

CONCEPT 26 juni 2013

Besluit van de Minister van Economische Zaken van (datum) , (nr.) , 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 met het doel om duurzame ontwikkeling te bevorderen

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 verstaan onder:

- a. duurzame ontwikkeling: de vormgeving van het productie- of distributieproces dat is ingericht ten behoeve van de bescherming van milieu, ecologie, dierenwelzijn en volksgezondheid en dat aansluit op de behoeften van het heden zonder de voorziening in de behoeften van toekomstige generaties in gevaar te brengen;
- b. afspraken: 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 met het doel om duurzame ontwikkeling te bevorderen betreft de Autoriteit Consument en Markt de volgende voor duurzame ontwikkeling specifieke aspecten:

- a. bij de beoordeling van 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 de voordelen voor de gebruikers op latere leeftijd, toekomstige generaties gebruikers en, in voorkomend geval, de voordelen voor de samenleving als geheel meegewogen;
- b. bij de beoordeling van de voorwaarde dat 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 komt worden de voordelen voor de gebruikers op latere leeftijd, toekomstige generaties gebruikers en, in voorkomend geval, de voordelen voor de samenleving als geheel 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 rekening gehouden met het gegeven dat wanneer een onderneming zelfstandig acties verricht ten behoeve van duurzame ontwikkeling, de onderneming in bepaalde gevallen wegens stijgende productiekosten die daar het gevolg van zijn marktaandeel kan verliezen ten opzichte van zijn concurrenten en winstverlaging kan ondergaan, wat de onderneming de prikkel kan ontnemen om initiatieven te nemen op het gebied van duurzame ontwikkeling;
- 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 elementen van het product of de dienst dan het duurzaamheidselement meegewogen.

Artikel 3

Deze beleidsregel wordt aangehaald als: Beleidsregel mededinging en duurzame ontwikkeling.

Artikel 4

Deze beleidsregel treedt in werking met ingang van de dag na de dagtekening van de Staatscourant waarin het wordt geplaatst.

Dit besluit zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

's-Gravenhage,

De Minister van Economische Zaken,

Toelichting

§1. Inleiding

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.¹ De onderhavige beleidsregel beantwoordt aan deze motie en gaat zelfs verder, in zoverre dat de beleidsregel ook van toepassing is op mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt met het doel om duurzame ontwikkeling te bevorderen. Hiernaast is de beleidsregel niet alleen van toepassing op afspraken in de agronutriketen, maar tevens op andere sectoren waarin duurzaamheidsinitiatieven worden ondernomen. Onder duurzame ontwikkeling wordt in het kader van de onderhavige beleidsregel verstaan: de ontwikkeling op het gebied van de bescherming van milieu, ecologie, dierenwelzijn en volksgezondheid 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. De onderhavige beleidsregel geeft de toezichthouder aanwijzingen om bij de beoordeling van de mogelijkheid voor een vrijstelling van het kartelverbod de voordelen van duurzame ontwikkeling mee te wegen.

Duurzaamheidsinitiatieven kunnen dikwijls in de vorm van een samenwerking tussen concurrerende ondernemingen tot stand komen wanneer de betreffende ondernemingen niet een zogenaamd 'first mover advantage' zien. Wanneer een onderneming zelfstandig acties verricht ten behoeve van duurzaamheid, kan hij in bepaalde gevallen wegens stijgende productiekosten en winstverlaging marktaandeel verliezen ten opzichte van zijn concurrenten. Dit ontnemt ondernemers de prikkel initiatieven te nemen ten behoeve van duurzame ontwikkeling. Hiernaast kunnen afspraken tussen concurrerende ondernemingen op het gebied van duurzaamheid soms de enige mogelijkheid zijn om negatieve externe effecten van het productieproces, zoals milieuvervuiling en overbevissing van niet gereguleerde- of niet gequoteerde soorten vissen op te lossen. In dit geval kunnen de negatieve externe effecten van het productieproces worden voorkomen als concurrerende ondernemingen gezamenlijk afspraken maken. Ook andere redenen voor samenwerking op het gebied van duurzaamheid zijn 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 product inderdaad staat voor wat het zegt.

Ondernemingen willen door het maken van afspraken zelf bepalen wat de beste manier is om het niveau van duurzaamheid te verbeteren. Indien die afspraken mede betrekking hebben op aspecten waarmee ondernemingen met elkaar concurreren, zoals prijs, kwaliteit en hoeveelheid, kan sprake zijn van een mededingingsbeperkende afspraak die in strijd is met het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet. Met de onderhavige beleidsregel wordt de toezichthouder aanwijzingen gegeven om bij duurzaamheidsinitiatieven te beoordelen of mededingingsbeperkende afspraken wellicht kunnen worden vrijgesteld van het kartelverbod op grond van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet. Tevens biedt deze beleidsregel ondernemers enige duidelijkheid over welke voor duurzame ontwikkeling specifieke aspecten de toezichthouder meeweegt bij haar beoordeling van een mededingingsbeperkende afspraak. Ondernemers moeten immers zelf nagaan (op grond van artikel 6, vierde lid, van de Mededingingswet) of hun gedrag de concurrentie beïnvloedt en, als dat het geval is, of de afspraak mogelijk onder de uitzonderingsvoorwaarden van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet valt en hiermee toch is toegestaan. De beleidsregel ontslaat initiatiefnemers die afspraken maken ten behoeve van duurzame ontwikkeling niet van de verplichting om een deugdelijk onderbouwde motivatie te hebben die aantoont dat de betreffende afspraken daadwerkelijk nodig zijn voor het bereiken van het beoogde doel en niet verder gaan dan wat hiertoe benodigd is. Wanneer de onderbouwing van de voordelen van het duurzaamheidsinitiatief onvoldoende is, kan het initiatief niet worden vrijgesteld van het kartelverbod.

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

§2. Definitie duurzame ontwikkeling en de verhouding met het Europese mededingingsrecht

De onderhavige beleidsregel is van toepassing op afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzame ontwikkeling. In het kader van deze beleidsregel wordt onder duurzame ontwikkeling het volgende verstaan: de ontwikkeling op het gebied van de bescherming van milieu, ecologie, dierenwelzijn en volksgezondheid 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. Deze definitie geeft een praktische invulling van de ruim geformuleerde definitie van duurzame ontwikkeling van de VN-commissie Brundtland uit 1987, 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. Er wordt ervan uitgegaan dat met ontwikkelingen van productiemethoden op het gebied van de bescherming van het milieu, ecologie, dierenwelzijn en volksgezondheid wordt voorzien in behoeften van welzijn en welvaart op dit moment. Wanneer deze ontwikkelingen niet het vermogen van toekomstige generaties om in hun behoeften van welzijn en welvaart te voorzien in gevaar brengen, kunnen ze als duurzaam beschouwd worden. Hierbij kan onder andere gedacht worden aan: ontwikkelingen in productiemethoden die milieuvervuiling tegengaan; ontwikkelingen om overbevissing van niet gereguleerde- of niet gequoteerde soorten vissen tegen te gaan; ontwikkelingen op het gebied van productiemethoden van vlees die het niveau van dierenwelzijn verhogen naar een niveau dat aanzienlijk verder gaat dan de relevante dierenwelzijnregelgeving; ontwikkelingen van productiemethoden van voedsel die gevaren voor de gezondheid van de mens tegengaan.

Het verbod op mededingingsbeperkende afspraken en mogelijke uitzondering op dit verbod is een economisch beleidsveld dat Europeesrechtelijk is geregeld in artikel 101 van het Verdrag betreffende Werking de Europese Unie (VWEU) en waarop de Europese Commissie toezicht houdt. In Nederland is deze bepaling van het VWEU opgenomen in artikel 6 van de Mededingingswet en is de Autoriteit Consument en Markt de nationale toezichthouder. Bij de toepassing ervan moet rekening worden 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. Binnen dit kader moet in de eerste plaats beoordeeld worden of de betreffende afspraak de concurrentie raakt. Het is immers mogelijk dat de betreffende afspraak niet conflicteert met belangrijke aspecten van de mededinging, zoals prijs of kwaliteit, en daarmee geen negatieve gevolgen heeft voor de consument. Ook kan de betreffende afspraak een gedeelte van de markt dekken, waardoor voldoende ruimte overblijft voor mededinging buiten de betreffende afspraak. Tevens kan de betreffende afspraak slechts over zuiver technische aspecten van de productie gaan die geen merkbare gevolgen hebben voor de mededinging, zoals in het geval van het onderling vaststellen van bepaalde standaarden. In deze gevallen hoeft er niet direct sprake te zijn van een overtreding van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet.

In het geval dat de afspraak de concurrentie wel raakt moet de betreffende mededingingsbeperkende afspraak beoordeeld worden op de nadelen die voortvloeien uit de concurrentiebeperking en de voordelen voor de consument. Indien de afspraken onderaan de streep welvaartsverhogend zijn, kunnen de concurrentiebeperkende afspraken onder bepaalde voorwaarden worden toegestaan door gebruikmaking van de uitzondering op het kartelverbod in artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet. De onderhavige beleidsregel benoemt de verschillende voor duurzame ontwikkeling kenmerkende aspecten waar rekening mee moet worden gehouden in deze beoordeling. Hierbij wordt uitgegaan van een breed welvaartsbegrip, waarbij de mogelijke voordelen voor de gebruikers op latere leeftijd, toekomstige generaties gebruikers en, in voorkomend geval, de samenleving als geheel, worden meegewogen. Indien deze voordelen niet meegewogen worden, is het lastig voor ondernemingen die zijn betrokken bij duurzaamheidsinitiatieven om aan te tonen dat de betreffende afspraak onderaan 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 onderaan de streep welvaartsverhogend is. Deze beleidsregel biedt derhalve geen algemene vrijstelling van het kartelverbod voor afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzame ontwikkeling.

§3. Vrijstelling van het kartelverbod op grond van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet

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, zijn verboden. Dit is het zogenaamde kartelverbod. Alle afspraken tussen ondernemingen en alle gedragingen van ondernemingen worden in beginsel volgens hetzelfde analysekader van artikel 6 van de Mededingingswet beoordeeld. Het derde lid van artikel 6 biedt de mogelijkheid van een vrijstelling van het kartelverbod. Waar duurzaamheidsinitiatieven een merkbaar mededingingsbeperkend karakter hebben, moet onder artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet een afweging worden gemaakt tussen de nadelen die voortvloeien uit de concurrentiebeperking en de voordelen die de afspraken teweeg brengen. Afspraken die de mededinging beperken kunnen in sommige gevallen tevens efficiëntieverbeteringen opleveren. 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. Wanneer de positieve effecten van een afspraak opwegen tegen de negatieve, is de afspraak, alles samengenomen, welvaartsbevorderend en verenigbaar met de doelstellingen van de communautaire mededingingsregels. Het netto-effect van dergelijke afspraken is juist het aanbieden van betere producten dan die welke zonder samenwerking worden aangeboden. Bij duurzaamheidsinitiatieven zal de toezichthouder moeten beoordelen of het duurzaamheidselement van het betreffende product of de dienst zodanige efficiëntieverbeteringen oplevert dat de beperking van de mededinging geoorloofd is. Met de onderhavige beleidsregel wordt vastgelegd hoe de voor duurzaamheidsinitiatieven kenmerkende aspecten moeten worden betrokken in de beoordeling van een uitzondering op het kartelverbod.

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.

Met bovenstaande bepaling wordt bedoeld dat wanneer een mededingingsbeperkende afspraak bepaalde baten met zich brengt en om die reden mogelijk van het kartelverbod kan worden vrijgesteld, die baten in redelijke mate de gebruiker ten goede moeten komen. De bepaling van dit artikel komt overeen met de bepaling van artikel 101, derde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Er worden vier voorwaarden in de bepaling genoemd. Deze zijn cumulatief. Zodra is gebleken dat aan één van de vier voorwaarden van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet niet is voldaan, hoeven de resterende voorwaarden niet te worden onderzocht. De bewijslast van de uitzonderingsvoorwaarden wordt gedragen door de onderneming(en) die zich op deze uitzonderingsvoorwaarden beroept (beroepen). 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 elk van de relevante markten waarop de afspraak betrekking heeft. De voorwaarde dat gebruikers een billijk aandeel in de voordelen moeten ontvangen impliceert in het algemeen dat de efficiëntieverbeteringen die voortvloeien uit de beperkende afspraak voldoende moet opwegen tegen de mededingingsbeperkende effecten welke uit diezelfde overeenkomst voortvloeien.

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. De bedoeling van deze eerste voorwaarde is de efficiëntieverbeteringen te bepalen die in aanmerking genomen kunnen worden. Efficiëntieverbeteringen kunnen 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. Hiermee kan worden nagegaan wat de objectieve voordelen zijn die de afspraak oplevert en wat het economische belang van de efficiëntieverbeteringen is. Wil een beroep op artikel 6,

derde lid van de Mededingingswet slagen, moeten de positieve externe effecten van een afspraak immers 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.

Bij een klassiek geval van kartelafspraken, zoals prijsafspraken, wordt marktmacht gecreëerd met een negatief extern effect voor de afnemer of consument. Bij een duurzaamheidsinitiatief werkt dit anders: de marktmacht die met de afspraak wordt gecreëerd wordt gebruikt om een negatief extern effect (bijvoorbeeld milieuvervuiling) op te lossen. Dit kan positieve gevolgen voor de afnemer of consument hebben en kan tot welvaartsverhoging leiden. Per geval zal moeten worden beoordeeld of de afspraken tot welvaartsverhoging leiden en op welke termijn dit naar verwachting zal gebeuren. Met de onderhavige beleidsregel wordt voorgeschreven dat de toezichthouder bij de beoordeling van deze voorwaarde de voordelen voor gebruikers op leeftijd, toekomstige generaties gebruikers en, in voorkomend geval, de voordelen voor de samenleving als geheel meeweegt. In het geval van duurzame ontwikkeling is het passend dat de efficiëntieverbeteringen niet worden beperkt tot voordelen voor de consument in de relevante markt op dat moment. Duurzame ontwikkeling houdt juist een intergenerationeel perspectief in. Bij "de voordelen voor gebruikers op leeftijd, toekomstige generaties gebruikers en, in voorkomend geval, de voordelen voor de samenleving als geheel" valt te denken aan voordelen voor dezelfde consument, of andere consumenten, op latere leeftijd en toekomstige generaties consumenten die voordeel ondervinden van het duurzaamheidsinitiatief, zoals bij milieubescherming. Indien intergenerationele voordelen niet meegewogen worden, zullen complexe negatieve externe effecten, zoals milieuvervuiling, zelden via zelfregulering kunnen worden opgelost, omdat de positieve externe effecten dan niet volledig worden meegewogen en de afspraken als mededingingsbeperkend zullen worden beschouwd.

Dierenwelzijnsinitiatieven dienen, naast verbetering van het dierenwelzijn, in de meeste gevallen tevens tot bescherming van de dier- en volksgezondheid. Hierbij kan onder andere gedacht worden aan afspraken gericht op een zorgvuldig en minimaal gebruik van antibiotica in de veehouderij waarmee het risico op antibioticaresistentie bij dieren en mensen wordt teruggebracht. Dergelijke afspraken leveren voordelen op voor de consument van het betreffende product en de samenleving als geheel. Optimaal dierenwelzijn en een goede diergezondheid leidt veelal tot een efficiëntieverbetering van de productie per dier (hogere groeisnelheid en efficiëntere omzetting van veevoer in dierlijke eiwitten). Dergelijke verbeteringen van de productie kunnen de consument voordelen bieden. Afspraken op het gebied van dierenwelzijn die anderszins de kwaliteit van het product verbeteren kunnen de consument eveneens voordelen bieden. Het kan hierbij gaan om een verbetering van de werkelijke kwaliteit en van de gepercipieerde kwaliteit gerelateerd aan het imago van het product.

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

Volgens de tweede voorwaarde van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet dienen de uit de verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang voortvloeiende voordelen voor een billijk aandeel de gebruikers ten goede te komen. Het begrip "billijk aandeel" houdt in dat het doorgeven van voordelen de gebruikers minstens moet compenseren voor eventuele, daadwerkelijke of te verwachten negatieve gevolgen die zij ondervinden van de mededingingsbeperking. Wanneer gebruikers er na de afspraak slechter aan toe zijn, is niet aan de tweede voorwaarde voldaan, het netto-effect dient minstens neutraal te zijn voor de gebruikers die door de afspraak geraakt worden. Met de onderhavige beleidsregel wordt voorgeschreven dat de toezichthouder bij de beoordeling van deze voorwaarde de voordelen voor gebruikers op leeftijd, toekomstige generaties gebruikers en, in voorkomend geval, de voordelen voor de samenleving als geheel meeweegt. Hiermee wordt ook rekening gehouden met de toekomstige consumenten en wordt intergenerationeel perspectief geboden, het gaat over een langere termijn dan het hier en nu. De voordelen voor gebruikers op latere leeftijd, toekomstige generaties gebruikers en, in voorkomend geval, de voordelen voor de samenleving als geheel kunnen overigens alleen meegewogen worden indien voldoende aannemelijk is dat ze zich daadwerkelijk gaan voordoen. Bovendien moeten, in het geval dat de voordelen voor de samenleving als geheel worden meegewogen, de positieve gevolgen van de afspraak de gebruikers van het product in ieder geval compenseren voor de negatieve gevolgen

van de afspraak. Het kan niet zo zijn dat de gebruiker van het product van het betreffende duurzaamheidsinitiatief de lasten draagt van de voordelen van de afspraak voor de samenleving als geheel.

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 beperkende afspraak geen beperkingen op te leggen welke niet onmisbaar zijn voor het bereiken van de met de betrokken afspraak gegenereerde efficiëntieverbeteringen. De afspraak mag niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is. Hierbij moet de vraag worden gesteld of de mededingingsbeperkende afspraak het al dan niet mogelijk maakt om de betrokken activiteit efficiënter uit te voeren dan wellicht het geval zou zijn zonder de afspraak. In andere woorden: worden er met de afspraak meer efficiëntieverbeteringen geproduceerd dan zonder de afspraak? Op het moment dat de efficiëntievoordelen die een maatregel oplevert zeer groot zijn, kan dat in de totaal afweging van het derde lid opwegen tegen een maatregel waarvan niet onomstotelijk vaststaat of vast te stellen is dat deze niet net iets verder gaat dan noodzakelijk is.

Met de onderhavige beleidsregel wordt voorgeschreven dat de toezichthouder bij de beoordeling van deze voorwaarde in het geval van duurzaamheidsinitiatieven rekening houdt met het gegeven dat wanneer een onderneming zelfstandig acties verricht ten behoeve van duurzaamheid, hij wegens stijgende productiekosten en winstverlaging marktaandeel kan verliezen ten opzichte van zijn concurrenten. Dit ontnemt ondernemers de prikkel initiatieven te nemen op het gebied van duurzaamheid. Samenwerkingsafspraken op het gebied van duurzaamheid kunnen soms zelfs de enige mogelijkheid zijn om negatieve externe effecten van het productieproces, zoals milieuvervuiling en overbevissing op te lossen. Bij deze beoordeling wordt tevens rekening gehouden met de mogelijkheid dat de afspraken verder gaan dan voor de verhoging van de duurzaamheid van het product noodzakelijk is. Omdat bij zuivere duurzaamheidsafspraken de winstpositie van de betrokken ondernemingen niet toeneemt, bestaat er immers een prikkel om bovenop de afspraken in het kader van de oplossing van het negatieve effect ook nog een "klassieke" mededingingsbeperkende afspraak te maken die geen verband houdt met het duurzaamheidsbelang.

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 economische efficiëntie, met inbegrip van dynamische efficiëntieverbeteringen in de vorm van innovatie.

Met de onderhavige beleidsregel wordt voorgeschreven dat de toezichthouder bij de beoordeling van deze voorwaarde de mogelijkheid van voldoende concurrentie op andere kwaliteiten van het product of de dienst dan het duurzaamheidselement meeweegt. Ook bij een samenwerkingsafpraak om de mededinging ten behoeve van duurzame ontwikkeling te beperken, kan aan de restconcurrentievoorwaarde zijn voldaan indien concurrentie op andere elementen dan het duurzaamheidselement mogelijk blijft, zoals prijs, kwaliteit 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.

Kritische beoordeling

De onderhavige beleidsregel geeft de toezichthouder aanwijzingen om per onderscheiden voorwaarde van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet de mogelijke efficiëntieverbeteringen van duurzaamheid mee te wegen. 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 Autoriteit Consument en Markt nog steeds kritisch moeten 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. In dit geval kan er uiteraard geen sprake zijn van een welwillende houding van de Autoriteit Consument en Markt.

§4. Consultatie

P.M.

§5. Administratieve lasten

P.M.

§6. Vaste verandermoment

P.M.