

Gezamenlijke reactie d.d. 29 januari 2016

**Land- en Tuinbouw Organisatie Nederland
BarentsKrans N.V.**

Internetconsultatie: Aangepaste Beleidsregel
mededinging en duurzaamheid

**Land- en Tuinbouw
Organisatie Nederland**
Bezuidenhoutseweg 225
2594 AL Den Haag

Klaas Johan Osinga
Vincent Triebert

BarentsKrans N.V.
Lange Voorhout 3
2514 EA Den Haag

Joost Fanoy
Tim Raats

1. INLEIDING

1. In deze reactie gaat Land- en Tuinbouw Organisatie Nederland (hierna: “LTO”) in op de herziening van de 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 (hierna: de “Beleidsregel”). Deze reactie is tot stand gekomen in samenwerking met BarentsKrans N.V. (hierna: “BarentsKrans”). De reactie wordt dan ook mede namens BarentsKrans ingediend.
2. Voorafgaand aan haar inhoudelijke reactie merkt LTO op dat zij mede betrokken is geweest bij de totstandkoming van de reactie van de SER op de Beleidsregel en LTO onderschrijft hetgeen de SER heeft weergegeven in haar reactie. Deze reactie kan dan ook worden beschouwd als een aanvulling op de visie die de SER heeft weergegeven in haar reactie.
3. In het navolgende gaat LTO in op de navolgende thema’s. Ten eerste zal zij kort ingaan op het (grote) belang van een Europese benadering van het thema duurzaamheid en mededinging. Vervolgens gaat LTO in op artikel 6 lid 1 en artikel 6 lid 3 Mededingingswet (“Mw”) in samenhang met de Beleidsregel. Daarbij komt de leer van de inherente beperkingen aan bod in het kader van artikel 6 lid 1 Mw. In het kader van artikel 6 lid 3 Mw gaat LTO kort in op de problematiek omtrent de te hanteren methodologie bij de beoordeling van de positieve gevolgen van duurzaamheidsinitiatieven. Ten slotte vraagt LTO in het laatste hoofdstuk van deze reactie aandacht voor twee aanvullende voorstellen die buiten het bereik van de huidige Beleidsregel liggen.

1.1. EUROPEES PERSPECTIEF

4. Los van de gevolgen voor de conceptbeleidsregel vraagt LTO graag aandacht voor het belang van een Europese benadering voor duurzaamheidsinitiatieven, aangezien de problemen die de markt ondervindt bij het ontplooien van duurzaamheidsinitiatieven in veel gevallen niet kunnen worden weggenomen door een zuiver nationale aanpak.
5. LTO verwijst in dat kader onder meer in op de zienswijze van ACM ten aanzien van de sluiting van vijf kolencentrales in het kader van het SER energieakkoord. Bij dergelijke initiatieven met verregaande milieueffecten, is duidelijk dat die effecten zich niet beperken tot een Lidstaat. Dat geldt niet alleen voor de positieve duurzaamheidseffecten maar ook voor de eventuele negatieve effecten voor de mededinging. Juist daarom acht LTO het van groot belang dat in Europees verband meer aandacht ontstaat voor de beperkende rol die mededingingsregels kunnen hebben voor de succesvolle ontplooiing van duurzaamheidsinitiatieven. Getuige de Beleidsregel, vertolkt Nederland een voortrekkersrol binnen Europese context. In de visie van LTO verdient deze benadering het om “geëxporteerd” te worden naar andere Europese lidstaten zodat een zeker mate van gelijkheid ontstaat ten aanzien van de mededingingsrechtelijke behandeling van duurzaamheidsinitiatieven binnen Europa.

LTO wijst daarnaast op het duurzaamheidsinitiatief van Nevedi voor verantwoorde soja in de diervoedersector. Dit initiatief is gericht op het creëren van vraag naar verantwoorde soja voor de diervoedersector en het instellen van minimum duurzaamheidseisen voor zover nog geen specifieke marktvraag naar duurzame soja bestaat.

De Nederlandse behoefte aan soja voor de diervoedersector vormt slechts een zeer klein deel van de totale wereldwijde behoefte. Tegen die achtergrond wordt ook in internationaal verband gewerkt aan het uitbreiden van het duurzame soja-initiatief naar, in eerste instantie, andere Europese landen. Uit dit voorbeeld blijkt dat het niet alleen voor de mededingingsrechtelijke analyse van belang is dat duurzaamheidsinitiatieven internationaal worden gezien. Ook voor het succes en effect van initiatieven is het van belang dat voor een internationale benadering wordt gekozen. Daarbij komen de positieve effecten van een duurzaamheidsinitiatief maximaal tot uiting als de toepasselijke regels overal gelijk zijn. Daarmee wordt voorkomen dat een “lappendeken” ontstaat van landen waarin specifieke duurzaamheidsinitiatieven wel of niet zijn toegestaan.

6. In de visie van LTO vormt het Nederlands voorzitterschap van de Raad van de Europese Unie een uitgelezen mogelijkheid om het thema duurzaamheid en mededinging onder de aandacht te brengen van de Lidstaten. Waar Nederland zich inzet voor een innovatieve Unie, biedt duurzaamheid een directe mogelijkheid om innovatie te bevorderen in het belang van de gehele Unie en niet enkel van de Nederlandse samenleving. Dit thema sluit bovendien naadloos aan bij een van de overkoepelende prioriteiten die de Europese Raad heeft vastgesteld: een Energie Unie met een toekomstgericht klimaatbeleid.

2. ARTIKEL 6 LID 1 MEDEDINGINGSWET

7. Paragraaf 2.1 van de toelichting bij de Beleidsregel beschrijft in algemene zin de werking van artikel 6 lid 1 Mw in het kader van duurzaamheidsinitiatieven. Daarbij wordt opgemerkt dat de leer van inherente beperkingen op dit moment onvoldoende duidelijkheid en handvatten biedt om, in het kader van artikel 6 lid 1 Mw, de Beleidsregel daarop te baseren. LTO vraagt in het kader van de beoordeling onder artikel 6 lid 1 Mw aandacht voor twee aspecten. Ten eerste vraagt LTO aandacht voor het belang van het onderzoek naar de mededingingsbeperkende strekking of gevolgen van duurzaamheidsinitiatieven. Ten tweede vraagt LTO aandacht voor de doctrine van de inherente beperkingen.

2.1. BEPERKING VAN DE MEDEDINGING

8. Op ondernemingen rust een zware (bewijs)last om een beperking van de mededinging te rechtvaardigen middels de vrijstelling van artikel 6 lid 3 Mededingingswet (“Mw”). Die last wordt, in de visie van de mededingingsautoriteiten, gerechtvaardigd door het feit dat eerst moet worden vastgesteld dat het proces van mededinging en de consument daadwerkelijk worden geschaad door de mededingingsbeperkende regeling.¹

¹ Commission’s EU Competition Policy Newsletter, Number 2 – Summer 2004: *Regulation 1/2003 and the Modernisation Package fully applicable since 1 May 2004*, p. 5.

9. Een vrijstelling onder artikel 6 lid 3 Mw is dus pas noodzakelijk als een inbreuk op artikel 6 lid 1 Mw is vastgesteld. In de zienswijzen van ACM in het kader van duurzaamheidsinitiatieven wordt doorgaans tamelijk snel tot een waarschijnlijke inbreuk op artikel 6 lid 1 Mw geconcludeerd. Vervolgens wordt vanuit dat uitgangspunt bezien of artikel 6 lid 3 Mw mogelijk uitkomst biedt in de vorm van een vrijstelling van de mededingingsbeperkende afspraak.
10. In de visie van LTO zijn duurzaamheidsinitiatieven gebaat bij een gedegen onderzoek naar de potentiële mededingingsbeperkende gevolgen van een afspraak, voordat wordt overgegaan tot een lid 3-analyse.
11. Om binnen de verbodsbepaling van artikel 101 lid 1 VWEU / artikel 6 lid 1 Mw te vallen, is het noodzakelijk dat een afspraak de *strekking* of het *gevolg* heeft de mededinging te beperken. In dat kader geldt dat wanneer een onderzoek van de afspraak niet aan het licht mocht brengen, dat in voldoende mate van benadeling van de mededinging sprake is, de mededingingsautoriteit dient na te gaan tot welke gevolgen de overeenkomst leidt. Daarbij is het voor de toepasselijkheid van het kartelverbod noodzakelijk, dat uit de gezamenlijke bestanddelen van de overeenkomst valt af te leiden dat de mededinging in feite in merkbare mate is verhinderd, beperkt of vervalst.² Het onderscheid tussen een strekkingsbeperking en een gevolgbeperking is dan ook dat bepaalde vormen van collusie tussen ondernemingen uit hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de mededinging;³ deze afspraken hebben, met andere woorden, de strekking de mededinging te beperken. Om dergelijke afspraken te identificeren moet worden gelet op de bewoordingen en oogmerken ervan, alsmede op de economische en juridische context van de overeenkomst.⁴ Ten slotte geldt dat wanneer, onder het mom van een onderzoek naar de mededingingsbeperkende strekking van een afspraak, in werkelijkheid de potentiële gevolgen van de afspraak worden beoordeeld, blijkt daaruit op zichzelf al dat de betrokken afspraken niet kunnen worden geacht “naar hun aard” schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging.⁵
12. Ten aanzien van duurzaamheidsinitiatieven is evenwel niet aannemelijk dat deze per definitie de strekking hebben de mededinging te beperken. Het ligt daarom voor de hand dat, in het kader van duurzaamheidsinitiatieven, de vraag aan de orde zal zijn of een afspraak tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt. Het is vaste Europese en nationale rechtspraak dat, om te bepalen of een afspraak in strijd is met artikel 101 lid 1 VWEU, die afspraak moet worden bezien in het licht van de gehele economische en juridische context ervan.⁶ Daarbij speelt bijvoorbeeld ook een rol wat de toetredingsbarrières zijn voor partijen die nog niet actief zijn op de markt, maar dat mogelijk wel kunnen worden als de marktomstandigheden dusdanig zijn dat zij winstgevend de markt kunnen betreden.⁷

² HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65 (*Société Technique Minière*), jur. 1966, p. 392 e.v.

³ HvJ EU 20 november 2008, zaak C-209/07 (*BIDS*), jur. 2008, p. I-08637, rov. 17.

⁴ HvJ EU 6 oktober 2009, zaak C-501/06 P (*GlaxoSmithKline*), jur. 2009, p. I-09291, rov. 58; HvJ EU 14 maart 2013, zaak C-32/11 (*Allianz Hungária Biztosító*), ECLI:EU:C:2013:160, rov. 36.

⁵ HvJ EU 11 september 2014, zaak C-67/13 P (*Groupement des Cartes Bancaires*), ECLI:EU:C:2014:2204, rov. 82.

⁶ Zie *Société Technique Minière* en HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 (*Delimitis*), jur. 1991, p. I-00935, rov. 14. Zie voorts CBB 7 december 2005, ECLI:NL:CBB:2005:EU8309 (*Secon*).

⁷ *Delimitis*, rov. 21.

13. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat, zelfs als afspraken tussen concurrenten worden beoordeeld, groot belang toekomt aan de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.⁸ Daarbij is het noodzakelijk om niet alleen het huidige concurrentiepotentieel mee te nemen maar ook potentiële concurrentie om vast te stellen of er reële en concrete mogelijkheden bestaan dat een nieuwe concurrent de markt kan betreden en met de gevestigde orde kan concurreren.⁹ Deze analyse moet worden ondernomen in het licht van de situatie in afwezigheid van de afspraak om vast te stellen wat de daadwerkelijke impact is van de afspraak op de relevante markt.¹⁰
14. De gemene deler van al deze rechtspraak is dat een mededingingsautoriteit (of de rechter van een lidstaat aan wie een mededingingsrechtelijk vraagstuk wordt voorgelegd) niet al te snel mag concluderen dat een afspraak het potentieel heeft de mededinging te beperken zonder daarbij acht te slaan op de impact van de afspraak, daarbij rekening houdende met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.

Ter illustratie wijst LTO op het duurzaamheidsinitiatief *Fair Produce* in de champignonsector. Dit initiatief ziet op de arbeidsvoorwaarden binnen de paddenstoelensector. Het keurmerk beoogt arbeidsmisstanden in de sector te voorkomen. In dat verband kan de vraag worden gesteld of dergelijke afspraken überhaupt, gelet op de juridische context, zouden kunnen worden aangemerkt als een beperking van de mededinging. Immers, door middel van een dergelijke initiatief wordt gegarandeerd dat overtredingen van het arbeidsrechtelijke kader worden voorkomen.

15. In de zienswijzen die ACM heeft afgegeven in het kader van duurzaamheidsinitiatieven wordt evenwel geen blijk gegeven van een dergelijke analyse. Daarbij speelt uiteraard een rol dat het bij een dergelijke zienswijze gaat om een voorlopig oordeel en het niet van ACM kan worden verwacht dat een onderzoek wordt uitgevoerd dat vergelijkbaar is met een onderzoek in het kader van een sanctieoplegging. Desalniettemin hecht LTO eraan op te merken dat een gedegen analyse onder artikel 6 lid 1 Mw wenselijk is om te voorkomen dat duurzaamheidsinitiatieven ten prooi vallen aan type I fouten (fout-positief). Wanneer wordt aangenomen dat een duurzaamheidsinitiatief de mededinging beperkt, rust de bewijslast op de betrokken ondernemingen om een rechtvaardiging onder artikel 6 lid 3 Mw aan te tonen. Het is daarom van belang dat niet al te snel wordt aangenomen dat sprake is van een beperking.
16. LTO geeft dan ook graag in overweging om het bereik van de Beleidsregel uit te breiden tot aanwijzingen ten aanzien van de toepassing van artikel 6 lid 1 Mw bij de beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven.

⁸ Gerecht 15 september 1998, gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94 (*European Night Services*), jur. 1998, p. II-03141, rov. 136.

⁹ Zie *Delimitis*, rov. 21 en *European Night Services*, rov. 137.

¹⁰ Gerecht 2 mei 2006, zaak T-328/03 (*O2*), jur. 2006, p. II-01231, rov. 71-72.

Ter illustratie wijst LTO op de Commissiebeschikking inzake de Algemene Pharmaceutische Bond (Beschikking van de Commissie van 14 december 1989, zaak IV/32.202 – APB). Deze zaak ging over kwaliteitsregeling voor de verkoop van geneesmiddelen in Belgische apotheken. Ingevolge de “zegelovereenkomst” mochten in de apotheken enkel producten worden verkocht die waren voorzien van een APB-waarborgzegel waarmee de kwaliteit van het product was gegarandeerd. In de oorspronkelijke versie van de zegelovereenkomst was een verbod opgenomen om het betrokken product (met of zonder waarborgzegel) via andere verkoopkanalen te verkopen. De betrokken medicijnen konden dus enkel verkocht worden via de apotheken. Daarmee werd de vrijheid van producten aangetast om te kiezen op welke wijze de producten in de handel werden gebracht. Daarnaast werd de mededinging tussen apotheken en andere verkoopkanalen beperkt. De Commissie overwoog ter zake dat de overeenkomst de mededinging op het gebied van de verkoop van farmaceutische producten in België beperkte.

Naar aanleiding van de toezending van de punten van bezwaar werd de zegelovereenkomst aangepast in die zin dat fabrikanten vrij waren om het betrokken product in dezelfde verpakking onder dezelfde benaming maar zonder zegel buiten de apotheek via alternatieve productiekkanalen te verkopen. Ten aanzien van die gewijzigde variant van de zegelovereenkomst was er voor de Commissie niet langer aanleiding om overeenkomstig artikel 101 lid 1 VWEU (destijds artikel 85 lid 1 EG) op te treden.

Omstandigheden zoals de beschikbaarheid van alternatieve distributiekkanalen en eventuele mogelijkheden voor ondernemingen om de markt te betreden, zijn aspecten die in het kader van de analyse onder artikel 6 lid 1 Mw van groot belang kunnen zijn. Als voorbeeld wijst LTO op de afspraken uit het duurzaamheidsinitiatief *De Kip van Morgen*. De betrokken afspraken waren enkel van toepassing op de verkoop van kippenvlees aan consumenten via de deelnemende supermarkten. Binnen de overkoepelende markt voor verkoop van kippenvlees aan consumenten waren andere distributiekkanalen vrij om kippenvlees te verkopen dat niet aan de voorwaarden van *De Kip van Morgen* voldeed. LTO merkt daarbij op dat in het geval van de *Kip van Morgen* slechts in beperkte mate alternatieve distributiekkanalen beschikbaar waren. Evenwel is het onduidelijk of ACM de mogelijkheden voor uitbreiding van deze kanalen en de mogelijkheid van markttoetreding door derde partijen heeft meegenomen in de analyse onder artikel 6 lid 1 Mw.

2.2. INHERENTE BEPERKINGEN

17. In aansluiting op het voorgaande punt vraagt LTO aandacht voor de mogelijkheden die de jurisprudentie omtrent “inherente beperkingen” biedt in het kader van de analyse onder artikel 6 lid 1 Mw. LTO verwijst in dat kader naar de reactie van de SER die dit leerstuk eveneens behandelt.
18. In de visie van LTO, zou de *Wouters*-doctrine mogelijke aanknopingspunten kunnen bieden voor de beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder artikel 6 lid 1 Mw. In aanvulling op de reactie van de SER, wijst LTO op de lijn in de Europese jurisprudentie die mogelijk ruimte biedt om te concluderen dat mededingingsbeperkingen, onder omstandigheden, inherent zijn aan de legitieme doelstellingen die duurzaamheidsinitiatieven nastreven.¹¹

¹¹ Voor een uitgebreide bespreking van de relevante rechtspraak verwijst LTO naar J.W. van de Gronden (2015), *De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht*, SEW, nr. 11.

19. In het *Wouters*-arrest merkt het Hof van Justie op dat niet elke overeenkomst tussen ondernemingen of elk besluit van een ondernemersvereniging die de handelingsvrijheid van de partijen of van een van hen beperkt, automatisch onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag [thans, artikel 101 lid 1 VWEU] valt. Bij de toepassing van deze bepaling op een concreet geval moet namelijk in de eerste plaats rekening worden gehouden met de algehele context waarbinnen het betrokken besluit van de ondernemersvereniging is genomen of zijn werking ontplooit, en meer in het bijzonder met de doelstellingen daarvan.¹²
20. Waar *Wouters* nog zag op een doelstelling die min of meer wettelijke verankering kende, zag het daaropvolgende *Meca-Medina* arrest¹³ veeleer op een algemene maatschappelijke doelstelling. *Meca-Medina* zag op een mededingingsrechtelijk beroep tegen de antidopingregels van het Internationaal Olympisch Comité. De regels waren in het leven geroepen met het oog op een eerlijk verloop van de sportcompetitie, en dat daartoe ook de gelijke kansen van de sporters, hun gezondheid, de integriteit en de objectiviteit van de competitie alsook de ethische waarden in de sport moeten worden gewaarborgd.¹⁴ Het Hof van Justitie hanteert in dit arrest als criterium dat de beperking van de mededinging haar rechtvaardiging vindt in het hiervoor omschreven doel en dat de beperking onlosmakelijk verbonden is met de organisatie en het goede verloop van de sportcompetitie en beoogt juist een gezonde wedijver tussen de sporters te verzekeren.¹⁵ De beperking is met andere woorden inherent aan het legitieme doel dat ermee wordt nagestreefd.
21. Ook in het *OTOC*-arrest¹⁶ ging het Hof van Justitie in op de *Wouters*-doctrine. Deze zaak ging over reglementen van de Portugese orde van beëdigde boekhouders en de daarin opgenomen regeling voor het verkrijgen van opleidingspunten. Het Hof stelt vast dat het reglement ertoe strekt om de kwaliteit van de dienstverlening van beëdigde boekhouders te waarborgen. Vervolgens onderzoekt het Hof of de beperkende gevolgen van het reglement redelijkerwijs noodzakelijk zijn om de legitieme doelstelling na te streven.¹⁷ Het Hof overweegt dat de beperkingen verder gaan dan noodzakelijk kan worden geacht ter nastreving van de legitieme doelstelling.
22. Los van de nuanceverschillen in de besproken arrest blijkt uit het voorgaande dat niet elke afspraak die de handelingsvrijheid van de betrokken partijen of van een van hen beperkt, automatisch onder het kartelverbod valt. Wanneer een mededingingsbeperkende afspraak een legitieme doelstelling nastreeft kan dat ervoor zorgen dat de afspraak buiten het bereik van het kartelverbod valt, wanneer de beperkingen noodzakelijk zijn voor het nastreven van die legitieme doelstelling. Daarbij geldt dat de afspraken niet verder mogen gaan dan vereist voor het bereiken van de doelstelling. Getuige het *Meca-Medina* arrest is het daarbij niet van belang of de doelstelling is verankerd in wetgeving. Wanneer duidelijk sprake is van een legitieme doelstelling die door middel van een regeling wordt nagestreefd, kan de *Wouters*-doctrine worden toegepast.

¹² HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99 (*Wouters*), Jur. 2002, p. I-1577, rov. 97.

¹³ HvJ EG 19 juli 2006, zaak C-519/04P (*Meca-Medina*), Jur. 2006, p. I-6991.

¹⁴ *Meca-Medina*, rov. 43.

¹⁵ *Meca-Medina*, rov. 45.

¹⁶ HvJ EU 28 februari 2013, zaak C-1/12 (*OTOC*), ECLI:EU:C:2013:127.

¹⁷ *OTOC*, rov. 96.

LTO wijst ter illustratie op het hiervoor reeds kort besproken initiatief *Fair Produce* binnen de paddenstoelensector. Voor zover aan dit initiatief enige mededingingsbeperkende gevolgen zouden kleven, is denkbaar dat deze beperkingen noodzakelijk zouden zijn voor het bereiken van de legitieme doelstelling.

De doelstelling die in het kader van *Fair Produce* wordt nagestreefd, is het voorkomen van arbeidsmisstanden binnen de Nederlandse paddenstoelensector. Een dergelijke doelstelling, die nota bene een zeker verankering in de wet kent, zou kunnen worden aangemerkt als een legitieme doelstelling in de zin van de *Wouters*-doctrine. Wanneer de afspraken noodzakelijk zijn en niet verdergaan dan vereist ter verwezenlijking van die doelstelling, is de *Wouters*-doctrine van toepassing. In dat geval zou al bij de analyse onder artikel 6 lid 1 Mw kunnen worden geconcludeerd dat geen sprake is van een ontoelaatbare beperking van de mededinging, zonder dat beoordeeld hoeft te worden of de afspraak zou kunnen profiteren van een vrijstelling onder artikel 6 lid 3 Mw.

23. LTO pleit dan ook voor verankering van de *Wouters*-doctrine in de Beleidsregel. Daarbij kan worden gedacht aan de bepaling dat een duurzaamheidsinitiatief in de zin van de Beleidsregel een aanwijzing vormt dat sprake is van een legitieme doelstelling als bedoeld in de *Wouters*-doctrine. Op die wijze zou tevens worden gewaarborgd dat de analyse van duurzaamheidsinitiatieven (eveneens) onder artikel 6 lid 1 Mw plaatsvindt. Door middel van een vermoeden dat een duurzaamheidsinitiatief een legitieme doelstelling oplevert, dient immers, ook als het initiatief eventueel een beperking van de mededinging inhoudt, reeds bij de lid 1-analyse worden onderzocht of die beperking rechtvaardiging vindt.

3. ARTIKEL 6 LID 3 MEDEDINGINGSWET

24. Een afspraak kan profiteren van de vrijstelling van artikel 6 lid 3 Mw als aan de volgende vier vrijstellingscriteria is voldaan:
- 1) Er moet sprake zijn van een verbetering van de productie en/of distributie van goederen of diensten en/of verbetering van de technische of economische vooruitgang;
 - 2) Een “billijk aandeel” van deze voordelen moet ten goede komen aan de gebruikers;
 - 3) De afspraken dienen noodzakelijk en proportioneel te zijn om verbetering te bereiken;
 - 4) Er dient voldoende restconcurrentie over te blijven op de markt.
25. Ten aanzien van de eerste voorwaarde vermeldt de Beleidsregel dat tevens de voordelen die zich op langere termijn zullen voordoen meegewogen en dat afspraken, indien het om een totaalpakket gaat, in zijn geheel bekeken. De afspraken dienen daarbij de verbetering op het punt van duurzaamheid te bevorderen.
26. Paragraaf 3.2 van de toelichting bij de Beleidsregel vermeldt, in het kader van de eerste voorwaarde van artikel 6 lid 3 Mw, dat de positieve effecten van een afspraak moeten opwegen tegen de negatieve effecten ervan voor de mededinging. LTO vraagt in dit kader graag aandacht voor een mogelijke onduidelijkheid die voortvloeit uit de toelichting.

27. In de visie van LTO dient de mededingingsautoriteit in het kader van de eerste voorwaarde vast te stellen welke voordelen voortvloeien uit de regeling. Als alle voordelen zijn geïdentificeerd kan vervolgens worden vastgesteld of aan de overige drie voorwaarden is voldaan. LTO verwijst in dit kader naar de volgende passage uit Faull & Nikpay's *The EU Law of Competition*:

*"Under the first condition, no inquiry is conducted into whether the restraints are indispensable or what the benefits are for consumers. The purpose of the first condition is to identify all economic benefits flowing from the restrictive agreements irrespective of the markets in which they arise. In Van den Bergh Foods and GlaxoSmithKline, the General Court held that 'the improvement must in particular display appreciable objective advantages of such a character as to compensate for the disadvantages which they cause in the field of competition'. Although it is not entirely clear what is meant by 'in the field of competition', this passage would appear to imply that an analysis of the impact of the agreement on total economic welfare is required. However, such an interpretation leads to a double welfare test, since the condition that consumers must receive a fair share of the benefits already requires that for Article 101(3) to apply the agreement must not lead to a loss of consumer welfare. As the consumer welfare standard is stricter than the total welfare standard, it makes little sense to apply both in the same case. It is therefore submitted that the better approach is that no balancing of positive and negative effects is required under the first condition."*¹⁸

28. De huidige redactie van de toelichting bij de Beleidsregel lijkt met zich mee te brengen dat reeds in het kader van de eerste voorwaarden van artikel 6 lid 3 Mw een weging van de gevolgen van de afspraak dient plaats te vinden. In de visie van LTO zou een dergelijke lezing van de toelichting mogelijkerwijs kunnen leiden tot een dubbele weging van de gevolgen van een afspraak.
29. De geciteerde passage uit *Faull & Nikpay* illustreert daarnaast een ander aspect dat, naar het oordeel van LTO, aandacht behoeft, namelijk dat voordelen moeten worden meegenomen ongeacht in welke markt deze zich voordoen. Een heikel punt bij duurzaamheidsinitiatieven is dat de voordelen die onder het eerste criterium van artikel 6 lid 3 Mw zijn geïdentificeerd, niet noodzakelijkerwijs ten goede komen aan de gebruikers van de betrokken producten of diensten. In dat kader is in de Beleidsregel opgenomen dat tevens de kwantitatieve en kwalitatieve voordelen voor de gebruikers die zich op langere termijn zullen voordoen worden meegewogen en, waar mogelijk, dat de voordelen voor de samenleving worden meegewogen. In de toelichting bij de Beleidsregel wordt onder paragraaf 3.3 nader beschreven dat bij duurzaamheidsinitiatieven ook de voordelen voor niet-gebruikers moeten worden meegewogen aangezien zij ook profiteren van positieve effecten van duurzaamheidsmaatregelen. LTO staat volledig achter deze benadering aangezien het evident is dat een bredere kring van personen profiteert van de voordelen van duurzaamheidsinitiatieven dan enkel de gebruikers van de betrokken producten of diensten.
30. In de toelichting wordt vervolgens opgemerkt dat, vanwege de nationale werking van de Beleidsregel, de focus ligt op de Nederlandse samenleving. In de visie van LTO wordt daarmee een te beperkte maatstaf aangehouden. Duurzaamheidsinitiatieven hebben bij uitstek een grensoverschrijdend karakter en grensoverschrijdende effecten. de meest voor de hand liggende voorbeelden zijn te vinden in de milieueffecten van duurzaamheidsinitiatieven. LTO wijst ter zake op de analyse van ACM met betrekking tot de voorgenomen afspraak tot sluiting van 80er jaren kolencentrales.

¹⁸ Faull & Nikpay [2014], *The EU Law of Competition*, OUP, para 3.474.

In de zienswijze behandelt ACM de gecoördineerde sluiting van een aantal kolencentrales in het kader van het SER energieakkoord. Een van de milieueffecten van de maatregel is de beperking van CO₂ uitstoot. Aangezien de emissie van CO₂ is gereguleerd middels het systeem van handel in emissierechten, wordt als voordeel voornamelijk in beschouwing genomen de kostenreductie doordat elders minder maatregelen noodzakelijk zijn om CO₂-emissie terug te dringen. Vervolgens overweegt ACM dat aan deze kostenreductie slechts beperkt gewicht toekomt aangezien dit voordeel zich verspreidt over het gehele gebied waarbinnen het systeem van emissiehandel wordt gehanteerd.

31. Door de beperkte benadering die ACM hanteerde in de beschreven zienswijze wordt evenwel geen recht gedaan aan de totale *efficiencies* die voortvloeien uit een duurzaamheidsinitiatief. In de aard van duurzaamheidsinitiatieven ligt besloten dat de voordelen zich doorgaans in breder perspectief voordoen dan op de rechtstreeks betrokken markt.
32. Aangezien duurzaamheidsinitiatieven doorgaans een grensoverschrijdend karakter hebben (zeker in de agrarische sector), dient ACM bij de analyse van de effecten van een duurzaamheidsinitiatief breder te kijken dan enkel de effecten binnen de Nederlandse markt. LTO pleit dan ook voor een beschouwing van de voordelen van initiatieven in breder perspectief. Daarmee wordt immers recht gedaan aan de aard van duurzaamheidsinitiatieven terwijl uit de beslissingenpraktijk blijkt dat thans de voordelen veeleer in beperkt perspectief worden meegewogen.

3.1. METHODOLOGIE

33. Een lastig aspect in het kader van de beoordeling onder artikel 6 lid 3 Mw van duurzaamheidsinitiatieven is de wijze waarop de voordelen voor de gebruikers en de samenleving kunnen worden beoordeeld. Doorgaans zal sprake zijn van voordelen voor de gebruikers en de samenleving van kwalitatieve aard. In de vergelijking met de eventuele gekwantificeerde negatieve gevolgen voor de mededinging is het lastig om een reële, gefundeerde, inschatting te maken van de waarde die aan de positieve gevolgen moet worden toegekend.
34. In dat kader onderschrijft LTO de kanttekeningen die in paragraaf 4 van de toelichting bij de Beleidsregel worden geplaatst bij het gebruik van de *Willingness to pay* ("WTP") methode.
35. Daarnaast sluit LTO zich aan bij de opmerkingen die de SER plaatst in haar reactie op de beleidsregel. In de gesprekken met haar achterban signaleert LTO voornamelijk dat behoefte bestaat aan een kader waarbinnen ondernemingen zelf kunnen inschatten hoe de afweging van de positieve tegen de negatieve gevolgen van een initiatief zal uitvallen. Zoals de SER voorstelt, zou LTO dan ook aandacht willen vragen voor de ontwikkeling van een kader voor de beoordeling van de effecten van duurzaamheidsinitiatieven. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de ontwikkeling van methoden voor de inprijsing van gemeenschappelijke waarden zoals duurzaamheid. Op die manier wordt niet alleen duidelijkheid verschaft voor de betrokken ondernemingen maar worden ook discussies voorkomen zoals die gevoerd zijn naar aanleiding van de zienswijze inzake de *Kip van Morgen*. De agrarische ondernemers, die in het kader van

duurzaamheid willen vernieuwen, gaan een transitieperiode in met grote investeringen in geld en tijd en grote gevolgen voor de bedrijfsvoering. Zij hebben recht op duidelijkheid in het kader van mededinging en duurzaamheid en zij hebben recht op een eerlijke prijs van hun producten (in de keten).

Ter illustratie wijst LTO op het duurzaamheidsinitiatief omtrent de *Koe in de Wei*. Dit initiatief is gericht op een gezonde afstemming van de veestapel op de beschikbare grond. Milieudefensie pleit in het kader van de *Koe in de Wei* dan ook voor een omschakeling van megastallen naar, kleinschaligere, kwaliteitsproducten. Inkrimping van de veestapel heeft tot gevolg dat er minder ammoniak en broeikasgassen worden uitgestoten. Het is vanzelfsprekend lastig om een monetaire waarde te koppelen aan deze beperking van de uitstoot van schadelijke stoffen.

Daarnaast leidt een inkrimping van de veestapel tot gezondere dieren die geen antibiotica nodig hebben waardoor minder risico op resistente bacteriën ontstaat. Een dergelijk effect zou in de toekomst aanzienlijke voordelen met zich mee kunnen brengen. Die voordelen zien niet alleen op het dierenwelzijn maar ook op mogelijke kostenbesparingen doordat in de toekomst minder kosten hoeven te worden gemaakt in het kader van de bestrijding van resistente bacteriën.

4. AANVULLENDE VOORSTELLEN

36. Los van de voorstellen in de Beleidsregel die uitdrukkelijk zien op de wijze waarop artikel 6 Mw wordt toegepast in het kader van duurzaamheidsinitiatieven, vraagt LTO graag aandacht voor twee mogelijke alternatieve routes voor de inpassing van duurzaamheid in de bestaande mededingingsregels.
37. Ten eerste vraagt LTO in dat kader aandacht voor het voorstel van de SER in haar reactie op de Beleidsregel om experimenteerruimte te creëren voor duurzaamheidsinitiatieven. LTO onderschrijft dit voorstel. Daarbij geldt vanzelfsprekend de kanttekening dat deze methode enkel toepasbaar is als het voorliggende duurzaamheidsinitiatief zich ervoor leent om, mogelijkerwijs, tijdelijk geïmplementeerd te worden. Als voorbeeld wijst LTO op de sluiting van de kolencentrales. In dergelijke, zeer verstrekkende, gevallen is het waarschijnlijk niet mogelijk om het initiatief tijdelijk te implementeren. In de agrarische sector is het evenwel juist goed denkbaar dat bepaalde maatregelen door middel van een experimenteerfase worden beoordeeld. Op die manier kan aan de hand van empirische gegevens worden vastgesteld wat de positieve en negatieve gevolgen van een bepaald initiatief zijn. Daarmee wordt eveneens het hiervoor gesignaleerde probleem omtrent de te hanteren methodologie aanzien ingeperkt.
38. Ten tweede vraagt LTO aandacht voor een alternatieve route waarbij duurzaamheidsinitiatieven worden “geadopteerd” als publieke maatregelen. Dit alternatief werd besproken tijdens het meest recente Jaarcongres Ontwikkelingen Mededingingsrecht¹⁹ en is geworteld in rechtspraak van het Hof van Justitie.

¹⁹ Zie voor een bespreking van het voorstel en de achtergrond: Rein Wesseling, “Polder-Plus’-model: oplossing ‘Kip van Morgen’ ligt niet bij ACM maar bij minister”, M&M 2015-6, p. 220-221.

In *Reiff*²⁰ werd een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie over een systeem waarbij de tarieven voor lange afstandstransport van goederen over de weg werd bepaald door een tariefcommissie. Het resultaat van het overleg in deze commissie, waarin de *stakeholders* binnen de sector waren vertegenwoordigd, werd voorgelegd aan de overheid die het tarief uiteindelijk vaststelde. Deze constructie werd door het Hof van Justitie goedgekeurd. Daarbij werden twee voorwaarden genoemd. Ten eerste dienden commissie niet te worden gebruikt als verkapt mechanisme om prijzen vast te stellen; de commissieleden dienden het beleid vast te stellen op basis van openbaar belangcriteria. Ten tweede diende de overheid niet haar overheidsprerogatief uit handen te geven aan de commissie; de overheid diende uiteindelijk te toetsen of het commissieresultaat daadwerkelijk in lijn was met het openbaar belang en zij moest, zo nodig, in staat zijn om het commissieresultaat terzijde te schuiven.

39. Ten aanzien van duurzaamheidsinitiatieven is denkbaar dat een gelijkaardige mogelijkheid wordt gecreëerd in de wetgeving. Daarbij zou een initiatief kunnen worden voorgelegd aan het Ministerie op voorwaarde dat het tot stand is gekomen in overleg tussen de relevante *stakeholders*. Vervolgens ligt het op de weg van het Ministerie om te toetsen of de voordelen opwegen tegen de te verwachten negatieve effecten voor de mededinging. Het Ministerie is daarbij evenwel niet geboden aan de strikte toetsing die ACM zal hebben uit te voeren onder artikel 6 Mw. Daarmee bestaat in deze constructie meer ruimte om voorrang te geven aan zwaarwegende duurzaamheidsbelangen ondanks dat deze belangen wellicht, op korte termijn, zorgen voor een nadelige beïnvloeding van de mededinging.
40. Dit voorstel sluit bovendien aan bij de mogelijkheden die in het kader van het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid reeds bestaan voor producentenorganisaties. Verordening 1308/2013 biedt de mogelijkheid om producentenorganisatie te erkennen als deze aan bepaalde voorwaarden voldoet. Als een erkende producentenorganisatie wordt beschouwd als representatief voor een bepaalde sector kan de Lidstaat op verzoek van die organisatie bepaalde afspraken van die organisatie of unie voor een beperkte periode verbindend te verklaren voor andere marktdeelnemers of groeperingen van marktdeelnemers, die in de betrokken economische regio of regio's werkzaam zijn en die niet bij deze organisatie of unie zijn aangesloten.²¹
41. Ten aanzien van een specifieke economische sector bestaat dus reeds een mogelijkheid om bepaalde maatregelen in breder perspectief te “adopter”. Naar het voorbeeld van het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid, zou een dergelijke regeling kunnen worden geïntroduceerd voor duurzaamheidsinitiatieven in algemene zin. LTO biedt graag aan mee te denken over de mogelijkheden die deze alternatieve route biedt.

²⁰ HvJ EG 17 november 1993, zaak C-185/91 (*Reiff*), jur. 1993, p. I-05801. Zie ook HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-35/99 (*Arduino*), jur. 2002, I-01529 waarin zelfs tariefafspraken gemaakt tussen één belangengroep binnen het veld van *stakeholders* werd goedgekeurd zolang de overheid de bevoegdheid behield om in laatste instantie te beslissen of toezicht te houden op de toepassing van de tariefregulering.

²¹ Vgl. artikel 164 Vo. 1308/2013.