergelijk: Verdoofd castreren biggen[20], een afspraak die ziet op het terugdringen van het onverdoofd castreren van biggen. Op zichzelf bezien raakt deze afspraak geen belangrijke concurrentieparameter, maar er was wel sprake van een zekere opwaartse prijsdruk. Deze was echter gering en tijdelijk. Er was sprake van een kortdurende afdracht door de supermarkten van 3 cent per kilo ingekocht vlees. De NMa oordeelde dat niet op voorhand kon worden geoordeeld dat de afspraak onder art. 6.1 viel. De NMa baseerde haar oordeel mede op het niet-marktdekkend karakter van de regeling, zodat er voor consumenten nog steeds voldoende keuzemogelijkheden overbleven.

Een afspraak die betrekking heeft op een parameter die een ondergeschikte rol in het concurrentieproces speelt kan, zelfs wanneer de afspraak marktdekkend is, niet onder art. 6.1 vallen. Art. 6.1 biedt wellicht ook een beperkte ruimte voor marktdekkende afspraken die indirect van invloed zijn op een belangrijke concurrentieparameter wanneer die invloed zeer gering is.[21] Daarbij is dan wel van belang dat de

[15] In het algemeen geldt bovendien dat een afspraak aan art. 6.1 kan ontsnappen vanwege de zwakke positie die de betrokken ondernemingen gezamenlijk op de markt innemen. Dit blijft in deze notitie verder onbesproken omdat het geen specifiek belang heeft voor afspraken die verband houden met duurzaamheid.

[16] Richtsnoeren Horizontalen, par. 330.

[17] Op instigatie van de Britse overheid (*Food Safety Authority, FSA)* kwamen Britse producenten overeen het zoutgehalte in hun voedingsmiddelen te verminderen. Het overheidsbeleid op dit punt wordt breed gedragen, ook internationaal. De afspraak voorzag in een geleidelijke vermindering van het zoutgehalte in een veelheid aan voedingsmiddelen. Door het collectief doorvoeren van de vermindering werd voorkomen dat producenten te maken zouden krijgen met een *first mover disadvantage*, dat zou ontstaan wanneer consumenten zouden kunnen blijven kiezen voor de (te zoute) producten van niet-deelnemende aanbieders.

[18] Dit ter onderscheiding van 'kwantitatieve niet-merkbaarheid' die verband houdt met een gering marktaandeel van de betrokken ondernemingen.

[19] Zie zaak IV/32.2002, *Belgische apothekers-organisaties ABP*, beschikking Europese Commissie 14 december 1989 par. 41-42. De zeldzaamheid van dit soort zaken komt wellicht doordat bij onschuldige afspraken niet vaak aan een formele beoordeling wordt toegekomen.

[20] Informele zienswijze NMa in zaak 6456 (2008).

[21] Steun hiervoor is te vinden in *C-180-184/98, Pavlov e.a./Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, Jur. 2000 I-06451, par. 93-97, waar het Hof concludeerde dat een afspraak over een gemeenschappelijk pensioenfonds waardoor een zeer gering deel van de beroepskosten werd geharmoniseerd, geen (merkbaar) effect op de mededinging had.

ondernemingen hun vrijheid behouden op de overige concurrentieparameters. Dit betekent met name dat geconcurreerd wordt op prijs, kwaliteit, service en er geen afzetgebied- of klantenverdeling plaatsvindt.

B. Concurrentieparameter niet van ondergeschikt belang, afspraak niet marktdekkend[22]
In het mededingingsrecht zien we veel voorbeelden van samenwerkingsvormen tussen concurrenten die een niet-onbelangrijke concurrentieparameter raken en die toch verenigbaar zijn met art. 6. Daarbij kan soms de conclusie zijn dat art. 6.1 niet van toepassing is, maar eerder zal het in dergelijke gevallen gaan om toepasselijkheid van art. 6.3.

Sommige criteria die van een art. 6-toets onderdeel vormen worden in de praktijk indringender toegepast dan andere. Of sprake is van voordelen voor de productie of distributie of technische of economische vooruitgang is een vraag die in deze gevallen meestal aan niet meer dan een plausibiliteittoets wordt onderworpen. Verder wordt uit het gegeven dat voldoende (rest)concurrentie blijft bestaan als regel *afgeleid* dat aan de consument een billijk deel van de te verwachten voordelen zal toevallen, omdat de disciplinerende werking van de markt in stand blijft. De aanwezigheid van voldoende (rest)concurrentie dwingt de bij een duurzaamheidinitiatief betrokken ondernemingen om de voordelen van de samenwerking ook daadwerkelijk aan de afnemers door te geven. Waar zij daar onvoldoende in slagen zal de consument nog steeds toegang hebben tot alternatieven.

Stel, een aantal concurrenten die samen een niet-verwaarloosbare positie op de relevante markt innemen (20% marktaandeel) spreken af om gezamenlijk over te stappen op een productiewijze die rekening houdt met een bepaald maatschappelijk belang dat uitstijgt boven het directe belang van de producenten en de afnemers. Als gevolg van deze keus stijgt de prijs van hun producten, hetgeen er op wijst dat deze samenwerking onder art. 6.1 valt. De vraag is vervolgens of aan de eisen van art. 6.3 is voldaan.

Door dit initiatief wordt het aanbod in zekere zin beperkt (de ondernemingen bieden geen 'onverantwoorde' producten meer aan) maar ook uitgebreid doordat zij nu een nieuw, want maatschappelijk verantwoord product op de markt brengen. Het gevolg is dat de afnemer er individueel voor kan kiezen dit product wel of niet te kopen. Zij zullen dit doen wanneer zij het betreffende maatschappelijke belang daarvoor waardevol genoeg vinden.[23]

Wat is de meerwaarde van een *gezamenlijk* initiatief boven dat van een individuele onderneming? Ten *eerste*: grote spelers kunnen zo'n initiatief misschien wel op eigen kracht nemen maar kleinere wellicht niet (of minder effectief). Ten *tweede*: een gezamenlijk initiatief betekent dat sneller bekendheid kan worden gegeven aan het product en aan het belang dat ermee wordt gediend.[24] Ten *derde*: indien de ondernemingen in kwestie het goed organiseren zal het gemeenschappelijke keurmerk of logo de consument het vertrouwen kunnen geven dat het product staat waar het voor zegt te staan.[25]

[22] In deze notitie worden marktdekkende en niet marktdekkende afspraken als twee te onderscheiden categorieën gepresenteerd (de term 'marktdekkend' houdt in de eerste plaats verband met het gezamenlijk marktaandeel van de bij een afspraak betrokken onderneming op de relevante markt). In de praktijk is in dit opzicht echter sprake van een spectrum of continuüm en zal bovendien bij de beoordeling van een afspraak de mate van marktdekkendheid in samenhang gezien moeten worden met de andere voor die beoordeling relevante omstandigheden.
[23] Er zijn aanwijzingen dat wat de consument bereid is extra te betalen afhangt van het te beschermen belang; relatief meer voor biologisch of diervriendelijk voortgebrachte producten maar minder voor milieuvriendelijke producten. Backus, Van Mil en Meeusen, *Kosten die de kassabon niet halen; verborgen kosten van negatieve externe effecten in de voedselketen*, LEI Wageningen Juni 2012, blz. 26.
[24] Backes et al. noemen educatie en marketing als instrumenten om gedragsverandering te bewerkstelligen via overtuigen, overreden en kennisoverdracht; id. blz. 63.
[25] Richtsnoeren Horizontalen, par. 305; Backus et al., id. blz. 26.

Een gezamenlijk initiatief kan dus (efficiëntie-)voordelen bieden die een plaats kunnen krijgen in een art. 6.3 afweging. Een afspraak tot kwalitatieve aanbodbeperking kan ook een bijdrage leveren aan de oplossing van een maatschappelijk probleem wanneer die afspraak niet marktdekkend is. Dit is meer het geval naarmate consumenten meer bereid zijn om het desbetreffende belang in hun aankoopbeslissing mee te nemen. Een betrouwbaar duurzaamheidkeurmerk stelt hen ertoe in staat om aan die bereidheid invulling te geven. Het kan hierbij gaan om keurmerken die verband houden met bijvoorbeeld arbeidsomstandigheden, biodiversiteit, ambachtelijkheid of verantwoorde omgang met schaarse hulpbronnen.

Wanneer de afspraak slechts een beperkt deel van de markt omvat behoudt de klant voldoende keuzevrijheid en kan het initiatief in kwestie zijn waarde op de markt bewijzen.[26] Een relatief lichte lid 3-toets is dan toereikend. Een aandachtspunt is echter wel dat wanneer een logo of keurmerk een duidelijk concurrentievoordeel gaat geven, eisen op het gebied van transparantie en non-discriminatie aan de orde kunnen komen. Een werkelijke afweging van efficiëntievoordelen ten opzichte van de nadelen van het creëren van marktmacht zal echter in dit soort gevallen niet snel nodig zijn.

Niet-marktdekkende duurzaamheidsinitiatieven en externe effecten[27]
Strikt economisch beschouwd is het opmerkelijk dat de zojuist besproken initiatieven van de grond komen. Iedere individuele consument die er voor kiest om méér te betalen voor een product dat maatschappelijk verantwoord is voortgebracht weet dat de positieve effecten van zijn/haar keuze, wanneer deze de gedaante hebben van een schoner milieu of meer biodiversiteit, slechts voor een minuscuul deel aan hem/haarzelf toevallen en voor het overige aan een groot aantal anderen. Men spreekt is zo'n geval wel van 'complexe externe effecten'. Er bestaat blijkbaar een zekere bereidheid tot het leveren van een individuele inspanning om een bepaald collectief doel te bereiken. De consument verbindt zijn/haar rol als marktdeelnemer aan die van actief burgerschap.

Er is in deze gevallen overigens geen reden om te verwachten dat alle consumenten de waarde die zij aan het betreffende algemene belang hechten ook volledig in hun koopgedrag tot uitdrukking zullen brengen. Een deel van hen zal zich als '*free rider*' opstellen; zij profiteren wel mee van de gunstige effecten van het verantwoord koopgedrag van de andere consumenten maar betalen daar niet aan mee. Er kan daardoor economisch gezien nog steeds sprake zijn van een te geringe vraag naar het verantwoord geproduceerde goed, zij het in mindere mate.

Niet-marktdekkende afspraken die een kwalitatieve aanbodbeperking inhouden en (daarmee) een duurzaamheiddoel beogen kunnen, ook wanneer zij van invloed zijn op een belangrijke concurrentieparameter, een lid 3-toets in beginsel waarschijnlijk vrij makkelijk doorstaan. Met name ten aanzien van de criteria 'bijdragen aan de economische vooruitgang' en 'een eerlijk deel komt aan de gebruikers ten goede' geldt een lichte toets (een kwalitatieve waardering).

C. Concurrentieparameter niet van ondergeschikt belang, afspraak marktdekkend
Wanneer sprake is van een kwalitatieve aanbodbeperking die marktdekkend is wordt aan de afnemers een mogelijkheid ontnomen om voor bepaalde producten te kiezen die mogelijkerwijs het beste aansluiten bij hun individuele voorkeur. Dit impliceert in beginsel een zware bewijslast voor de betrokken ondernemingen

[26] Backes et al. hebben het in dit verband over 'het creëren van een markt voor een extern effect' en over 'verdienmodellen' voor de betrokken ondernemingen; id. blz. 70.
[27] Paul de Bijl en Theon van Dijk, *Mededingingsrecht en publieke belangen: een economisch perspectief*, Markt en Mededinging, september 2012, blz. 149-156.

en een kritische beoordeling door een mededingingsautoriteit. De vraag wat een ingrijpen in de vrije concurrentie legitimeert die voor een bepaalde groep consumenten per saldo nadelig kan uitwerken, komt in dit geval nadrukkelijk aan de orde.

Een voorbeeld van een min of meer marktdekkende afspraak is de CECED zaak. Dit betrof een afspraak om bepaalde energie-inefficiënte wasmachines niet langer aan te bieden. Meer dan 95% van de markt was hierbij betrokken. De Commissie verleende een ontheffing op basis van een afweging van de voor- en nadelen van de afspraak. De voordelen die konden worden geïdentificeerd betroffen zowel voordelen voor de consument van de producten in de vorm lagere energiekosten, als maatschappelijke voordelen in de vorm van verminderde CO2 uitstoot. Opvallend is echter, dat de Commissie bij een latere bespreking van deze zaak in de huidige Richtsnoeren Horizontalen geen gewag meer maakt van laatstgenoemde voordelen en deze impliciet als irrelevant bestempelt.[28]

De CECED zaak laat zien dat bij een min of meer marktdekkende afspraak die niet in de bovengenoemde categorie A valt, een relatief diepgaande analyse noodzakelijk kan zijn alvorens tot de conclusie kan worden gekomen dat het (welvaarts-)effect per saldo voordelig uitpakt.

Deze zaak laat ook zien dat het marktdekkend zijn van een afspraak op zichzelf niet in de weg hoeft te staan aan een positieve uitkomst van een art. 6.3 toets. Voor de toetsing aan het criterium van restconcurrentie is niet alleen van belang wat het gezamenlijk marktaandeel van de betrokken ondernemingen is. Ook andere factoren zijn van belang zoals de intensiteit waarin de in het geding zijnde afspraak de concurrentie beïnvloedt en de aanwezigheid van andere disciplinerende factoren zoals potentiële concurrentie en vraagmacht.[29]

Bovendien moet de factor restconcurrentie niet losgezien worden van de overige vereisten van art. 6.3. Uiteindelijk behelst art. 6.3 dat een afweging wordt gemaakt van voor- en nadelen van een afspraak voor de (eind-)afnemers. Dit uitgangspunt impliceert dat naarmate een mededingingsbeperking groter is, ook de efficiëntieverbeteringen en de voordelen voor de afnemers groter moeten zijn.[30]

Overwogen kan worden of de aanwezigheid van complexe externe effecten een (bijkomende) reden zou kunnen zijn om een marktdekkende afspraak te legitimeren. De CECED zaak wijst in die richting. Een ander voorbeeld om deze gedachte te illustreren is het Verbond van Den Bosch, in welk kader afspraken zijn gemaakt om het gebruik van antibiotica in de veeteelt terug te dringen. Het terugdringen van antibiotica kan het risico op het ontstaan van antibioticaresistente bacteriën verminderen. Wanneer een deel van de consumenten kiest voor antibioticavrij vlees (dat duurder is) zal de kans op het ontstaan van die bacteriën minder worden. Hiervan heeft potentieel iedere burger profijt. Het gedrag van deze consumenten heeft dus positieve (welvaartsverhogende) externe effecten voor de medeburgers. Andersom verhoogt de keuze van het andere deel van de consumenten voor de medeburgers de kans op moeilijk te behandelen infecties (negatieve externe effecten). Door de aanwezigheid van complexe externe effecten kan een collectief optreden gewenst zijn, en dus een marktdekkende regeling (bij ontbreken van een dwingend overheidsvoorschrift met eenzelfde strekking).

[28] De Commissie wijst er bij de bespreking van deze casus nadrukkelijk op dat de voordelen van de afspraak moeten toevallen aan dezelfde groep consumenten als die welke de mededingingsbeperkende kostenverhoging ondervinden.
[29] *Richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 van het Verdrag*, Publicatieblad C 101/97, 27 april 2004, par.108-110.
[30] Id. par. 90.

Marktdekkende afspraken die een duurzaamheidsdoel dienen en een belangrijke concurrentieparameter betreffen zullen aan een relatief zware lid 3 toets moeten worden onderworpen, waarbij zo goed mogelijk de voordelen van de samenwerking moeten worden afgewogen tegen de nadelen van de toegenomen marktmacht. Bij marktdekkende afspraken dient meer aandacht geschonken te worden aan het vereiste van restconcurrentie, maar dit vereiste biedt wel een zekere ruimte.