

Consultatieversie Beleidsregel mededinging en duurzaamheid

Besluit van de Minister van Economische Zaken van <datum>, nr. WJZ / <kenmerk>, houdende beleidsregel inzake de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet bij mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid

De Minister van Economische Zaken;

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

Besluit:

Artikel 1

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

Artikel 2

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

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

Artikel 3

Deze beleidsregel wordt aangehaald als: Beleidsregel mededinging en duurzaamheid.

Artikel 4

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

§ 1. Inleiding

1.1 Aanleiding en reikwijdte

Deze Beleidsregel mededinging en duurzaamheid vervangt de Beleidsregel mededinging en duurzaamheid van 8 mei 2014. De aanleiding van deze wijziging is casuïstiek waarin het spanningsveld tussen mededinging en duurzaamheid wederom naar voren kwam en verduurzamingstrajecten werden belemmerd. Voorbeelden hiervan zijn afspraken tussen supermarkten, pluimveeslachterijen en pluimveehouders over duurzamer geproduceerd pluimveevlees (de zogenaamde Kip van Morgen), samenwerking tussen textielproducenten over leefbare lonen in productielanden, alsook gezamenlijke afspraken over het sluiten van vijf kolencentrales. Na de analyse van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) van de afspraken rond de Kip van Morgen is door de staatssecretaris van Economische Zaken toegezegd te bezien of de Beleidsregel mededinging en duurzaamheid toereikend is (Kamerstukken II 2014/15, 31 532, nr. 139). De Minister van Economische Zaken heeft in zijn brief van 13 juli 2015 (Kamerstukken II 2014/2015, 30196, nr. 354) aangegeven positief te staan tegenover duurzaamheidsinitiatieven die door bedrijven of maatschappelijke organisaties worden ondernomen. Marktpartijen geven aan dat de analyses van de ACM, in de vorm van zienswijzen bij de Kip van Morgen en de sluiting van kolencentrales, een remmende werking hebben op duurzaamheidsinitiatieven die worden ontplooid. Dit vindt de Minister een ongewenste uitkomst, omdat het kabinet verduurzaming een belangrijk onderwerp vindt. De Minister zal zich in blijven zetten om maximaal ruimte te zoeken binnen het bestaande mededingingskader en om zoveel mogelijk duidelijkheid te bieden aan partijen over de ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven. Te allen tijde ligt er een verantwoordelijkheid bij partijen die duurzaamheidsinitiatieven ontplooiën, zowel de betrokken ondernemingen als de betrokken maatschappelijke organisaties, om te beoordelen of de duurzaamheidsinitiatieven binnen het mededingingskader passen. Zij moeten de afspraken aan een self assessment onderwerpen. Het is hierbij belangrijk dat partijen duidelijk en onderbouwd kunnen aangeven waarom en hoe de afspraken passen binnen het mededingingskader. Deze aangepaste beleidsregel beoogt duidelijker en concreter richting te geven aan de ACM bij de beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven binnen het bestaande mededingingskader en is bedoeld om nog meer duidelijkheid te bieden aan partijen voor hun self assessment.

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

1.2 Duurzaamheid

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

- ontwikkelingen in productiemethoden die milieuvervuiling tegengaan, bijvoorbeeld door CO₂ emissies naar de lucht of het ontstaan van afval te voorkomen;
- ontwikkelingen in productiemethoden die het verlies aan biodiversiteit tegengaan, bijvoorbeeld door overbevissing van niet gereguleerde- of niet gequoteerde vissensoorten te voorkomen.

- ontwikkelingen van productiemethoden die dierenwelzijn verhogen naar een niveau dat aanzienlijk verder gaat dan de relevante dierenwelzijnsregelgeving, bijvoorbeeld bij de productie van vlees;
- ontwikkelingen van productiemethoden die gevaren voor de gezondheid van de mens tegengaan, bijvoorbeeld een verbetering van de arbeidsomstandigheden;
- ontwikkelingen waardoor producenten en arbeiders in ontwikkelingslanden een eerlijke prijs voor hun producten ontvangen, bijvoorbeeld in de vorm van leefbare lonen bij de productie van voedsel of textiel.

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

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

1.4 Visiedocument mededinging en duurzaamheid

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

1.5 Europeesrechtelijk kader

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

§ 2. Wettelijk kader

2.1 Kartelverbod (artikel 6, eerste lid, Mededingingswet)

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

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

Voorbeeld

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

Voorbeeld

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

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

Voorbeeld

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

Voorbeeld

In de kledingbranche wordt gesproken over het betalen van een leefbaar loon aan fabrieksarbeiders in derde landen, bijvoorbeeld Bangladesh. Wanneer de stap van het bestaande loon naar een leefbaar loon een kleine stap is, en het loon een beperkt deel uitmaakt van de prijs van een kledingstuk, dan heeft deze stap een beperkte impact op de prijs van een kledingstuk en daarmee op de mededinging. Dit is met name het geval wanneer betrokken ondernemingen de vrijheid behouden op andere concurrentieparameters. Hiermee zou een collectieve afspraak tot verhoging van de loonbetaling tot leefbare lonen niet direct tot kartelvorming leiden.

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

Voorbeeld

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

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

Voorbeeld

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

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

Inherente beperkingen

Over mogelijkheden voor duurzaamheidsinitiatieven binnen het bestaande mededingingskader bestaat er discussie over de ruimte die artikel 6, eerste lid, via de zogenaamde leer van de inherente beperkingen zou kunnen bieden. Het Europese Hof heeft enkele malen aangenomen dat een mededingingsbeperking aanvaardbaar was vanwege het legitieme publieke belang dat ermee werd gediend. De mededingingsbeperking werd hierbij als '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. Bij veel van deze zaken was het publieke belang echter wettelijk gedefinieerd. Dat is bij duurzaamheid niet direct het geval. Deze leer van inherente beperkingen geeft op dit moment onvoldoende duidelijkheid en handvatten om de beleidsregel hierop te baseren. De beleidsregel blijft dan ook gebaseerd op artikel 6, derde lid, Mededingingswet. Dat neemt overigens niet weg dat partijen zich op deze leer kunnen beroepen bij het maken van duurzaamheidsinitiatieven.

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

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

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

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

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

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

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

§ 3. De toepassing van de onderhavige beleidsregel op duurzaamheidsinitiatieven

3.1 Algemeen

De onderhavige beleidsregel stelt een aantal voor duurzaamheid specifieke aspecten vast die de ACM als toezichthouder dient te betrekken bij de beoordeling van het mogelijk van toepassing zijn van de vrijstelling van het kartelverbod. Daarnaast kan de beleidsregel aan ondernemingen houvast bieden,

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

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

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

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

Voorbeeld

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

Efficiëntieverbeteringen in het geval van duurzaamheidsinitiatieven

Bij een klassiek geval van een overtreding van het kartelverbod, zoals prijsafspraken, wordt marktmacht gecreëerd met negatieve gevolgen voor de consument, zoals een hogere prijs. Bij een duurzaamheidsinitiatief werkt dit anders: de marktmacht die met de afspraak wordt gecreëerd wordt gebruikt om duurzamer producten voort te brengen en, in bepaalde gevallen, om een negatief extern effect op te lossen. Dit kan positieve welvaartsgevolgen hebben. Zo is het mogelijk dat door de afspraak minder hulpbronnen worden gebruikt bij de vervaardiging van geconsumeerde producten of dat er producten worden vervaardigd die langer meegaan, waardoor minder beslag wordt gelegd op hulpbronnen. Beide leiden tot meer efficiëntie. Zowel toekomstige baten als het vermijden van toekomstige lasten kan worden meegewogen bij deze eerste voorwaarde. Per geval zal moeten worden beoordeeld of de afspraken tot welvaartsverhoging leiden en op welke termijn dit naar verwachting zal gebeuren. Bij het waarderen van de voor- en nadelen is het van belang dit dynamisch te bekijken. Dit betekent dat niet alleen wordt gekeken naar de situatie zoals die nu is, maar ook naar hoe die zich ontwikkelt. Sommige voor- en/of nadelen zullen namelijk niet direct na het uitvoeren van duurzaamheidsinitiatieven naar voren komen, maar zullen zich pas op een langere termijn manifesteren. Zo kunnen zich op een langere termijn schaalvoordelen voordoen, doordat meer partijen mee gaan doen, dat er meer ervaring is opgedaan met een nieuwe methode of dat andere methodes worden ontwikkeld. Daarnaast spelen ook de specifieke marktstructuren een rol. De energiemarkt werkt bijvoorbeeld anders dan de agronutri-keten of de kledingsector, en dat kan mogelijk een effect hebben op hoe de voor- en nadelen uitpakken.

Wat regelt deze beleidsregel voor deze voorwaarde?

De onderhavige beleidsregel stelt dat bij de beoordeling van deze voorwaarde tevens de voordelen die zich op langere termijn zullen voordoen worden meegewogen. In het geval van duurzaamheidsinitiatieven is het passend dat de weging van de efficiëntieverbeteringen niet wordt beperkt tot voordelen in de relevante markt in het heden. Daarbij worden de afspraken, wanneer het om een totaalpakket gaat, in zijn geheel bekeken. De beoordeling dient zich niet te beperken tot het onderdeel met een merkbaar effect op de mededinging, wanneer het om een totaalpakket van afspraken gaat. Het bredere perspectief van de afspraken dient te worden meegenomen bij de beoordeling van de afspraken die mogelijk een beperking van de mededinging als gevolg hebben.

Voorbeeld

Het Energieakkoord bestaat uit verschillende afspraken die bij moeten dragen aan de verduurzaming van de energievoorziening en-gebruik in Nederland. Het sluiten van kolencentrales is onderdeel van dit grotere pakket. Bij de beoordeling zou, naast de effecten van de sluiting van de kolencentrales, het bredere pakket aan afspraken van het Energieakkoord in ogenschouw moeten worden genomen.

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

Voorbeeld

Een groot deel van de Europese fabrikanten en importeurs van huishoudelijke wasmachines spraken af om de productie en de invoer in de EU van apparaten met de laagste energie-efficiëntie te staken om het energieverbruik en daarmee de vervuiling uitstoot bij elektriciteitsopwekking terug te dringen. De Europese Commissie oordeelde in 2000 dat een vrijstelling van het mededingingsverbod van toepassing was op basis van een afweging van de voor- en nadelen van de afspraak voor de consument. De voordelen die konden worden geïdentificeerd betroffen zowel voordelen voor de consument in de vorm van lagere energiekosten als maatschappelijke voordelen in de vorm van verminderde CO₂-uitstoot. De verminderde CO₂-uitstoot levert de consument in de toekomst voordelen op, doordat zij dan minder kosten hoeft te maken om de negatieve gevolgen van CO₂-uitstoot (klimaatverandering) terug te dringen.

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

Voor de onderbouwing van deze voorwaarde geldt dat materiaal wordt aangeleverd waaruit de te verwachten efficiëntieverbeteringen van het duurzaamheidsinitiatief blijken. Dit kan bijvoorbeeld gaan om (onderzoeks)resultaten waaruit de (positieve) gevolgen voor milieu, dierenwelzijn of eerlijke handel blijken, opinies van experts op genoemde terreinen of ervaringen of ervaringen van gebruikers. Bij milieu kan het dan gaan om de gevolgen voor de CO₂-uitstoot, bij dierenwelzijn de verbeteringen in welzijn voor het dier of de perceptie van de mens daarop en bij eerlijke handel om verbetering in de arbeidsomstandigheden van werknemers in derde landen. Deze aan te tonen effecten en/of verbeteringen kunnen zowel kwantitatief als kwalitatief van aard zijn.

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

Volgens de tweede voorwaarde van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet dienen de uit de verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang voortvloeiende voordelen voor een billijk aandeel de gebruikers ten goede te

komen. Het begrip 'billijk aandeel' houdt in dat het doorgeven van voordelen de consument minstens moet compenseren voor eventuele, daadwerkelijke of te verwachten negatieve gevolgen die zij ondervinden van de mededingingsbeperking. Een billijk aandeel omvat ook de waarde die consumenten hechten aan bepaalde kwalitatieve eigenschappen van het product, aan de wijze waarop het product is geproduceerd en de bereidheid daar een hogere prijs voor te betalen. Hiermee wordt geborgd dat de voordelen die uit een afspraak voortvloeien niet enkel ten gunste komen van de betrokken producenten, maar ook in voldoende mate aan de consument worden doorgegeven. Verder kan een duurzaamheidsinitiatief ten gunste komen van derden, zodat de samenleving als geheel profiteert. Hieronder wordt nader op dit punt ingegaan.

Voorbeeld

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

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

Wat regelt deze beleidsregel voor deze voorwaarde?

De onderhavige beleidsregel stelt dat bij de beoordeling van deze voorwaarde tevens de voordelen voor de gebruikers die zich op langere termijn zullen voordoen worden meegewogen en, waar mogelijk, de voordelen voor de samenleving. Met de samenleving wordt verstaan dat ook niet-gebruikers van het product voordeel kunnen hebben van een duurzaamheidsinitiatief, doordat zij ook profiteren van positieve milieueffecten of verbeterde dierenwelzijn waarden. Op deze manier kunnen externe effecten worden meegenomen bij de voor- en nadelen van een duurzaamheidsinitiatief. Vanwege de nationale werking van deze beleidsregel is de focus hierbij op de Nederlandse samenleving. Met deze benadering wordt ook rekening gehouden met de voordelen voor de huidige consument in de toekomst en met toekomstige consumenten van het betreffende product of dienst, het gaat over een langere termijn dan het hier en nu en anderen die het product niet zelf afnemen.

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

Voor de onderbouwing van deze voorwaarde geldt dat materiaal wordt aangeleverd waaruit het billijk aandeel voor de gebruikers en de niet-gebruikers van het duurzaamheidsinitiatief blijkt. Het kan daarbij gaan om zowel kwantitatieve als een kwalitatieve onderbouwing. Dit kan bijvoorbeeld gaan om gemeten consumentengedrag bij prijsstijgingen en/of prijsdalingen voor verscheidene duurzame producten, zoals kippenvlees of kleding dat is geproduceerd onder goede arbeidsomstandigheden. Tevens kan het data zijn hoe de doorberekening van de extra kosten in de desbetreffende keten werkt. Deze effecten en/of verbeteringen kunnen zowel kwantitatief als kwalitatief van aard zijn. Verderop in deze toelichting op de beleidsregel wordt meer ingegaan op methodieken.

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

Volgens de derde voorwaarde van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet dient de mededingingsbeperkende afspraak geen beperkingen op te leggen die niet onmisbaar zijn voor het bereiken van de met de betrokken afspraak gegenereerde efficiëntieverbeteringen. De afspraak mag derhalve niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is. Dit betekent dat er redelijkerwijs geen praktisch

haalbare, minder mededingingsbeperkende alternatieven mogelijk zijn om de verbeteringen te bereiken. Met de toetsing aan deze voorwaarde wordt voorkomen dat de afspraken verder gaan dan voor de verhoging van de duurzaamheid van het product noodzakelijk is. Zo wordt voorkomen dat, naast een duurzaamheidsafspraken, tevens een mededingingsbeperkende afspraak wordt gemaakt die geen verband houdt met het duurzaamheidsbelang en negatieve gevolgen voor de consument heeft.

Voorbeeld

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

Wat regelt deze beleidsregel voor deze voorwaarde?

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

Voorbeeld

In de analyse van de Kip van Morgen werd door de ACM geoordeeld dat de afspraken verder gingen dan nodig waren. Voor kipfilet met een 'Beter Leven' keurmerk is een consument al bereid om meer te betalen dan voor regulier kippenvlees. Volgens de ACM valt er daarom eerder op het gebied van voorlichting aan consumenten en vertrouwen van consumenten in andere soorten productiemethodes nog veel te verbeteren. Het is dan ook aan betrokken partijen om de noodzakelijkheid van de afspraken goed te onderbouwen.

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

Voor de onderbouwing van deze voorwaarde geldt dat materiaal wordt aangeleverd waaruit de onmisbaarheid van de afspraken voor duurzaamheidsinitiatief blijkt. Dit kan bijvoorbeeld gaan om argumenten waaruit een first mover disadvantage blijkt, waardoor de bodem in de markt niet omhoog gaat. Of data van consumentengedrag, waaruit naar voren komt dat er geen sprake is van een first mover advantage. Ten slotte is informatie bruikbaar waaruit blijkt dat minder vergaande maatregelen of afspraken niet het gewenste resultaat opleveren.

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

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

Wat regelt deze beleidsregel voor deze voorwaarde?

De onderhavige beleidsregel stelt dat bij de beoordeling van deze voorwaarde de mogelijkheid van voldoende restconcurrentie op andere concurrentieparameters van het product of de dienst dan het duurzaamheidselement wordt betrokken. Bij een afspraak waarbij ten behoeve van duurzaamheid de mededinging wordt beperkt, kan aan de restconcurrentievoorwaarde zijn voldaan indien concurrentie op andere concurrentieparameters dan het duurzaamheidselement mogelijk blijft, zoals prijs, andere kwaliteitselementen of service. Aan de restconcurrentievoorwaarde kan in een concrete zaak tevens zijn voldaan indien voldoende toegang tot de markt voor niet bij de afspraak aangesloten ondernemingen open staat.

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

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

§4 Methodologie

Bij het kwantificeren van effecten die geen 'marktprijs' hebben, zoals dierenwelzijn, kan gebruik worden gemaakt van methodieken die de betalingsbereidheid van consumenten bepalen. De methoden die hiervoor bestaan hebben allemaal voor- en nadelen. Er is (nog) geen perfecte methode voor. Een gebruikelijke methode is bijvoorbeeld de 'willingness to pay' (WTP) methode, zoals die bijvoorbeeld ook wordt voorgeschreven in de algemene leidraad voor maatschappelijke kosten-en batenanalyses (MKBA). De WTP kan worden achterhaald door consumenten ernaar te vragen of door het af te leiden uit gedrag op aanpalende markten. De methode waarbij de betalingsbereidheid wordt achterhaald door consumenten te bevragen heeft als voordeel dat rekening kan worden gehouden met eventuele 'free rider' problemen. Zo kan de bereidheid van consumenten om meer te betalen voor een duurzamer product afhangen van het aantal consumenten dat ook bereid is om meer te betalen. Wanneer een groot aantal anderen bereid zijn om meer te betalen, heeft dat een positief effect op de bereidheid meer te betalen voor een individuele consument. Omdat consumenten ermee rekening kunnen houden dat hun individuele koopgedrag nauwelijks invloed heeft op de verduurzaming en daarom mogelijk ervoor kiezen 'mee te profiteren' van het koopgedrag van anderen. Deze situatie kan ertoe leiden dat de maatschappelijke gewenste verduurzaming niet tot stand komt. Omdat een onderzoek naar WTP de gemiddelde betalingsbereidheid in kaart brengt, kan het voorkomen dat veel (of zelfs de meeste) consumenten zich niet herkennen in de uitkomst. Een ander nadeel is dat WTP onderzoeken vragen oproepen over de representativiteit van de ondervraagde groep consumenten, of zij wel hun werkelijke betalingsbereidheid hebben doorgegeven en hoe de gegevens uiteindelijk zijn geanalyseerd. Daarnaast doen beperkingen zich voor bij het meewegen van publieke belangen die slecht kwantificeerbaar zijn en/of niet goed kunnen worden omgezet in betalingsbereidheid omdat de voordelen (deels) neerslaan bij niet-consumenten (bv. betere arbeidsvoorwaarden komen vooral terecht bij degene die ze geniet en maar ten dele bij de gebruiker). Tevens worden bij WTP onderzoeken de huidige gebruikers ondervraagd en niet zozeer de gebruiker op de langere termijn. Ten slotte zijn er verschillende manieren om WTP onderzoeken uit te voeren die verschillende uitkomsten hebben. Hierdoor is het verstandig om meerdere methoden toe te passen om een zo realistisch mogelijk beeld te krijgen van de waardering van een gebruiker voor een concreet immaterieel goed. Het is belangrijk bij het gebruik van deze methode bewust te zijn van bovenstaande voor- en nadelen.

Naast de WTP methodiek zijn er methoden die consumentengedrag bepalen door te kijken naar wat een consument doet bij bijvoorbeeld verschillende prijzen voor meer of minder duurzame producten. Dit kan in een proefwinkelopstelling of in een echte winkel die voor deze onderzoeksdoeleinden bereid is mee te doen. Voordeel hiervan is dat de situatie realistischer is en een consument onbewuster kan worden geobserveerd. Hierdoor kan een mogelijk verschil in opvattingen van dezelfde persoon als burger en als consument worden tegengegaan. Een nadeel is dat zulk onderzoek bewerkelijk is, omdat

de verschillen in consumentengedrag goed moeten kunnen worden geduid. Daarnaast is het relatief duur en kan het lang duren om de effecten van bijvoorbeeld prijsschommelingen op het consumentengedrag te meten. Het gebruik van een maatschappelijke kosten en baten analyse, waar al veel ervaring mee is opgedaan en waar veel materiaal over beschikbaar is, is een ander alternatief voor het bepalen van de voor- en nadelen. Zeker in het geval dat de voor- en nadelen niet alleen neerslaan bij alleen de gebruikers, maar bij de samenleving in zijn geheel.

Voorbeeld

Er zijn verschillende methodieken gebruikt bij het bepalen van de voor- en nadelen van de afspraken rondom de Kip van Morgen. Voor de milieukant zijn schaduw prijzen gehanteerd, voor het dierenwelzijn is de willingness to pay methode gebruikt en voor de meerkosten is gebruik gemaakt van bestaand onderzoek van de universiteit Wageningen.

De specifieke marktstructuren moeten worden meegenomen bij het bepalen of de voordelen de nadelen compenseren. Kosten kunnen in verschillende markten namelijk anders worden doorberekend richting de consument. Dit is onder meer afhankelijk van de concurrentie, al dan niet op prijs, richting de eindgebruiker. Tevens kunnen voor- en nadelen zowel kwantitatief als kwalitatief van aard zijn.

Voorbeeld

De afspraken rond de Kip van Morgen zijn gedaan tussen onder meer supermarkten onderling. Deze markt is erg competitief. Dit heeft effect op de mate waarin kostenverhogingen op het terrein van duurzaamheid worden doorberekend aan de consument. Op een minder competitieve markt kan dit anders werken. Dit moet mee worden genomen bij de analyse van de nadelen van duurzaamheidsafspraken.

§5. Consultatie

PM

§ 6. Regeldruk

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

§ 7. Inwerkingtreding

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

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