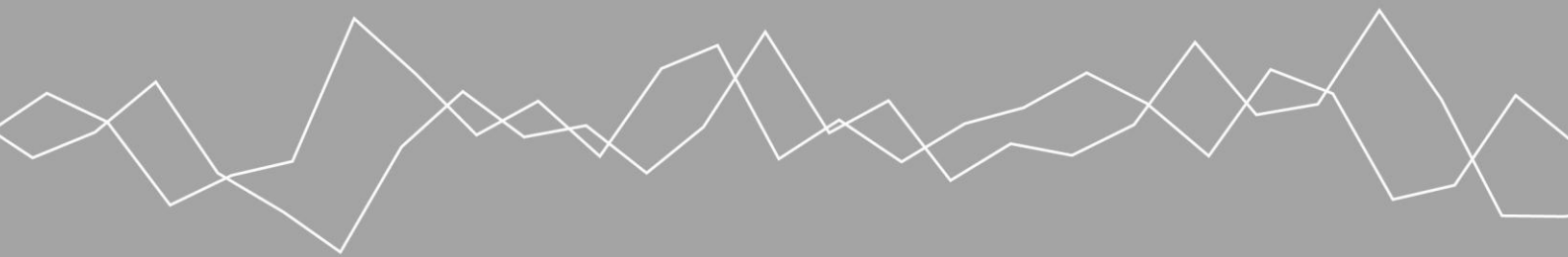


Interpretatie uitzonderingscriteria door NMa voor  
samenwerking in verband met duurzaamheid





Amsterdam, april 2012

## Interpretatie uitzonderingscriteria door NMa voor samenwerking in verband met duurzaamheid

N. Rosenboom



**seo** economisch onderzoek

“De wetenschap dat het goed is”

*SEO Economisch Onderzoek doet onafhankelijk toegepast onderzoek in opdracht van overheid en bedrijfsleven. Ons onderzoek helpt onze opdrachtgevers bij het nemen van beslissingen. SEO Economisch Onderzoek is gelieerd aan de Universiteit van Amsterdam. Dat geeft ons zicht op de nieuwste wetenschappelijke methoden. We hebben geen winstoogmerk en investeren continu in het intellectueel kapitaal van de medewerkers via promotietrajecten, het uitbrengen van wetenschappelijke publicaties, kennisnetwerken en congresbezoek.*

SEO-discussionpaper nr. 69

## Inhoudsopgave

1	Inleiding .....	1
2	Samenwerken voor duurzaamheid .....	3
3	Mededingingsrechtelijk kader .....	5
4	Verbetering van de productie of de distributie of bevordering van de technische of economische vooruitgang .....	9
5	Billijk aandeel gebruikers .....	13
6	Onmisbaarheid van de afspraak bij behalen van voordelen .....	17
7	Mededinging wordt niet voor een wezenlijk deel uitgeschakeld.....	21
8	Conclusie .....	23



# 1 Inleiding

Er heerst onzekerheid bij Nederlandse ondernemingen die willen samenwerken met het oog op duurzaamheid.<sup>1</sup> Zij stuiten bij de self-assessment van het kartelverbod van het mededingingstoezicht op onvoldoende duidelijkheid over de invulling van de uitzonderingscriteria van artikel 6 lid 3 Mw. De NMa houdt mededingingstoezicht op de naleving van bedrijven van onder andere het kartelverbod op de Nederlandse markt.<sup>2</sup> Dit artikel bespreekt hoe de NMa criteria voor uitzondering van het kartelverbod interpreteert en hoe ondernemingen hun bewijslast voor de self-assessment economisch kunnen onderbouwen.

---

\* De auteur is als onderzoeker werkzaam bij SEO Economisch Onderzoek, bij het cluster Mededinging & Regulering.

<sup>1</sup> R. van der Noll, B. Baarsma, N. Rosenboom en J. Weda, Het anticipatie-effect van kartel- en concentratietoezicht, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek. In opdracht van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. SEO-rapportnr. 2010-76.

<sup>2</sup> Indien de samenwerking interstatelijk effect heeft, wordt deze (ook) getoetst aan art. 101 VWEU. In dit artikel ligt de focus op samenwerkingen die geen interstatelijk effect hebben waardoor de NMa de aangewezen autoriteit is.





## 2 Samenwerken voor duurzaamheid

Een advies van de Sociaal Economisch Raad (SER) over het regeringsbeleid ten aanzien van duurzame ontwikkeling stelt dat het kabinet duurzaamheid als topprioriteit moet noemen.<sup>3</sup> Ook bedrijven leggen de nadruk meer en meer op duurzaamheid zoals door het gebruik van energiezuinige vrachtwagens of door het telen van milieubewust gekweekt fruit. Het Brundtland-rapport uit 1987 geeft de volgende definitie van duurzame ontwikkeling welke breed geaccepteerd is: ‘Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.’<sup>4</sup>

De duurzame ontwikkeling uit de definitie kan volgens de auteurs onder meer worden bereikt door het waarborgen van de levensbehoeften van alle wereldbewoners, milieubeleid, energiezuiniger produceren en het behouden van dier- en plantensoorten. De auteurs van het genoemde rapport geven ook aan dat economische en ecologische drijfveren niet per definitie ten koste van elkaar hoeven te gaan. Een voor de hand liggend voorbeeld is energiezuinige productie of het efficiënter gebruik van materiaal, dat zowel ecologische als economische voordelen (kostendaling) heeft.

Vaak zijn er voorafgaand aan de duurzame ontwikkelingen investeringen nodig om productieprocessen aan te passen of is er sprake van structurele meerkosten. Enkele voorbeelden hiervan zijn:

- investeringen voor deelname aan kwaliteitskeurmerken voor bescherming van het ecosysteem. In deze keurmerken worden veelal verschillende doelen van duurzaamheid bewerkstelligd, bijvoorbeeld het recent ingestelde MSC-certificaat voor vis waarmee onder andere het nadelige effect van visvangst op het ecosysteem geminimaliseerd dient te worden en het behoud van toekomstige productie gewaarborgd wordt;
- investeringen voor energiezuinige productie, bijvoorbeeld door energiezuinige vrachtwagens te gebruiken voor de logistiek of door alleen energiezuinige wasmachines te produceren;
- investeringen voor milieueisen. Voorbeelden hiervan zijn recycling-, afvalverwerkingsystemen en het verminderen van de uitstoot van CO<sub>2</sub>.

Deze investeringen kunnen te omvangrijk zijn om door een individuele onderneming gedragen te worden. Daarnaast kan er sprake zijn van schaalvoordelen. Hierbij kan samenwerking tussen ondernemingen of zelfs een gehele ketenafpraak om de doelstellingen van duurzaamheid te bewerkstelligen een oplossing voor de grote investeringen zijn.

---

<sup>3</sup> Sociaal Economisch Raad (2010), Meer werken aan duurzame groei. Advies nr. 2010/03: 21 mei 2010.

<sup>4</sup> World Commission on Environment and Development (WCED) (1987), Our common future.



### 3 Mededingingsrechtelijk kader

Samenwerkingsverbanden actief op de Nederlandse markt zonder interstatelijk effect vallen onder het kartelverbod van het Nederlandse mededingingstoezicht. Onder artikel 6 lid 1 Mw zijn deze overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolg hebben de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen, verboden.

Samenwerkingsverbanden zijn niet per definitie in strijd met het mededingingstoezicht. Zoals uit de wettekst blijkt, zijn samenwerkingsverbanden die niet concurrentiebeperkend zijn, toegestaan.<sup>5</sup> Indien een overeenkomst de concurrentie wel beperkt, kan deze onder andere gebruik maken van de rechtstreeks werkende wettelijke uitzondering van het kartelverbod.<sup>6</sup> Deze is, kort gezegd, van toepassing indien de samenwerking een positieve bijdrage levert aan de economische ontwikkeling. Dit dient te worden beoordeeld in de context van de samenwerking en de marktsituatie. Bij de *self-assessment* voor deze wettelijke uitzondering dient de onderneming aan te tonen dat de samenwerking voldoet aan onderstaande vier voorwaarden, zoals geformuleerd in artikel 6 lid 3 Mw:

- verbetering van de productie of de distributie of bevordering van de technische of economische vooruitgang;
- billijk aandeel in de voordelen die voortvloeien uit de verbetering of vooruitgang, komt ten goede aan de gebruikers;
- de afspraak is onmisbaar om de vermelde voordelen te behalen;
- de mededinging wordt niet voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen uitgeschakeld.

Indien aan deze voorwaarden is voldaan, is de samenwerking uitgezonderd van het kartelverbod en is er daarom geen sprake van een overtreding.

Deze vier voorwaarden zorgen ervoor dat, naast de afweging van zuiver economische belangen ook niet-economische belangen, zoals duurzaamheid, kunnen worden meegenomen in het mededingingstoezicht. De samenwerkingverbanden worden toegestaan zolang de voordelen ervan opwegen tegen de concurrentiebeperking. Overeenkomsten ter bevordering van duurzaamheid die de concurrentie te veel beperken, zullen daarom alsnog niet worden uitgezonderd van het kartelverbod.

Een onderneming of ondernemingsvereniging komt echter pas in aanmerking voor de uitzonderingscriteria van het kartelverbod onder lid 3 indien is vastgesteld dat er sprake is van een samenwerking met mededingingsbeperkend doel of effect. Namelijk, van een uitzondering kan pas sprake zijn als duidelijk is dat de regel waar de uitzondering op van toepassing is (lid 1 van artikel 6 Mw), geldt. Daarom dient eerst het mededingingsbeperkende doel of effect van de samenwerking te worden vastgesteld door de onderneming(svereniging), alvorens de samenwerking als geen overtreding kan worden gekwalificeerd indien het aan de

---

<sup>5</sup> De rechtspraak heeft dit genuanceerd tot *merkbaar* concurrentiebeperkend.

<sup>6</sup> Een bespreking van de andere uitzonderingen valt buiten de reikwijdte van dit artikel.

uitzonderingscriteria voldoet.<sup>7</sup> Dit tweestappenproces resulteert in een risico voor ondernemingen. Zoals Baarsma aangeeft, zullen ondernemingen niet snel geneigd zijn schuld te bekennen.<sup>8</sup> Daarnaast is de ontheffingsmogelijkheid van het karteltoezicht in 2004 veranderd in een rechtstreeks werkende wettelijk uitzondering die door middel van een *self-assessment* moet worden onderbouwd. Tot 2004 kon een onderneming een ontheffingsaanvraag indienen bij de NMa waarmee ontheffing van artikel 6 lid 1 Mw kon worden verworven.<sup>9</sup>

Door het risico van het tweestappenproces en het beleid van *self-assessment* is het van belang dat ondernemingen van tevoren een goede inschatting kunnen maken of het samenwerkingsverband wel of niet voldoet aan de uitzonderingscriteria. Oftewel, de toepassing van het toezicht moet transparant zijn. Het wordt namelijk, sinds de verandering in 2004, pas duidelijk of een samenwerking aan de voorwaarden voldoet als de NMa de zaak gaat onderzoeken.<sup>10</sup> Het feit dat pas na onderzoek duidelijk is of de samenwerking daadwerkelijk is uitgezonderd, vergroot het risico van samenwerken voor ondernemingen waardoor samenwerkingen die voldoen aan de uitzonderingscriteria mogelijk niet worden doorgezet. Het afschrikken van niet-mededingingsbeperkende overeenkomsten is over-anticipatie.<sup>11</sup> Om dit risico te verlagen, verwijst de NMa naar haar eigen richtsnoeren ‘Samenwerking Ondernemingen’ en naar de richtsnoeren van de Europese Commissie. Hierbij dient gesteld te worden dat deze richtsnoeren niet wettelijk verankerd zijn maar slechts een inzicht geven in hoe de mededingingsautoriteit de regels van het toezicht interpreteert.

Uit een onderzoek onder ondernemingen blijkt dat 30% van de ondernemingen het onduidelijk vindt wanneer de NMa afspraken en gedragingen verboden acht. 41% hiervan geeft aan dat dit komt doordat de wetgeving niet helder is en niet duidelijk is wat wel en niet is toegestaan.<sup>12</sup> Deze onduidelijkheid strekt het belang van transparantie over de toepassing van het karteltoezicht. Dit artikel geeft daarom aan de hand van voorbeelden uit de besluiten weer hoe de NMa haar toezicht uitoefent met betrekking tot de uitzondering van het kartelverbod. Oftewel, hoe zij de criteria van artikel 6 lid 3 Mw interpreteert. Hiervoor worden concrete situaties waarin de NMa heeft geoordeeld over verschillende samenwerkingsverbanden gebruikt. De uitspraken van de NMa kunnen ondernemingen meer rechtszekerheid bieden.<sup>13</sup> Zo worden in dit artikel kartelzaken, zowel inbreukzaken als verzoeken tot ontheffing en informele zienswijzen, voor en na de wijziging van het beleid (2004) meegenomen, maar alleen zaken waarin gekeken is naar de

<sup>7</sup> Zoals Litjens aangeeft in zijn artikel Kleine ingreep in M&M 2009/5 is er een grijs gebied bij prijsafspraken. Onduidelijk is wanneer dit wel onder art. 6 lid 1 Mw valt en er daaropvolgend moet worden gekeken naar de uitzonderingscriteria in lid 3, en wanneer de afspraak niet onder lid 1 valt en daarom niet in strijd is met het kartelverbod. Zo wordt in de informele zienswijze over het verdoofd castreren van varkens gesteld dat deze prijsafpraak niet valt onder art. 6 lid 1 Mw, terwijl de samenwerking van o.a. Stichting Batterijen en Stichting Wit- en Bruingoed hier wel onder viel (NMa 27 oktober 2008, zaak 6455\_1; NMa 1998, zaak 51; NMa 18 april 2001, zaak 1153.)

<sup>8</sup> B. Baarsma, Rewriting competition law from an economic perspective, European Competition Journal 2011, 7(3), p. 559-585.

<sup>9</sup> Na 2004 kunnen ondernemingen alleen nog een informele zienswijze aanvragen. Hieruit kan blijken dat het wel of niet aannemelijk is dat de samenwerking onder een vrijstelling van lid 3 valt. Er wordt nooit garantie geboden in een informele zienswijze en deze wordt alleen verstrekt als er sprake is van een nieuw soort zaak waardoor informele zienswijzen slechts spaarzaam verstrekt worden.

<sup>10</sup> Of indien er een informele zienswijze wordt aangevraagd en verleend.

<sup>11</sup> Van der Noll e.a. 2010.

<sup>12</sup> Van der Noll e.a. 2010.

<sup>13</sup> Wel dient te worden gesteld dat zolang de NMa-besluiten niet zijn getest door een rechter, deze geen complete rechtszekerheid bieden.

uitzonderingscriteria van artikel 6 lid 3 Mw.<sup>14</sup> Voor elk uitzonderingscriterium wordt de interpretatie van de NMa en de economische analyse voor de bewijsvoering voor de *self-assessment* beschreven. In dit artikel ligt de nadruk op samenwerkingsverbanden met het oog op energiezuinige productie, kwaliteitskeurmerken waarmee bescherming van het ecosysteem gewaarborgd wordt en bescherming van het milieu. De economische onderbouwing is vooral bruikbaar bij de bewijslast voor de eerste twee criteria (verbetering of bevordering en een billijk aandeel) en het laatste criterium (mededinging wordt niet voor een wezenlijk deel uitgeschakeld). De nadruk van de economische onderbouwing ligt dan ook op deze criteria.

---

<sup>14</sup> Alle (schriftelijke) informele zienswijzen die na 2004 door de NMa zijn verstrekt zijn hier meegenomen.



## 4 Verbetering van de productie of de distributie of bevordering van de technische of economische vooruitgang

Voor verbetering van productie of distributie of bevordering van de technische of economische vooruitgang moet er sprake zijn van objectieve economische voordelen van de collectieve samenwerking. Hieraan is voldaan indien het efficiënter is om de activiteiten collectief uit te voeren in plaats van individueel. De ontheffingsaanvraag van Stichting Wit- en Bruingoed is hier een goed voorbeeld van.<sup>15</sup> Het doel van de samenwerking is dat fabrikanten en importeurs van wit- of bruingoed gezamenlijk het wit- en bruingoed dat door consumenten niet meer wordt gebruikt, inzamelen en verwerken. Hiervoor betalen consumenten een verwijderingsbijdrage bij aankoop van het product. Deze bijdrage wordt verplicht doorberekend aan de volgende schakel in de distributieketen. Van deze bijdrage worden de inzamelaars en verwerkers betaald. Doordat niet elke fabrikant of importeur zijn eigen producten hoeft in te zamelen, is door de samenwerking de logistieke procedure verbeterd en versneld, wat resulteert in lagere kosten.

Naast een efficiëntere wijze kan uit de collectieve aanpak volgen dat de transactiekosten lager zijn dan wanneer individuele partijen de activiteiten hadden uitgevoerd. Dit resulteert in een lagere toetredingsdrempel, wat concurrentiebevorderend kan zijn. Dit was het geval bij een samenwerking tussen banken zonder duurzaamheidsmerk. Hoewel de overeenkomst inzake de gemeenschappelijke incassoprocedure niet als doel had de duurzaamheid te bevorderen, kunnen interpretaties van de NMA in deze zaak nuttig zijn. Er was in de betreffende zaak sprake van een lagere toetredingsdrempel als gevolg van de multilaterale interbancaire vergoeding die banken onderling overeen waren gekomen in de gemeenschappelijke incassoprocedure.<sup>16</sup> Dit werkte concurrentiebevorderend.

De lagere kosten als gevolg van de verbetering of bevordering kunnen ertoe leiden dat aan het tweede criterium, een billijk aandeel gebruikers, wordt voldaan. Daarnaast stelt de NMA in meerdere besluiten dat het beter is om milieuschade te voorkomen dan te herstellen (doordat naar verwachting de preventieve kosten lager zijn dan de kosten voor het herstellen van de schade).<sup>17</sup> Dit is het geval bij het collectief inzamelen en verwijderen van gebruikte batterijen door Stichting Batterij (Stibat) en het verwijderen van gebruikt wit- en bruingoed door Stichting Wit- en Bruingoed. De verbetering van het milieu draagt ook bij aan verbetering en bevordering zoals in dit criterium is bedoeld. Milieuverbetering kan voortkomen uit het sluitend maken van een productkringloop. Dit resulteerde bij de overeenkomst voor afvalbeheersbijdrage van Stichting Papier Recycling in hoger materiaalhergebruik. Deze overeenkomst had als doel om de inzameling en recycling van oud papier en karton van huishoudens te allen tijde veilig te stellen.

---

<sup>15</sup> Besluit Stichting Wit- en Bruingoed, zaaknummer 1153, 18 april 2001.

<sup>16</sup> Deze lagere toetredingsdrempel is alleen van toepassing als alle ondernemingen zonder belemmeringen aan het collectieve systeem kunnen deelnemen (Besluit Gemeenschappelijke incassoprocedure, zaaknummer 82/50 2002) Dit wordt echter niet bij dit criterium gemeld. Deels kan dit worden bekeken bij het vierde criterium.

<sup>17</sup> Besluit Stichting batterijen, zaaknummer 51, 18 december 1998 & Besluit Stichting Wit- en Bruingoed.

Hierdoor werd de productkringloop niet onderbroken, ook niet als de prijs voor oud papier en karton laag was.<sup>18</sup>

Concurrentiebevordering wordt ook geïnterpreteerd als een vorm van verbetering of bevordering. Naast de hiervoor besproken lagere toetredingsdrempels kan dit tot uiting komen door de creatie van (prijs)concurrentie. Dit was het geval bij het preferentiebeleid van verzekeraars voor een aantal geneesmiddelen.<sup>19</sup> De leverancier met de laagste prijs en degenen die binnen een bandbreedte van 5% van deze prijs zaten, werden door de samenwerkende verzekeraars als preferent aangemerkt. Dit introduceerde prijsconcurrentie in de markt voor de betreffende groepen van geneesmiddelen. Ook dit betreft geen samenwerking voor duurzame ontwikkeling al is het denkbaar dat een zelfde soort systeem gebruikt wordt waarbij de twee of drie meest duurzame producenten worden geprefereerd. Er wordt dan geconcurrereerd op duurzaamheid. Cruciaal is hierbij wat er gebeurt met de prijsconcurrentie in de markt.

De hiervoor genoemde elementen leiden tot verbetering of bevordering en zijn door de NMA geaccepteerd als invulling van dit criterium. Aan de andere kant zijn er elementen die niet bijdragen aan verbetering of in het meest extreme geval, de verbetering juist tegengaan.

Bij de oplegging crisisberaad binnenvaart werd tijdelijke markttuitreding van binnenvaartschippers in de droge bulk en containersector gestimuleerd om overcapaciteit op de markt als gevolg van de economische crisis tegen te gaan. Deze overcapaciteit kon leiden tot hele lage prijzen waardoor de concurrentie in de markt negatief beïnvloed zou worden. Het doel van de samenwerking lag niet in de trant van duurzaamheid maar de uitwerking van de overeenkomst had wel als gevolg dat substitutie naar minder milieuvriendelijke transportmiddelen (zoals transport over de weg) niet aan de orde was. Namelijk, doordat de overcapaciteit niet structureel uit de markt werd gehaald, zou de overstap naar een minder milieuvriendelijk transportmiddel nooit tot stand komen.<sup>20</sup> Hierdoor ging de overeenkomst in de praktijk in ieder geval niet ten koste van het milieu. Indien een samenwerking wel de substitutie naar een milieuvriendelijker product of dienst als doel heeft, kan van de oplegging van de binnenvaart geleerd worden dat de duurzame overeenkomst pas effect heeft als de capaciteit structureel uit de markt wordt gehaald.

Verbetering of bevordering wordt tegengegaan indien de eisen uit de samenwerkingsovereenkomst ertoe leiden dat nieuwe producten minder snel ontwikkeld zullen worden en/of minder makkelijk op de markt kunnen worden gebracht. Dit was het geval bij de Vereniging van Bloemenveilingen. Indien een verpakking aan de voorgeschreven eisen voldeed, kreeg de kweker de kosten hiervoor automatisch verrekend. Een deel van de eisen had betrekking op het verbeteren van het milieu en daarmee de duurzaamheid door middel van het verminderen van niet-recyclebaar afval en uniformiteit van materiaal voor recycleerbare verpakkingen. Echter, een andere eis was dat er voldoende vraag moest zijn naar de verpakking.<sup>21</sup> Hierdoor werd het gebruik van nieuwe verpakkingen belemmerd aangezien deze, vanwege een te lage vraag bij marktintroductie, niet vergoed werden aan kwekers.

---

<sup>18</sup> Besluit Stichting Papier Recycling Nederland, zaaknummer 3007, 10 december 2003.

<sup>19</sup> Informele zienswijze preferentiebeleid, 4713/6.b39 2005.

<sup>20</sup> Informele zienswijze, Oplegging crisisberaad Binnenvaart, 6051\_3/42.B1075 2011.

<sup>21</sup> Besluit Vereniging van bloemenveilingen Nederland (VBN), zaaknummer 492, 9 juli 1999.



Concluderend, de invulling die de NMa geeft aan verbetering van de productie of de distributie of bevordering van de technische of economische vooruitgang omvat de objectieve economische voordelen zoals efficiëntie en lagere kosten, de milieuschade die kan worden voorkomen in plaats van te herstellen en milieuverbetering door onder meer hergebruik.

Deze invulling van de NMa kan door middel van economische analyse onderbouwd worden. De objectieve economische voordelen van het collectief uitvoeren van een activiteit in plaats van individueel, kunnen samen met de te voorkomen milieuschade of milieuverbetering bepaald worden met behulp van een Maatschappelijke Kosten-Batenanalyse (MKBA). Dit is een economische techniek die vaak wordt toegepast om het rendement van een investering voor de gehele samenleving te bepalen. In deze analyse worden per effect de positieve en negatieve gevolgen van het investeringsdoel in kaart gebracht en (waar mogelijk) gekwantificeerd. Hierdoor worden alle effecten die de welvaart beïnvloeden meegenomen. MKBA's zijn veelal toegepast op investeringen of beleidsaanpassingen waarvoor publiek geld gebruikt wordt.<sup>22</sup> Maar vanwege het feit dat bij deze analyse niet slechts de financiële effecten van het investeringsdoel worden meegenomen, is deze techniek ook goed geschikt voor het bepalen van de verbetering van productie of distributie of bevordering van technische of economische vooruitgang. Zo kunnen ook de externe effecten worden meegenomen. Dit zijn effecten waar geen marktprijs voor bekend is aangezien er geen markt voor is. Denk hierbij aan het effect op milieu en natuur. Deze effecten kunnen monetair gemaakt worden door het gebruik van onder andere de hedonische prijsmethode, reiskostenmethode of een contingente waarderingmethode.

Bij de hedonische prijsmethode wordt de betalingsbereidheid van individuen gewaardeerd. Deze methode wordt vooral toegepast bij gevolgen voor de milieu- of omgevingskwaliteit. Door te kijken naar de verschillen in veranderingen in huizenprijzen tussen regio's met en regio's zonder de milieuschade, en te corrigeren voor alle andere relevante factoren die de huizenprijzen kunnen beïnvloeden, kan het milieu- of omgevingseffect geïsoleerd en berekend worden.<sup>23</sup> Deze methode is onder andere door het CPB in 2006 toegepast voor de prijs van geluidsoverlast bij Schiphol.<sup>24</sup> Aangezien deze methode gevolgen kwantificeert, dient de investering of beleidsaanpassing reeds plaatsgevonden te hebben. Wel is het mogelijk om de gevolgen van een andere locatie te gebruiken als input voor de MKBA van het samenwerkingsverband.

Een tweede methode om milieu-effecten monetair te maken is de reiskostenmethode. Deze methode waardeert de recreatieve belevingsfunctie van natuur. Door de reiskosten van bezoekers van een bepaald gebied te berekenen wordt bekend wat consumenten er voor over hebben om recreatief gebruik te maken van een bepaald gebied.<sup>25</sup> Deze methode kan alleen worden toegepast als een samenwerkingsverband gevolgen heeft voor de grootte of veelvoud van natuurgebieden.

<sup>22</sup> C. Koopmans, C. Berden en M. Kerste, Maatschappelijke kosten en baten van het Waarborgfonds Kinderopvang, SEO Economisch Onderzoek 2011, rapportnr. 2011-36.

<sup>23</sup> G. Cotteleer, J. Luijt, J.W. Kuhlman en C. Gardebroek, Oorzaken van verschillen in grondprijzen. Een hedonische prijsanalyse van de agrarische grondmarkt, Wageningen, Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu 2007, WOt-rapport 41.

<sup>24</sup> CPB, Geluidsnormen voor Schiphol; een welvaartseconomische benadering, CPB 2006, Document 116, 7-06-2006. De hedonische prijsmethode is echter alleen mogelijk indien er sprake is van vrije prijsvorming op de markt van onroerend goed.

<sup>25</sup> E. Moons, K. Eggermont, M. Hermy en S. Proost, Economische waardering van bossen; een case-study van Heverleebos-Meerdaalwoud, Leuven: Garant 2000.

Tot slot kan met de contingente waarderingsmethode de betalingsbereidheid van consumenten worden bepaald. Door middel van een enquête kunnen vragen over een hypothetische markt gesteld worden waarin respondenten moeten aangeven hoeveel ze zouden willen betalen voor het geschetste product of de geschetste dienst.<sup>26</sup> Een voorbeeld van een product is een energiezuinigere auto. Een dienst is bijvoorbeeld het gratis laten ophalen van oud papier en karton. Deze methode is breder toepasbaar dan de hedonische prijsmethode aangezien de vragen op alle soorten goederen of diensten toegespitst kunnen worden en het onderzoek is niet afhankelijk van huizenprijzen. Ook is het mogelijk om via de eigenschappen van respondenten onderscheid te maken in de betalingsbereidheid van bepaalde groepen consumenten.

Door het gebruik van een van deze prijsmethodes kan daarom bij een MKBA, naast de kwantificeerbare kostenvoordelen als gevolg van schaal- of scopevoordelen, ook worden gekeken naar de gekwantificeerde gevolgen voor het milieu en de natuur.

---

<sup>26</sup> E. Hutsebaut, S. Ochelen, T. Cerulus en B. Putzeijs, Milieubaten of milieuschadekosten; waarderingsstudies in Vlaanderen, via [www.lne.be/themas/beleid/milieuconomie/downloadbare-bestanden/ME8\\_rapport%20milieubaten.pdf](http://www.lne.be/themas/beleid/milieuconomie/downloadbare-bestanden/ME8_rapport%20milieubaten.pdf).

## 5 Billijk aandeel gebruikers

Zoals aangegeven bij het eerste uitzonderingscriterium kan samenwerking tot lagere transactiekosten leiden. Het is voor het billijk aandeel in de voordelen die voortvloeien uit de verbetering of vooruitgang, van belang dat een billijk aandeel van deze voordelen wordt doorgegeven aan de gebruikers. Er wordt geen definitie van gebruikers gegeven maar het ligt voor de hand dat de NMa in haar toezicht doelt op de uiteindelijke consument. Dit gezien het belang dat zij hecht aan consumentenwelvaart.<sup>27</sup> De meest voor de hand liggende interpretatie van billijk aandeel is dat consumenten profiteren van een lagere prijs. Hierbij dient echter gemeld te worden dat het gaat om een lagere prijs als gevolg van de samenwerking, ten opzichte van het prijsniveau indien de activiteit individueel zou worden uitgevoerd. Het financiële voordeel voor de consumenten kan ook tot uiting komen in een gratis dienst. Zo konden consumenten, door de overeenkomst uit de zaak Stichting papier recycling Nederland gratis van hun oud papier en karton af komen.

Een tweede interpretatie van de NMa is dat consumenten op een andere wijze dan een lagere of helemaal geen prijs profiteren van de samenwerking. Zo profiteren de consumenten volgens de NMa van een niet-financieel voordeel, in de vorm van duurzame productie en/of milieuverbetering. In de zaak van de Bloemenveiling Nederland profiteren gebruikers van meer duurzame economische ontwikkeling en kostenbesparingen op lange termijn. Zo werkt de milieuverbetering uit het eerste criterium (verbetering of bevordering) door in het billijk aandeel voor gebruikers. Hoewel het preferentiebeleid van zorgverzekeraars geen samenwerking met het oog op duurzaamheid is, blijkt hieruit wel dat de NMa het billijk voordeel ook als een meer doelmatige distributie van een product (in dit geval geneesmiddelen) kan interpreteren. Het is goed denkbaar dat deze meer doelmatige distributie ook bij andere producten of diensten als een billijk voordeel voor gebruikers wordt geaccepteerd door de NMa.

Tot slot kan een billijk aandeel volgens de NMa niet bereikt worden indien er sprake is van een verplichting voor de betrokken partijen om (verwijder)bijdrages of andere kosten van de samenwerking door te berekenen. Dit punt wordt bij de onmisbaarheid van de afspraak bij behalen van de voordelen (criterium 3) verder besproken.

Het mogelijke billijk aandeel voor consumenten en de kans daarop, dat voortkomt uit lagere kosten door de samenwerking, kan worden aangetoond door middel van een concurrentieanalyse. Deze economische onderbouwing brengt de mate van concurrentie in de betreffende schakel en de gehele productketen in kaart.

Volgens de algemene economische theorie over marktordening is in een prijsconcurrerende markt met perfecte concurrentie de prijs van een goed of dienst gelijk aan diens marginale kosten. De marge voor de producent of uitvoerder van de dienst is dan nul. In dit geval profiteren

---

<sup>27</sup> Dit komt naar voren in het besluit van Stichting Wit- en Bruingoed, randnummer 93: 'Niet valt in te zien dat dit voor de consument een voordeel is.' Maar in het algemeen geldt, zoals geformuleerd in de Rijksbegroting: 'Het toezicht van de NMa is geen doel op zich, maar beoogt uiteindelijk om bij te dragen aan de consumentenwelvaart in Nederland.' Kamerstukken II 2009/10, nr. 54, Den Haag, 22 april 2010.

consumenten van alle efficiëntievoordelen. Immers, een bedrijf dat deze voordelen kan behalen, heeft er baat bij deze door te geven aan de consument om zo meer marktaandeel van diens concurrenten te winnen door de lagere consumentenprijs. Dit is de werking van de concurrentiedruk. In een perfect concurrerende markt zouden de voordelen van verbetering of bevordering dan ook resulteren in een billijk aandeel voor gebruikers.

In de praktijk zijn markten niet perfect concurrerend. Indien bedrijven marktmacht hebben, ervaren zij (te) weinig concurrentiedruk van andere marktpartijen om mogelijke efficiëntievoordelen door te geven aan de volgende schakel in de keten. Om de mate van marktmacht te meten kan de Lerner-index of de HHI-index gebruikt worden. De Lerner-index (zie formule hierna) geeft een waarde tussen de 0 en de 1 waarbij 0 een concurrerende markt aangeeft en 1 een gedomineerde markt.<sup>28</sup>

$$L = \frac{P - MC}{P}$$

De formule berekent het verschil tussen de marktprijs (P) en de marginale kosten (MC) om het product of dienst aan te bieden, gedeeld door de marktprijs. De prijs minus de marginale kosten is de marge voor de producent. Hoe dichterbij 1 de index is, hoe kleiner de kans dat de lagere kosten worden doorgegeven aan de volgende schakel in de keten en dat consumenten een billijk aandeel van de voordelen ontvangen.

De Herfindahl-Hirschman Index (HHI) berekent de mate van concentratie in de markt door middel van de som van de gekwadeerde marktaandelen (zie formule hierna,  $s$  staat voor marktaandeel).<sup>29</sup>

$$HHI = \sum_{i=1}^n s^2$$

Voor de concentratie in een markt worden veelal de fusierichtsnoeren van het Amerikaanse Departement van Justitie gebruikt (*Department of Justice*, DoJ). Deze richtsnoeren stellen het volgende:

- concurrerende markt: HHI lager dan 1.500;
- gemiddeld geconcentreerde markt: HHI tussen de 1.500 en de 2.500;
- gedomineerde markt: HHI boven de 2.500.<sup>30</sup>

Bij een concurrerende markt is het aannemelijk dat de consumenten een billijk aandeel van de voordelen ontvangen. Bij een gemiddeld geconcentreerde markt is het onder meer afhankelijk van het marktaandeel van de betrokken ondernemingen ten opzichte van de rest van de markt en de heterogeniteit van de producten of diensten in de markt. Bij een gedomineerde markt is de

<sup>28</sup> A.P. Lerner, The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power, *The Review of Economic Studies* 1934, 1 (3), p. 157-175.

<sup>29</sup> M. Motta, *Competition Policy – Theory and practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.

<sup>30</sup> U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Merger Guidelines*, August 19, 2010. Via <[www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html](http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html)>.

kans klein dat de onderneming voldoende concurrentiedruk voelt om de efficiëntievoordelen door te berekenen aan de volgende schakel.<sup>31</sup>

Beiden indexen berekenen alleen de concentratie in een bepaalde schakel van de keten. Stel nu dat de schakel van producenten heel concurrerend is waardoor lagere kosten van het productieproces worden doorgegeven aan de volgende schakel in de vorm van lagere prijzen. Indien de volgende schakel, bijvoorbeeld de distributeurs, niet concurrerend is, kunnen de voordelen van de prijsverlaging in die schakel blijven hangen als producentensurplus en ontvangen consumenten geen aandeel in de efficiëntievoordelen. Daarom is het van belang dat voor alle schakels in de keten de mate van concentratie wordt berekend om te bepalen of de uiteindelijke consument een aandeel ontvangt van de behaalde voordelen.

Verder houden de Lerner-index en de HHI-index beide geen rekening met het potentieel van toetreders tot de markt omdat het statische metingen zijn. Het is goed mogelijk dat indien er in een gemiddelde geconcentreerde of gedomineerde markt hoge marges worden behaald door de producenten, dit interessant is voor nieuwe partijen. Deze zullen de markt betreden indien zij denken dat ze voor lagere kosten dan de dan geldende marktprijs kunnen produceren. Hierdoor neemt de concurrentiedruk in de markt toe en wordt de kans groter dat efficiëntievoordelen aan de consumenten worden doorgegeven. De toetreding dient wel binnen afzienbare tijd plaats te vinden en voldoende invloed te hebben om de concurrentie te bevorderen.<sup>32</sup> Deze toetreding is alleen mogelijk indien er lage of geen toetredingsdrempels zijn. Zoals hiervoor is beschreven kunnen samenwerkingsverbanden ook een verlagend effect hebben op toetredingsdrempels.

Het billijk aandeel voor consumenten van de niet-financiële voordelen kan worden vastgesteld op basis van de hiervoor besproken contingente waarderingsmethode of de hedonische prijsmethode. Het aandeel voor consumenten is dan de betalingsbereidheid voor een product dat of een dienst die mogelijk wordt gemaakt door de samenwerking (en er voor de samenwerking niet, of in mindere mate was).

---

<sup>31</sup> Uiteraard is het dan alsnog mogelijk dat de onderneming uit eigen beweging de prijs verlaagt maar dit komt dan niet voort uit concurrentiedruk.

<sup>32</sup> Uit de concentratierechtsnoeren van de EC blijkt dat toetreding op tijd is als deze binnen twee jaar plaatsvindt. Toetreding tot slechts een niche in de markt wordt niet als voldoende gezien. Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, 2004/C 31/03.



## 6 Onmisbaarheid van de afspraak bij behalen van voordelen

De onmisbaarheid van een afspraak kan per onderdeel van de samenwerking worden vastgesteld. Hierbij gaat het erom of een onderdeel onmisbaar is en niet op een andere, minder mededingingsbeperkende manier bereikt kan worden om de collectieve afspraak goed te laten functioneren. Hierdoor kan het zijn dat een overeenkomst voldoet aan de criteria, met uitzondering van een bepaald element. Dit element zorgt er dan voor dat er niet is voldaan aan de criteria. Uit de besluiten van de NMa blijkt dat dit vaak het geval is voor de verplichte doorberekening of verrekening binnen de samenwerking. Alvorens dieper in te gaan op de verplichte doorberekening, wordt eerst kort gekeken naar andere elementen die van belang zijn bij het wel en niet als onmisbaar kwalificeren van een overeenkomst of delen hiervan.

Een afspraak wordt als onmisbaar bestempeld indien de kosten van de bijdrage aan de samenwerking lager zijn dan wanneer deze is vastgesteld op basis van bilaterale onderhandelingen.<sup>33</sup> Ook indien meer draagvlak nodig is om het systeem te laten functioneren, kan de samenwerking als onmisbaar worden beschouwd. Zo kon het preferentiebeleid van individuele zorgverzekeraars zonder samenwerking niet tot stand komen aangezien het omzetvoordeel voor de leverancier van geneesmiddelen te laag was. Indien meerdere verzekeraars dit beleid implementeren en samenwerken wordt dit omzetvoordeel wel gehaald. Ditzelfde kan gelden voor duurzame samenwerkingsverbanden.

Een (onderdeel van een) samenwerking wordt door de NMa niet als onmisbaar gezien indien de afspraak een doel dient dat geen duurzaam doel is. Dit was het geval bij het Managementplan MSC Garnalenvisserij.<sup>34</sup> De beheersmaatregelen hadden als doel de garnalenstand te behouden maar uit onderzoek bleek dat de garnalenstand niet in gevaar was.

Voor de onmisbaarheid van een overeenkomst volgt geen economische onderbouwing maar aangezien bij duurzame investeringen een belangrijke vraag is hoe de kosten van het systeem worden doorberekend is het relevant wat langer stil te staan bij dit element. Van de volgende twee elementen kan worden geleerd of en hoe de doorberekening vorm kan worden gegeven in een samenwerkingsovereenkomst.

Of sprake is van uitzondering van het kartelverbod voor de verplichte doorberekening/verrekening is afhankelijk van de volgende twee elementen:

1. indien het niet mogelijk is om medewerking aan het systeem bindend op te leggen kan de doorberekening door partijen worden geïntroduceerd zodat alle schakels van de keten meedoen aan het samenwerkingsverband zonder dat zij hier financieel nadeel van ondervinden. De bindende medewerking wordt door de NMa gezien als een minder mededingingsbeperkend alternatief voor het verplicht doorberekenen. Daarom kan er volgens de NMa geen sprake zijn van uitzondering van het kartelverbod indien een bindende

---

<sup>33</sup> Besluit Gemeenschappelijke incassoprocedure, zaaknummer 82/50, 2002.

<sup>34</sup> Informele zienswijze MSC certificaat garnalensector, 7011, 2011.

- medewerking wel mogelijk is maar door partijen toch wordt gekozen voor de doorberekening;
2. indien de doorberekening niet plaatsvindt naar de consument maar alleen naar de eerstvolgende schakel in de keten blijft de prijsvrijheid in het belang van de concurrentie gewaarborgd.

Allereerst wordt de mogelijkheid tot het bindend opleggen van medewerking verder toegelicht. Dit is geanalyseerd in de zaken *Stichting papier recycling Nederland* en *Vereniging Bloemenveilingen in Nederland*. In de eerste zaak was de verplichte doorberekening onmisbaar aangezien zonder deze verplichting het systeem niet zou functioneren (bindend opleggen was niet mogelijk). Daarom is de verplichte doorberekening wel toegestaan als onderdeel van de afspraak.<sup>35</sup> In de zaak van de Vereniging Bloemenveilingen was de verplichte verrekening niet onmisbaar aangezien naleving van de aanvoorschriften van verpakkingen voor bloemen ook bindend kon worden opgelegd. Hierdoor is in deze zaak geen ontheffing verstrekt voor de doorberekening binnen de samenwerking. De zaken van Stichting papier recycling en Vereniging Bloemenveilingen worden hierna besproken.

Stichting papier recycling Nederland kwam in 2003 met het plan om een afvalbeheersbijdrage te heffen op (nog te verwerken) nieuw papier en karton op het moment dat de marktprijzen voor deze producten laag zijn. Met deze bijdrage kunnen deelnemende gemeentes (en daarmee consumenten) zich kosteloos van oud papier en karton ontdoen. De bijdrage wordt door de eerste ontvanger<sup>36</sup> afgedragen aan Stichting Verwijderingsfonds, omdat dit de meest efficiënte schakel is om de bijdrage te heffen aangezien zij in aantal het kleinst is. De eerste ontvangers hebben te kennen gegeven dat zij niet meewerken aan het verwijderingssysteem tenzij er afspraken worden gemaakt over een verplichte doorberekening van de geheven bijdrage naar de producent/importeur. De eerste ontvangers zijn namelijk niet verantwoordelijk voor het terugnemen van oud papier en karton. Door hun weigering tot meewerken stelt de NMa daarom dat de verplichte doorberekening onmisbaar is voor het functioneren van het verwijderingssysteem. Dit functioneren kan volgens de NMa niet op een andere, minder mededingingsbepenkende manier bereikt worden. De ontvangers kunnen namelijk volgens de NMa niet verplicht worden om deel te nemen aan het systeem.

De Vereniging Bloemenveilingen in Nederland beargumenteert volgens de NMa onsuccesvol dat bloemenkwekers niet zullen meewerken aan de aanvoorschriften en het hanteren van standaardverpakkingen indien zij niet als positieve beloning de verpakkingskosten gedeeltelijk geretourneerd krijgen (via een vaste toeslag op de nettoklokprijs, wat impliciet een doorberekening betekent). Deze retournering gaat wel ten koste van de volgende schakel, de afnemers van de veiling. Hier stelt de NMa dat de verplichte doorberekening niet onmisbaar is aangezien de bloemenveiling de mogelijkheid heeft om de aanvoorschriften bindend op te leggen. Als reden hiervoor stelt zij dat het niet goed voorstelbaar is dat kwekers geheel vrij zouden kunnen worden gelaten bij de keuze van verpakking. Doordat de veiling van producten

<sup>35</sup> Aan dit samenwerkingsverband inclusief de verplichte doorberekening is door de NMa ontheffing van het kartelverbod verleend.

<sup>36</sup> De ondernemer die als eerste in Nederland nog te verwerken papier en karton afneemt met als doel dit op de Nederlandse markt af te zetten (papiergroothandelaren, grafische ondernemingen, enz.) (Besluit Stichting papier recycling Nederland, nummer 3007/ 33.O316, voetnoot 9).



voor de klok een belangrijke functie vervult voor de bloemenkwekers, is het aannemelijk dat de kweker zich zal houden aan de bindende aanvoervoorschriften van de veiling. Hierdoor is er volgens de NMa een minder mededingingsbeperkend alternatief voor de verplichte verrekening en is dit onderdeel van de samenwerking niet onmisbaar.

Het verschil met de *Papier recycling*-zaak, hiervoor beschreven, is dat de kwekers toegang wensen tot de veiling en er hierdoor wel toegangsvoorwaarden opgelegd kunnen worden in de vorm van aanvoervoorschriften. Op deze wijze kunnen zij worden verplicht aan het systeem mee te werken door een andere partij van de samenwerking. Bij *Papier recycling* gaat het niet om toegang tot een verkoopforum en hebben de eerste ontvangers geen belang bij de samenwerking. Hierdoor is een bindende verplichting niet mogelijk.

Een ander element binnen het systeem van doorberekening is de schakel waarnaar de doorberekening plaatsvindt. Bij *Papier recycling* was er geen sprake van doorberekening aan de consument maar slechts aan de eerstvolgende schakel in de keten (producent/importeur) waardoor het billijk aandeel van de voordelen niet per definitie bedreigd is. Latere schakels in de keten kunnen namelijk wel zelf bepalen of en in welke mate ze de bijdrage doorberekenen aan de consument. Ditzelfde geldt voor de bloemenveiling aangezien de eerstvolgende schakel hierbij de bloemengroothandelaren of bloemisten zijn. Daarom hebben ook in deze zaak afnemers van de veiling de mogelijkheid zelf te bepalen of en hoe ze de kosten doorberekenen naar de uiteindelijke consument. Hierdoor wordt de prijsvrijheid die zo belangrijk is voor mededinging, niet beperkt. Het cruciale verschil met *Papier recycling* is dat de argumentatie voor de verplichte doorberekening bij de bloemenveiling is afgewezen en daarom geen ontheffing voor dit onderdeel is verstrekt. Daarmee was in het besluit van de NMa ook niet meer relevant naar welke schakel de niet vrijgestelde doorberekening plaatsvindt.

Een andere zaak waar ook gekeken is naar de doorberekening is *Stichting Batterijen (Stibat)*. Stibat heeft volgens de NMa niet aannemelijk heeft gemaakt dat de verplichte doorberekening noodzakelijk is voor het functioneren van het systeem. Als gevolg hiervan wordt überhaupt niet gekeken naar de bereidheid van partijen om mee te werken aan het systeem. De doorberekening wordt slechts als onmisbaar gesteld voor de transparantie van het systeem om zo misbruik te voorkomen. Hier ging de NMa niet in mee en zij gaf geen vrijstelling voor de verplichte doorberekening.

Ook bij wit- en bruingoed brengt de partij naar voren dat het ontbreken van verplichte doorberekening leidt tot oneerlijke concurrentie of misbruik van de regeling. Zij stelt verder dat de externalisering van de verwijderingsbijdrage bijdraagt aan het besef en medewerking van consumenten aan het systeem. Hiervoor zijn echter, volgens de NMa, minder mededingingsbeperkende alternatieven.



## 7 Mededinging wordt niet voor een wezenlijk deel uitgeschakeld

Er is een aantal vormen waarin kan worden gezorgd dat de mededinging niet voor een wezenlijk deel wordt uitgeschakeld. Allereerst dient de concurrentie voor een wezenlijk deel van de prijs aanwezig te zijn. Dit betekent dat indien er sprake is van verplichte doorberekening, het deel van de prijs dat hiermee al vaststaat, niet te groot mag zijn. Onduidelijk uit de besluiten van de NMa is hoe groot dat deel van de prijs maximaal mag zijn. Ten tweede wordt de mededinging niet voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen uitgeschakeld indien iedere onderneming vrijwillig kan deelnemen aan het systeem.<sup>37</sup> Dat wil zeggen, er worden geen eisen gesteld die een belemmering opleveren tot toetreding tot het samenwerkingsverband. Ook blijft er volgens de NMa voldoende mededinging bestaan wanneer de bijdrage een maximum betreft en er via bilaterale overeenkomsten tussen de deelnemers aan de collectieve samenwerking lagere tarieven kunnen worden vastgesteld.<sup>38</sup>

Aan dit criterium is verder voldaan indien voor aspecten waarop marktpartijen elkaar doorgaans ook beconcurreren, zoals kwaliteit, duurzaamheid en service, de samenwerking geen gevolgen heeft.<sup>39</sup> Tot slot, wanneer niet alle ondernemingen van een bepaalde schakel deelnemen en/of indien het systeem slechts van toepassing is op een beperkt aantal producten, zal de mededinging niet voor een wezenlijk deel beperkt worden.

Ook voor dit criterium kan de bewijslast economisch onderbouwd worden door een concurrentieanalyse. De onderdelen van deze analyses zijn hiervoor reeds besproken. De nadruk dient te liggen op de (mogelijke) veranderingen in de mate van concurrentie op kwaliteit, duurzaamheid en service, na het tot stand komen van de samenwerking. Ook kan geanalyseerd worden of er nog voldoende prijsconcurrentie mogelijk is binnen het samenwerkingsverband na inwerkingtreding van de afspraken. Hierbij gaat het onder andere om de mate waarin de variabele kosten van concurrenten gelijk zijn door gezamenlijke kostenposten zoals de verplichte doorberekening (*commonality of costs*). Hoge gemeenschappelijke kosten leiden tot makkelijke coördinatie tussen concurrenten indien de markeigenschappen zich hiervoor lenen. Hiervoor kan de analyse van het effect op de mededinging zoals onder artikel 6 lid 1 Mw normaliter wordt gedaan, worden gebruikt. De *hardcore* kartels die ertoe strekken de mededinging te beperken via prijsafspraken, voldoen over het algemeen niet aan de criteria van artikel 6 lid 3 Mw.

Tot slot kan de aanwezigheid van drempels tot de deelname aan de samenwerking geanalyseerd worden. Indien deze drempels namelijk aanwezig en significant zijn, is deelname niet mogelijk voor alle partijen. Dit is het geval indien er hoge kosten zijn om de bedrijfsvoering, techniek, verpakkingen of andere zaken conform het geëiste voor deelname aan de samenwerking te maken.

<sup>37</sup> Besluit Stichting Wit- en Bruingoed.

<sup>38</sup> Gemeenschappelijke incassoprocedure.

<sup>39</sup> Besluit Stichting papier recycling Nederland.



## 8 Conclusie

Vanwege de bewijslast die bij de onderneming(svereniging) ligt en het tweestappenproces om voor uitzondering van het kartelverbod in aanmerking te komen, is het voor marktpartijen risicovol om samenwerkingsverbanden aan te gaan, ook als deze in het kader van duurzaamheid zijn. Daarom is het noodzakelijk dat het voor ondernemingen en -verenigingen duidelijk is hoe het mededingingstoezicht op de uitzonderingscriteria door de NMa geïnterpreteerd wordt en hoe de bewijslast economisch ingevuld kan worden. Dit artikel heeft een poging gedaan om de interpretatie van de NMa en de daarvoor benodigde economische onderbouwing inzichtelijker, en via praktijkvoorbeelden tastbaarder te maken. Indien er geen duidelijkheid is over de interpretatie van (een van) de criteria van artikel 6 lid 3 Mw, is de kans groot dat ondernemingen het risico dat ze niet voldoen aan de criteria, niet willen nemen en dat hierdoor samenwerkingsverbanden voor duurzaamheid niet tot stand komen. Hoewel Parlevliet en Drahos<sup>40</sup> aangeven dat er momenteel geen samenwerkingsverbanden voor duurzaamheid worden gefrustreerd door het mededingingstoezicht, zegt dit niks over het aantal potentiële samenwerkingsverbanden voor duurzaamheid die door het mededingingstoezicht, en dan met name het gebrek aan duidelijkheid, gefrustreerd worden. Het geringe aantal zaken waarin de NMa lid 3 van artikel 6 getoetst heeft, doet vermoeden dat er reeds sprake is overanticipatie op het vlak van karteltoezicht.

---

<sup>40</sup> J. Parlevliet en M. Drahos, Is mededingingsbeperking nodig voor duurzaamheid? M&M 2011/3.



# seo economisch onderzoek

Roetersstraat 29 . 1018 WB Amsterdam . T (+31) 20 525 16 30 . F (+31) 20 525 16 86 . [www.seo.nl](http://www.seo.nl)