

Een wetsvoorstel voor duurzaamheidsinitiatieven: beter voor het milieu of energieverspilling?

*Een onderzoek naar en een aanbeveling voor het
wetsvoorstel 'Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven'.*

Master thesis C.F.C. Sutherland (I6106932)

Begeleidster: dr. C.A.N.M.Y. Cauffman

Tweede lezer: mr. prof. dr. S.L.T. Schoenmaekers



Maastricht University

Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	2
1.1 <i>Inleiding en probleemanalyse</i>	2
1.2 <i>Centrale onderzoeksvraag.....</i>	3
1.3 <i>Deelvragen, onderzoeksmethode en bronverantwoording.....</i>	4
2. Bestaande mogelijkheden in het mededingingsrecht	5
2.1 <i>Kartelverbod, uitzonderingen en standpunt van de Europese instellingen.....</i>	5
2.2 <i>ACM Visiedocument 2014.....</i>	10
2.3 <i>ACM (concept) Leidraad duurzaamheidsafspraken 2020.....</i>	13
3. Het voorstel van Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven	18
3.1 <i>Aanleiding, reikwijdte en vereisten van het wetsvoorstel.....</i>	18
3.2 <i>Kritiek van de Raad van State op het wetsvoorstel</i>	21
3.3 <i>Aanpassingen wetsvoorstel door regering</i>	23
4. Voor- en tegenargumenten wetsvoorstel	27
4.1 <i>Argumenten voor het wetsvoorstel</i>	27
4.2 <i>Argumenten tegen het wetsvoorstel</i>	30
5. Afweging voor- en tegenargumenten en aanbeveling	35
5.1 <i>Afweging voor- en tegenargumenten wetsvoorstel.....</i>	35
5.2 <i>Aanbeveling op grond van afweging</i>	42
6. Conclusie	46
7. Literatuurlijst	49

1. Inleiding

1.1 Inleiding en probleemanalyse

Duurzaamheid en milieuvervuiling: men staat hier niet vaak genoeg bij stil. Meerdere keren per jaar verre reizen maken met het vliegtuig, het iedere dag consumeren van vlees of vis en het aan laten staan van de verwarming en het licht. Het is voor velen een gewoonte, maar betekent eigenlijk het onnodig verspillen van energie. Inmiddels is *“onze westerse ‘ecologische voetafdruk’ zo groot dat er meerdere aardbollen nodig zijn als alle aardbewoners onze levensstijl zouden overnemen”*.¹ Met andere woorden betekent dit dat men meer consumeert dan qua milieukosten veroorloofd kan worden. Vandaar dat bij het klimaatakkoord van Parijs en de Europese *Green Deal* afspraken zijn gemaakt met betrekking tot een vermindering van de uitstoot van broeikasgassen.² Niet alleen op internationaal en Europees gebied zijn afspraken gemaakt, ook Nederland zelf heeft nationale doelen gesteld en in 2019 een Klimaatwet aangenomen.³ Aandacht voor klimaatverandering en duurzame ontwikkeling is derhalve de afgelopen jaren aanzienlijk toegenomen, zowel op maatschappelijk, beleidsmatig en juridisch gebied.⁴ Burgers, ondernemingen én organisaties dienen bij te dragen aan het verduurzamen van de samenleving om het gewenste resultaat te behalen.⁵ Europees Commissaris Vestager erkent dit belang en stelt dat *“to succeed, everyone in Europe will have to play their part – every individual, every business, every public authority. And that includes competition enforcers”*.⁶

Uit het voorgaande volgt dat behoefte bestaat aan maatschappelijke duurzaamheidsinitiatieven.⁷ Bedrijven staan derhalve onder toenemende druk om ervoor te zorgen dat ze op een duurzame manier opereren en bijdragen aan klimaatdoelstellingen.⁸ Het mededingingsrecht betreft echter vaak een belemmering voor de noodzakelijke samenwerking bij duurzaamheidsinitiatieven.⁹ Spanningen kwamen bijvoorbeeld naar boven bij het initiatief van de Kip van Morgen met betrekking tot afspraken voor duurzamer geproduceerd pluimveevlees en het SER Energieakkoord betreffende samenwerking bij het sluiten van vijf kolencentrales.¹⁰ Door huidige regelgeving stranden dergelijke initiatieven (vroegtijdig), aangezien het – ingevolge het kartelverbod van artikel 6 Mededingingswet en artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: “VWEU”) – verboden is voor ondernemingen om onderling afspraken te maken en feitelijke gedragingen af te stemmen die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Omdat duurzaamheidsinitiatieven (vaak) leiden tot een beperking van de mededinging, kunnen deze dus geen doorgang vinden. Mededinging draagt bij aan het bereiken van maatschappelijke doelen – aangezien mededinging als een instrument of economisch proces moet worden gezien dat het bereiken van bepaalde maatschappelijke doelen bevordert – en zou dan ook eigenlijk niet in de weg moeten staan aan publieke en private initiatieven met dezelfde doelen.¹¹

¹ De Goffau, *Bb* 2018/34, p. 123.

² Overeenkomst van Parijs (*Trb.* 2016, 94); A European Green Deal.

³ Klimaatwet (*Stb.* 2019, 253).

⁴ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 4.

⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 2.

⁶ Speech webinar Green Deal and competition policy 2020.

⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 3.

⁸ Dutch Competition Authority consults on Guidelines that pave the way for more flexibility in the field of sustainability agreements.

⁹ Holmes, *J. Antitrust Enforc.* 2020, p. 354-355.

¹⁰ Onderzoek ACM 2015 (*De Kip van Morgen*); Notitie ACM 2013 (*SER Energieakkoord*).

¹¹ Snoep, *M&M* 2020, p. 162; Zie ook Van Damme, *M&M* 2017, p. 5.

Om de spanningen weg te nemen is op 4 juli 2019 het wetsvoorstel ‘Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven’ aangeboden aan de Tweede Kamer.¹² Dit wetsvoorstel zou ervoor kunnen zorgen dat duurzaamheidsinitiatieven minder vaak vroegtijdig stranden en zou een oplossing voor het probleem kunnen zijn. Het doel van dit wetsvoorstel betreft het helpen van partijen bij het realiseren van duurzaamheidsinitiatieven doordat de mogelijkheid wordt gecreëerd initiatieven om te laten zetten in algemeen verbindende voorschriften.¹³ Het beoogt dus de mededingingsrechtelijke problemen weg te nemen, door duurzaamheidsinitiatieven te stimuleren in plaats van deze te verbieden op grond van het kartelverbod. Dit zal weer het behalen van de gestelde klimaatdoelen ten goede komen. De Raad van State (hierna: “RvS”) had echter serieuze kritiekpunten op dit wetsvoorstel, waardoor de wetgever het voorstel heeft aangepast. Derhalve dient geanalyseerd te worden of deze kritiekpunten nog steeds bestaan. Het wetsvoorstel is in de huidige ontwikkeling van het verduurzamen van de samenleving zeer relevant, (i) aangezien dit aantoont dat duurzaamheid een prioriteit is van de Nederlandse regering en (ii) omdat door dit wetsvoorstel bepaalde onderlinge afspraken toegestaan worden, die anders (wellicht) verboden zouden worden door het mededingingsrecht en meer specifiek het kartelverbod.¹⁴

Daarnaast heeft de Nederlandse mededingingsautoriteit Autoriteit Consument & Markt (hierna: “ACM”) in 2020 een (concept) Leidraad met betrekking tot duurzaamheidsinitiatieven opgesteld, waarin de mogelijkheden die reeds binnen de grenzen van het mededingingsrecht bestaan worden toegelicht.¹⁵ Een analyse naar de wenselijkheid van het wetsvoorstel vanuit het oogpunt van ondernemingen is noodzakelijk. Daarom zal onderzocht worden of dit wetsvoorstel de juiste weg is om te bewandelen en ervoor zal zorgen dat het voor ondernemingen eenvoudiger zal zijn om samen te werken bij duurzaamheidsinitiatieven. Kortom: is dit wetsvoorstel beter voor het milieu of – net zoals het aan laten staan van de verwarming – een kwestie van energieverstopping?

1.2 Centrale onderzoeksvraag

De centrale onderzoeksvraag van deze master thesis is: *“heeft het kritisch ontvangen wetsvoorstel voor de ‘Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven’ toegevoegde waarde ten opzichte van bestaande mogelijkheden in het (nationale) mededingingsrecht?”* Toegevoegde waarde wordt beoordeeld vanuit het oogpunt van ondernemingen en op basis van de argumenten voor en tegen het betreffende wetsvoorstel.

De betreffende centrale onderzoeksvraag is interessant om te analyseren, omdat zo beoordeeld kan worden of er nog leer- en/of aandachtspunten zijn voor dit wetsvoorstel. Indien geconcludeerd kan worden dat het wetsvoorstel wel/geen toegevoegde waarde heeft, zal een aanbeveling kunnen worden gedaan met betrekking tot het wel/niet implementeren van het wetsvoorstel. Ook zullen andere mogelijkheden of aanpassingen aan het wetsvoorstel worden voorgesteld. De centrale onderzoeksvraag is gekozen aangezien duurzaamheid – zoals reeds is gebleken in de inleiding in paragraaf 1.1 – een steeds grotere maatschappelijke relevantie heeft. Bovendien is dit momenteel een actueel onderwerp in Nederland, aangezien dit wetsvoorstel is voorgelegd aan de Tweede Kamer. In deze thesis zal de betreffende onderzoeksvraag derhalve centraal staan.

¹² Koeman & Deza de Massiac, *M&M* 2020, p. 203.

¹³ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 1.

¹⁴ Sanden & Butt 2019.

¹⁵ Hiermee wordt de eerste (concept) Leidraad bedoeld die op 9 juli 2020 is gepubliceerd. Een tweede concept is gepubliceerd op 26 januari 2021, echter is nog geen definitieve Leidraad gepubliceerd.

1.3 Deelvragen, onderzoeksmethode en bronverantwoording

Om de centrale onderzoeksvraag te beantwoorden, dienen eerst een aantal deelvragen te worden beantwoord. De deelvragen zijn: (i) wat zijn de bestaande mogelijkheden voor duurzaamheidsinitiatieven in het mededingingsrecht? (ii) Wat is het doel en de reikwijdte van het wetsvoorstel? Tot slot, (iii) wat zijn de argumenten voor en tegen het wetsvoorstel?

Als eerste zal de huidige situatie worden beschreven, vervolgens de voorgestelde verandering en de situatie na eventuele implementatie van de voorgestelde verandering. Ten slotte zal worden beoordeeld of die toekomstige situatie – op basis van de argumenten voor en tegen het wetsvoorstel – wenselijker is dan de huidige en zal tevens een aanbeveling worden gedaan. Ter beantwoording van deze vragen zal ik gebruik maken van de Mededingingswet, het VWEU, het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: “VEU”), het wetsvoorstel ‘Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven’, de kamerstukken en andere toelichtende stukken daarop, juridische databanken, nationale (zowel Nederlandse als buitenlandse) rechtsbronnen en juridisch-dogmatische literatuur van experts uit het vakgebied. Tevens wordt relevante (Europese) jurisprudentie geraadpleegd. Na beantwoording van de deelvragen, zal een aanbeveling in de vorm van advies worden gedaan met betrekking tot het wetsvoorstel. Ten slotte zal een analyse worden uitgevoerd, om zo de centrale onderzoeksvraag te beantwoorden.

2. Bestaande mogelijkheden in het mededingingsrecht

Eerst wordt aandacht besteed aan het kartelverbod en de uitzonderingen hierop. Daarbij worden ook de standpunten van de Europese instellingen en de verhouding tussen het Nederlandse en het Europese kartelverbod besproken. Vervolgens wordt behandeld hoe de ACM de verhouding ziet tussen samenwerking van ondernemingen op het gebied van duurzaamheid en het kartelverbod. De ACM heeft dit uitgewerkt in haar Visiedocument van 2014 en vervolgens in de (concept) Leidraad van 2020. Deze zullen derhalve ook achtereenvolgens worden aangehaald. Bij de bespreking hiervan worden de bestaande mogelijkheden in het nationale mededingingsrecht meegenomen. Uit dit deel zal blijken dat de ACM en de Europese instellingen zich al gedurende langere tijd bezighouden met mogelijkheden voor duurzaamheidsinitiatieven in het mededingingsrecht. Bij duurzaamheidsinitiatieven is – meer dan gebruikelijk – samenwerking vereist, omdat dit pas effect oplevert bij een keten-aanpak.¹⁶ Reden dat hieromtrent extra regels gewenst zijn, zodat dergelijke samenwerking niet zonder meer onder het kartelverbod zal vallen.

2.1 Kartelverbod, uitzonderingen en standpunt van de Europese instellingen

Kartelverbod

Artikel 6 Mededingingswet bevat het Nederlandse equivalent van het kartelverbod van artikel 101 VWEU. Bij de uitleg van het Nederlandse artikel wordt zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de uitleg van artikel 101 VWEU door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: “HvJ EU”).¹⁷ Ingevolge het kartelverbod zijn verboden: *“overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst”*.¹⁸ Artikel 6 Mededingingswet geeft, in tegenstelling tot artikel 101 VWEU, geen voorbeelden van beperking van de mededinging, echter gelden deze voorbeelden naar analogie volgens de Memorie van Toelichting (hierna: “MvT”).¹⁹

Het kartelverbod geldt voor zowel horizontale als verticale afspraken.²⁰ Horizontale afspraken zijn *“afspraken tussen in hetzelfde stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen, dat wil zeggen ondernemingen die dezelfde economische activiteit uitoefenen”*.²¹ De Europese Commissie heeft in 2011 nieuwe richtsnoeren voor horizontale overeenkomsten uitgevaardigd, waarin algemene beginselen en een vijftal horizontale overeenkomsten worden behandeld.²² Onder verticale overeenkomsten worden verstaan: *“afspraken tussen elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen*

¹⁶ Deze opvatting zal worden verduidelijkt in paragraaf 3.1 (meer specifiek op p. 16).

¹⁷ HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1354 (*Geborgde dierenarts*); Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 61.

¹⁸ Art. 6 lid 1 Mw.

¹⁹ Selie, in: *T&C Mw 2020*, art. 6 Mw, aant. 4.

²⁰ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 13; Selie, in: *T&C Mw 2020*, art. 6 Mw, aant. 1; HvJ EU 13 juli 1966, C-56/64, ECLI: ECLI:EU:C:1966:41 (*Grundig/Consten*), p. 519.

²¹ Selie, in: *T&C Mw 2020*, art. 6 Mw, aant. 4a.

²² Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (*PbEU 2011*, C 11).

bepaalde producten of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen".²³ Voor deze afspraken geldt een algemene groepsvrijstelling, die op grond van artikel 12 en 13 Mededingingswet ook van toepassing is op overeenkomsten in de zin van artikel 6 lid 1 Mededingingswet.²⁴ Ook voor dit soort overeenkomsten heeft de Europese Commissie richtsnoeren opgesteld, waarin de toepassingsvoorwaarden van de vrijstelling worden toegelicht, evenals de beoordeling van verticale overeenkomsten die buiten het toepassingsgebied van de vrijstelling vallen van artikel 101 VWEU.²⁵ Opgemerkt dient te worden dat de rechter niet aan deze richtsnoeren is gebonden, maar dat deze in de praktijk wel worden toegepast.²⁶

Vereisten lid 1 artikel 6 Mededingingswet en artikel 101 VWEU

Onder het kartelverbod van artikel 6 Mededingingswet – en ook artikel 101 VWEU – vallen dus overeenkomsten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen en besluiten “*die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging merkbaar wordt beperkt*”. Het eerste vereiste is derhalve dat een dergelijke samenwerking ertoe moet strekken of tot gevolg moet hebben dat de mededinging wordt beperkt. Strekking en gevolg zijn alternatieve voorwaarden. Wanneer de mededingingsbeperkende strekking van een overeenkomst vaststaat, hoeven de gevolgen daarvan voor de mededinging niet meer te worden onderzocht.²⁷ Uitsluitend coördinatie tussen ondernemingen, die de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat de effecten ervan niet hoeven te worden onderzocht, zullen worden geclassificeerd als een ‘mededingingsbeperking naar strekking’, aangezien dit begrip restrictief wordt uitgelegd.²⁸ Indien de afspraak niet strekt tot een mededingingsbeperking, is het alsnog mogelijk dat de afspraak dit wel tot gevolg heeft. Het gevolg zal dan naar alle waarschijnlijkheid moeten intreden.²⁹

Ten tweede moet de mededinging *merkbaar* worden beïnvloed, waarvoor vereist is dat er een waarneembaar effect op de markt moet zijn.³⁰ Volgens Europese jurisprudentie vormt een overeenkomst “*die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en een mededingingsbeperkende strekking heeft, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan, een merkbare beperking van de mededinging*”.³¹ De Nederlandse rechter volgt de Europese rechtspraak op dit punt.³² Het effect op de interstatelijke handel vormt echter voor artikel 6 Mededingingswet geen criterium, omdat dit een nationale bepaling is.³³ De Europese bepaling heeft derhalve een extra criterium, namelijk dat de beperking van de mededinging een effect heeft op de handel tussen lidstaten. Indien het een beperking naar gevolg betreft, dan dient – in tegenstelling tot de situatie bij beperkingen naar strekking – wél te worden aangetoond dat de mededingingsbeperking een merkbare invloed op de mededinging heeft. Dit effect dient te worden bepaald op basis van een analyse van de economische en juridische omstandigheden

²³ Selie, in: *T&C Mw* 2020, art. 6 Mw, aant. 4b.

²⁴ Verordening (EU) 330/2010.

²⁵ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (*PbEU* 2010, C 130).

²⁶ Selie, in: *T&C Mw* 2020, aanhef Mw, aant. 9; HvJ EU 13 december 2012, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 (*Expedia Inc./Autorité de la concurrence e.a.*), par. 1.

²⁷ HvJ EG 13 juli 1966, C-56/64, ECLI: ECLI:EU:C:1966:41 (*Grundig/Consten*), p. 519; Selie, in: *T&C Mw* 2020, art. 6 Mw, aant. 5a.

²⁸ Zie voor voorbeelden van gedragingen die ertoe strekken de mededinging te beperken Selie, in: *T&C Mw* 2020, art. 6 Mw, aant. 5b.

²⁹ HvJ EG 12 december 1967, 23/67, ECLI:EU:C:1967:54 (*Haecht I*).

³⁰ Selie, in: *T&C Mw* 2020, art. 6 Mw, aant. 6a.

³¹ HvJ EU 13 december 2012, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 (*Expedia Inc./Autorité de la concurrence e.a.*), par. 37.

³² HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1354 (*SGD e.a./Agib*).

³³ Selie, in: *T&C Mw* 2020, art. 6 Mw, aant. 6b.

van de overeenkomst.³⁴ Indien voldaan is aan alle vereisten, is er sprake van een afspraak die onder het kartelverbod valt. Dit is verboden en bovendien zijn overeenkomsten en besluiten die onder het kartelverbod vallen van rechtswege nietig.³⁵

Uitzonderingen kartelverbod

Overeenkomsten die voldoen aan de voorwaarden van het kartelverbod van lid 1 van de betreffende bepalingen, kunnen echter toch toegelaten zijn indien voldaan is aan de criteria van lid 3 van de betreffende bepalingen. Dezelfde criteria gelden voor artikel 6 lid 3 Mededingingswet en artikel 101 lid 3 VWEU.³⁶ Er bestaan vier cumulatieve criteria waaraan voldaan moet zijn voor toepassing van de wettelijke uitzondering. De Nederlandse voorwaarden sluiten aan bij de Europese en volgen derhalve Europese jurisprudentie en bekendmakingen.³⁷ Het doel van de uitzondering is “om mededingingsbeperkende overeenkomsten die objectieve economische voordelen kunnen opleveren die opwegen tegen de negatieve effecten van de mededingingsbeperking toe te staan”.³⁸ De afzonderlijke voorwaarden zullen later aan bod komen. De ACM heeft namelijk, eerst in een Visiedocument en later in een (concept) Leidraad, deze criteria verder uitgewerkt met betrekking tot duurzaamheidsinitiatieven. De algemene criteria worden daar aangehaald en vervolgens worden deze toegepast op afspraken met betrekking tot duurzaamheid. Zoals reeds gesteld, volgt de ACM daarbij de Europese jurisprudentie en bekendmakingen. Echter zoekt de ACM wel de grenzen van het mededingingsrecht op, zoals later verder uitgelegd zal worden. Daarbij gaat zij verder dan de Europese Commissie tot nu toe heeft gedaan. Of dit wenselijk of überhaupt mogelijk is, blijft onduidelijk. Het nationale mededingingsrecht is namelijk nauw verweven met het Europese mededingingsrecht en wordt gelijktijdig toegepast in geval van een interstatelijk effect.³⁹ Er is onduidelijkheid over de ruimte die de rechtvaardigingsgrond publieke of niet-economische belangen biedt.⁴⁰ Afspraken kunnen namelijk buiten toepassing van het kartelverbod vallen indien publieke belangen mededingingsbeperkend gedrag kunnen rechtvaardigen, mits dit noodzakelijk en proportioneel is.⁴¹ De Europese Commissie heeft in de CECED-beschikking indirect – via een analyse van efficiëntiewinst – rekening gehouden met niet-economische doelstellingen.⁴² In deze zaak heeft de Europese Commissie overeenkomsten tussen wasmachineproducenten en handelaren om niet langer bepaalde milieuvriendelijke machines op de Europese markt te brengen vrij van het kartelverbod gesteld, daar consumenten hiervan indirect zouden profiteren en op de aangrenzende energiemarkt op lange(re) termijn kosten zouden besparen.⁴³ Ook het HvJ EU heeft in bepaalde zaken gesteld dat andere factoren dan mededingingsfactoren meegenomen mogen worden in de afweging.⁴⁴ Echter heeft de Europese Commissie enkel sporadisch overwegingen van niet-economisch algemeen belang in

³⁴ Selie, in: *T&C Mw* 2020, art. 6 Mw, aant. 6c.

³⁵ Art. 6 lid 1 jo. lid 2 Mw; Art. 101 lid 1 jo. lid 2 VWEU.

³⁶ Selie, in: *T&C Mw* 2020, art. 6 Mw, aant. 11a.

³⁷ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 67.

³⁸ Selie, in: *T&C Mw* 2020, art. 6 Mw, aant. 11a; Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (PbEU 2004, C 101/102), par. 33.

³⁹ Gerbrandy & Kreijger 2017, p 16; Art. 3 lid 1 Verordening (EG) 1/2003.

⁴⁰ Gerbrandy & Kreijger 2017, p 17; Lavrijssen & Van Helfteren 2020, p. 85-88.

⁴¹ HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*), par. 7.

⁴² CECED-beschikking inzake een milieufafpraak tussen wasmachinefabrikanten (*PbEU* 2000, L 187).

⁴³ CECED-beschikking inzake een milieufafpraak tussen wasmachinefabrikanten (*PbEU* 2000, L 187/52), par. 53; Schrijvershof, *MP* 2012, p. 18-19.

⁴⁴ HvJ EU 13 oktober 2011, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649 (*Pierre Fabre*), par. 40; GvEA EG 11 juli 1996, gevoegde zaken T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, ECLI:EU:T:1996:99 (*Métropole télévision*), par. 118.

haar beoordelingen opgenomen ter aanvulling van efficiëntiewinsten.⁴⁵ In de richtsnoeren geeft de Europese Commissie bovendien géén ruimte voor andere publieke belangen dan mededingingsbelangen.⁴⁶ In de richtsnoeren wordt duidelijk gesteld dat de nationale mededingingsautoriteiten de economische, concurrentie gerelateerde belangen niet mogen wegen met andere publieke belangen.⁴⁷ De ACM ziet daarentegen wél ruimte voor duurzaamheidsbelangen in de (concept) Leidraad, die later besproken zal worden.⁴⁸ In lijn met het standpunt dat er geen ruimte voor andere publieke belangen is, heeft de Europese Commissie in 2016 in een brief aan de minister van Economische Zaken en Klimaat laten weten dat zij bedenkingen heeft bij het oprekken van de grenzen van artikel 101 lid 3 VWEU (en dus ook artikel 6 lid 3 Mededingingswet), door het aanpassen van de Beleidsregel mededinging en duurzaamheid.⁴⁹ De Europese Commissie erkent het belang van duurzaamheid, maar stelt dat er grenzen zijn in hoeverre het mededingingsrecht duurzaamheid kan meewegen. Het is niet toegestaan – volgens nationale of Europese mededingingsregels – verschillende publieke belangen tegen elkaar af te wegen bij het beoordelen van duurzaamheidsinitiatieven.⁵⁰ Bovendien bevestigt de Europese Commissie dat de oudere beleidsregel van 2014 en het daarop voortbordurende Visiedocument van de ACM van 2014, wél binnen de grenzen van het Europese mededingingsrecht vallen. Daarbij wordt ook gewaarschuwd dat, indien de ACM een beleid zou voeren dat afwijkt van het Europees recht, dit in strijd zou zijn met de vereisten van Europese mededingingsregels.⁵¹ Hoewel de beleidsregel in theorie alleen van toepassing is op gevallen die onder het nationale recht vallen, zal deze ook in strijd zijn met de toepassing van het Europese mededingingsrecht in gevallen waarin de handel tussen lidstaten *mogelijk* wordt beïnvloed. Dit is een drempel die gemakkelijk wordt gehaald voor overeenkomsten met een nationale reikwijdte.⁵² Volgens artikel 3 van Verordening (EG) 1/2003 mag de toepassing van het nationale recht in dergelijke gevallen niet afwijken van de wijze waarop het Europese mededingingsrecht wordt toegepast. Kort samengevat, spoort de Europese Commissie de Nederlandse regering aan om wetgeving in te voeren op gebied van duurzaamheidsinitiatieven in plaats van de grenzen van artikel 101 lid 3 VWEU op te rekken. In een persbericht, als reactie op de (concept) Leidraad van de ACM van 2020, heeft de Europese Commissie echter uitgesproken dat zij de noodzaak van een uniforme aanpak en richtlijnen voor duurzaamheidsafspraken ondersteunt.⁵³

Een andere situatie die buiten het toepassingsgebied van het kartelverbod valt, betreft situaties waarin partijen een taak van algemeen belang uitvoeren.⁵⁴ Deze uitzonderingsgrond, die ook wel de ‘Wouters-doctrine’ wordt genoemd, is ontwikkeld in de jurisprudentie van het HvJ EU.⁵⁵ Onder deze doctrine vallen afspraken die “*een beperking opleveren voor de mededinging, maar die inherent noodzakelijk zijn voor het bereiken van een ander doel dat – op een of andere wijze – bij wetgeving is opgedragen of gereguleerd*”.⁵⁶ Dit toont (grote) overeenkomsten met de *Rule*

⁴⁵ Monti, *CML Rev.* 2002, p. 1090-1091.

⁴⁶ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 13-17.

⁴⁷ Lavrijssen, *EULR* 2010, p. 636; Baarsma 2012, p. 22.

⁴⁸ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020.

⁴⁹ Reactie Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016.

⁵⁰ Dit is niet toegestaan op grond van de relevante nationale en Europeesrechtelijke wetsartikelen, te weten art. 6 lid 3 Mw en art. 101 lid 3 VWEU.

⁵¹ Reactie Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016.

⁵² Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, (*PbEU* 2004, C 101).

⁵³ Statement on ACM public consultation on sustainability guidelines 2020.

⁵⁴ Art. 10 Verordening (EG) 1/2003.

⁵⁵ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 36.

⁵⁶ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 36; HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*), par. 97.

of *Reason*, oftewel dwingende vereisten van algemeen belang. Dit is vaste rechtspraak van het HvJ EU, die is ontwikkeld in de regels voor de interne markt/het vrije verkeer.⁵⁷ De Wouters-doctrine wordt door de gelijkenissen vaak gezien als de *Rule of Reason* van het mededingingsrecht. Het behoort tot de mogelijkheden om duurzaamheidsinitiatieven tot stand te laten komen op grond van de Wouters-doctrine. Echter, de jurisprudentie omtrent de inherente beperking (in het mededingingsrecht) is nog weinig ontwikkeld en het is dus lastig om met zekerheid te kunnen stellen dat deze doctrine grondslag zou kunnen bieden voor dergelijke afspraken. Ook de minister van Economische Zaken en Klimaat heeft besloten de Wouters-doctrine niet als grondslag te gebruiken voor duurzaamheidsinitiatieven.⁵⁸ Het HvJ EU gaat in *Wouters* nog uit van een *conditio sine qua non* verband tussen de beperking en de doelstelling.⁵⁹ Dit betekent dat de beperking de voorwaarde is, zonder welke de doelstelling niet ingetreden zou zijn. De beperking dient dus inherent te zijn aan de te realiseren doelstelling.⁶⁰ In *OTOC* is dit *conditio sine qua non* verband echter verdwenen: het vereiste dat de beperking voortvloeit uit de realisering van de doelstellingen is niet door het HvJ EU opgenomen.⁶¹ Door het verdwijnen van dit verband lijkt het alsof het mededingingsrecht en het vrije verkeer dichterbij elkaar zijn gebracht door het HvJ EU.⁶² Bovendien is in het arrest *API* “de ‘Wouters-doctrine’ opgevoerd als algemene rechtvaardigingsgrond in het kader van de nuttig-effect-norm van artikel 4 lid 3 EU juncto artikel 101 VWEU”.⁶³ Doordat in de zaken *Consiglio nazionale dei geologi (CSN)* en *Cipolla* echter wél weer wordt uitgegaan van een *conditio sine qua non* verband tussen de beperking en de doelstelling, is vast te stellen dat de criteria van de Wouters-doctrine niet steeds op dezelfde wijze worden gehanteerd.⁶⁴ Deze doctrine vormt derhalve momenteel een te onzekere basis voor nieuwe regels omtrent duurzaamheidsinitiatieven. Ik sluit mij aan bij de mening van de minister van Economische Zaken en Klimaat. Dit zou echter kunnen veranderen, indien het HvJ EU in toekomstige rechtspraak de Wouters-doctrine zou verenigen met de *Rule of Reason*. Hier kom ik later in paragraaf 5.2 op terug.

Het kartelverbod kan bovendien – onder bepaalde voorwaarden – buiten toepassing zijn op afspraken tussen ondernemingen wanneer een overheid een regeling algemeen verbindend verklaart. Bij algemeenverbindendverklaring vangt het proces aan met een initiatief van een private partij en kan de overheid vervolgens middels een besluit van algemene strekking het initiatief van toepassing verklaren op eenieder.⁶⁵ Daar echter sprake blijft van een private afspraak, blijft het mededingingsrecht en het kartelverbod van toepassing en mogen “consumenten geen nadeel ondervinden van de afspraak, zelfs als de duurzaamheidsvoordelen groot zijn”.⁶⁶ Partijen blijven dus zelf verantwoordelijk voor handhaving van de afspraak. Indien de overheid vervolgens een afspraak die onder het kartelverbod valt algemeen verbindend zou verklaren, handelt de overheid in strijd met het Europees recht en het beginsel van Unietrouw. Daardoor is het algemeen verbindend verklaren van een dergelijke afspraak

⁵⁷ Van der Gronden, *SEW* 2015, p. 523.

⁵⁸ Beleidsregel duurzaamheid en mededinging 2016, p. 15.

⁵⁹ HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*), par. 97.

⁶⁰ Van der Gronden, *SEW* 2015, p. 524.

⁶¹ Van der Gronden, *SEW* 2015, p. 524-525; HvJ EU 28 februari 2013, C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 (*OTOC*).

⁶² Van der Gronden, *SEW* 2015, p. 525-526.

⁶³ Van der Gronden, *SEW* 2015, p. 527; HvJ EU 4 september 2014, gevoegde zaken C-184/13 t/m C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, ECLI:EU:C:2014:2147 (*API*).

⁶⁴ HvJ EU 18 juli 2013, C-136/12, ECLI:EU:C:2013:489 (*CSN*); HvJ EU 5 december 2006, gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, ECLI:EU:C:2006:758 (*Cipolla*).

⁶⁵ Rapport Maffre-Baugé 1982, p. 23; Vgl. ook Dresden 2004, p. 4.

⁶⁶ Nota naar aanleiding van verslag wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven, p. 6 onder vraag 11.

geen optie en geen oplossing voor duurzaamheidsinitiatieven tussen ondernemingen.⁶⁷ Bovendien heeft het HvJ EU expliciet gesteld dat het lidstaten verboden is afspraken die in strijd zijn met het kartelverbod algemeen verbindend te verklaren.⁶⁸ Indien de overheid echter wetgeving zou opstellen – op de wijze zoals in het wetsvoorstel Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven is beoogd – waarbij partijen een verzoek indienen om een duurzaamheidsinitiatief op te nemen in regelgeving, zal geen sprake zijn van een private afspraak. Hierdoor is het mededingingsrecht niet van toepassing en ligt de verantwoordelijkheid bij de overheid, aldus de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat.⁶⁹ De overheid heeft echter een loyaliteitsverplichting, waardoor zij geen regels mag aannemen die in strijd zouden zijn met het kartelverbod als deze door private ondernemingen zouden zijn overeengekomen.⁷⁰ Eventuele strijd met de loyaliteitsverplichting wordt onder paragraaf 4.2 – de argumenten tegen het wetsvoorstel – besproken.

Concluderend staat het vast dat de Nederlandse en Europese mededingingsregels nauw verweven zijn en de Europese regelgeving gevolgd zal moeten worden. Er bestaan echter onduidelijkheden over de ruimte die lidstaten hebben in nationale mededingingsregels. Zodra is voldaan aan het vereiste van interstatelijk effect, zullen de Nederlandse en Europese mededingingsregels gelijktijdig worden toegepast.⁷¹ Voldoet de nationale regelgeving in dat geval niet aan de Europeesrechtelijke vereisten, dan zal dit strijdigheid met Europees recht opleveren. Lidstaten zullen dus ervoor moeten zorgen dat ook het nationale recht in lijn is met het Europees recht, om strijdigheid te voorkomen. Het blijft echter mogelijk om de grenzen op te zoeken binnen het mededingingsrecht, maar deze mogen niet overschreden worden. Hierdoor blijft ruimte voor discussie bestaan.

2.2 ACM Visiedocument 2014

Aanleiding

De aanleiding voor het Visiedocument van de ACM uit 2014 was de onduidelijkheid over de mogelijkheden voor ondernemingen tot samenwerking op het gebied van duurzaamheid.⁷² Zoals reeds aangehaald heeft samenwerking bij duurzaamheidsafspraken namelijk pas effect bij een keten-aanpak. Afspraken die gemaakt worden door ondernemingen en die (mogelijk) de concurrentie beperken, moeten beoordeeld worden door die ondernemingen zelf, waarbij zij ten aanzien van duurzaamheidsinitiatieven een complexe belangenafweging moeten maken “*tussen enerzijds de milieu- en duurzaamheidsvoordelen van de samenwerking en anderzijds de nadelen voor de mededinging*”.⁷³ Daar sprake is van een *self assessment*, verlangen ondernemingen duidelijkheid over de regels op dit gebied.⁷⁴ Niet alleen ondernemingen hebben aandacht voor samenwerking op het gebied van duurzaamheid, sinds de motie Dijkgraaf/Geurts uit 2013 vertoont ook de politiek meer interesse. In deze motie werd de minister van Economische Zaken en Klimaat verzocht beleidsregels voor de ACM op te stellen met

⁶⁷ Nota naar aanleiding van verslag wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven, p. 6 onder vraag 12.

⁶⁸ Dit volgt uit het beginsel van Unietrouw. Het algemeen verbindend verklaren van een kartelafpraak kwalificeert als “*het versterken van de werking*” van een verboden afspraak en is niet toegestaan.

⁶⁹ Nota naar aanleiding van verslag wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven, p. 15 onder vraag 39.

⁷⁰ Art. 4 lid 3 VEU.

⁷¹ Gerbrandy & Kreijger 2017, p 16; Art. 3 lid 1 Verordening (EG) 1/2003.

⁷² Visiedocument 2014, p. 3.

⁷³ De Goffau & Van Heezik, *M&M* 2020, p. 186.

⁷⁴ Visiedocument 2014, p. 5.

aanwijzingen voor de beoordeling van afspraken in de agro-nutriketen over dierenwelzijn en milieu.⁷⁵

Inhoud Visiedocument

Het Visiedocument van de ACM geeft informatie over de verhouding tussen duurzaamheidsinitiatieven en het kartelverbod in het mededingingsrecht en geeft aan op welke wijze de ACM de Beleidsregel mededinging en duurzaamheid van de minister van Economische Zaken en Klimaat interpreteert.⁷⁶ Het kartelverbod is – zoals reeds eerder vermeld – genoemd in artikel 6 lid 1 Mededingingswet en artikel 101 lid 1 VWEU, terwijl lid 3 van beide bepalingen een vrijstelling van dit kartelverbod geeft. Het enige verschil tussen het Nederlandse en het Europese artikel is dat het Europese een extra criterium van interstatelijk effect vereist. Het Visiedocument heeft tot doel duidelijkheid te verschaffen over de verhouding tussen duurzaamheidsinitiatieven en het kartelverbod, zodat ondernemingen beter geïnformeerd zijn over de mogelijkheden met betrekking tot samenwerking op het gebied van duurzaamheid.⁷⁷ Echter zal per samenwerking steeds veel afhangen van de omstandigheden van het geval, waardoor dit document enkel handvatten biedt die vervolgens moeten worden toegepast op de betreffende situatie. Bovendien is dit document een aanvulling op eerder geboden handvatten die in 2013 zijn gepubliceerd door de ACM op haar website en een meer overkoepelend beeld geven van de wijze waarop duurzaamheidsinitiatieven worden bekeken door de ACM vanuit zowel juridisch als economisch oogpunt.⁷⁸

De ACM stelt voorop dat duurzaamheid een breed, niet concreet af te bakenen begrip is. De reikwijdte is dus niet met zekerheid vast te stellen, aangezien verschillende onderwerpen onder het begrip duurzaamheid kunnen vallen. Om toch een duidelijk beeld te verschaffen verwijst zij naar een vaak gebruikte definitie van duurzaamheid: “*duurzame ontwikkeling is een ontwikkeling die voorziet in de behoeften van de huidige generatie, zonder dat daarmee de behoeften van toekomstige generaties, zowel hier als in andere delen van de wereld, in gevaar worden gebracht*”.⁷⁹ Geconcludeerd wordt dat het geen probleem vormt dat duurzaamheid geen eenduidig gedefinieerd begrip is, aangezien iedere situatie wordt beoordeeld met inachtneming van alle omstandigheden van het geval.⁸⁰

Bij de beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven wordt een onderscheid gemaakt tussen gevallen die niet onder de Mededingingswet vallen en gevallen die onder lid 1 en/of lid 3 van artikelen 6 Mededingingswet of 101 VWEU vallen. Wanneer een initiatief niet onder lid 1 van voornoemde artikelen valt, is samenwerking gewoon toegestaan: een dergelijke afspraak is dan vanuit mededingingsoogpunt onschuldig. Dit betreft situaties waarin afnemers niet snel benadeeld zullen kunnen worden door de betreffende afspraak.⁸¹ Indien duurzaamheidsinitiatieven mogelijk onder lid 1 van genoemde artikelen vallen, dient onderzocht te worden of sprake is van een *merkbare* mededingingsbeperking. Indien niet aan het merkbaarheidsvereiste is voldaan, zal er geen sprake zijn van een mededingingsbeperkend duurzaamheidsinitiatief en zal de afspraak niet onder lid 1 vallen. Indien wel aan dit vereiste is voldaan, betreft het een situatie zoals genoemd onder artikel 6 lid 1 Mededingingswet. In

⁷⁵ Motie Dijkgraaf/Geurts 24 januari 2013 (Kamerstukken II 2012/13, 33 400 XIII, nr. 99).

⁷⁶ Visiedocument 2014, p. 3-4; Beleidsregel duurzaamheid en mededinging 2014.

⁷⁷ Visiedocument 2014, p.3.

⁷⁸ Visiedocument 2014, p. 3-5; ACM duurzaamheid & concurrentie.

⁷⁹ Brundtland Rapport 1987, p. 43; Monitor Duurzaam Nederland 2011.

⁸⁰ Visiedocument 2014, p. 6.

⁸¹ Visiedocument 2014, p. 9.

gevallen waarin ook een merkbare impact op de handel tussen lidstaten bestaat, zal de situatie tevens onder artikel 101 lid 1 VWEU vallen. Deze duurzaamheidsinitiatieven vallen derhalve onder het kartelverbod en zijn in beginsel verboden.⁸² In beginsel, omdat ook aan lid 3 moet worden getoetst om te bepalen of zulke initiatieven voldoen aan de vier cumulatieve vrijstellingscriteria en derhalve uitgezonderd zijn van het kartelverbod.⁸³ Omdat de criteria van artikel 6 lid 3 Mededingingswet overeenkomen met de criteria van artikel 101 lid 3 VWEU, moeten de beschikkingspraktijk, de mededelingen van de Europese Commissie over de uitleg en toepassing van dit artikel en de Europese rechtspraak als uitgangspunt genomen worden.⁸⁴

Vereisten uitzondering kartelverbod

De eerste voorwaarde van lid 3 betreft het criterium dat de afspraak moet “bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang”.⁸⁵ Dit houdt in dat de afspraak door de realisering van efficiëntievoordelen een positief welvaartseffect moet hebben.⁸⁶ De voordelen kunnen, ingevolge de richtsnoeren van de Europese Commissie, zowel kostenverbetering als kwalitatieve verbeteringen betreffen.⁸⁷ Bovendien moeten de voordelen “objectief en duidelijk waarneembaar zijn, maar hoeven niet beperkt te zijn tot bepaalde relevante markten”.⁸⁸ Om aan de eerste voorwaarde te voldoen zal per saldo een verbetering moeten optreden, indien een afspraak zowel tot een voordeel als een nadeel leidt.

Ten tweede moeten de voordelen van de verbeteringen, zoals beschreven in het eerste criterium, voor een billijk aandeel aan de gebruikers ten goede komen. Dit houdt in dat de betreffende voordelen de totale groep gebruikers (en dus niet de individuele gebruiker) minstens moeten compenseren voor de negatieve gevolgen die zij van een afspraak ondervinden.⁸⁹ Onder gebruiker moet worden verstaan: “alle rechtstreekse of onrechtstreekse gebruikers van de producten die door de overeenkomst worden gedekt”.⁹⁰ De effecten worden op dezelfde markt gemeten, tenzij twee markten verwant zijn en het (grotendeels) over dezelfde groep gebruikers gaat. In dat geval mogen negatieve effecten op een geografische- en productmarkt wel worden gecompenseerd door positieve effecten op een andere markt.⁹¹ Ten slotte is het ook mogelijk om te voldoen aan dit criterium indien de voordelen zich pas over een langere periode uitstrekken en dus niet direct een voordeel vormen voor de huidige consument. Dit is te verklaren vanuit economisch oogpunt, daar duurzame ontwikkeling in de regel belangen betreft die zich over de langere termijn uitstrekken.⁹² De voordelen die het betreffende duurzaamheidsinitiatief zal hebben, moeten elk objectief onderbouwd worden. Met betrekking

⁸² Visiedocument 2014, p. 9; Art. 6 lid 1 Mw; Art. 101 lid 1 VWEU.

⁸³ Visiedocument 2014, p. 10.

⁸⁴ Visiedocument 2014, p. 13.

⁸⁵ Art. 6 lid 3 Mw.

⁸⁶ Visiedocument 2014, p. 13.

⁸⁷ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101/105), par. 59.

⁸⁸ Gerecht EU 24 mei 2012, T-111/08, ECLI:EU:T:2012:260 (*Mastercard*), par. 228; Visiedocument 2014, p. 13; Besluit ACM 1998 (*Ontheffingsaanvraag KNMvD*).

⁸⁹ Visiedocument 2014, p. 13-14; Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101/110), par. 87.

⁹⁰ Visiedocument 2014, p. 14; Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101/109), par. 84.

⁹¹ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101/103), par. 43.

⁹² Visiedocument, p. 15.

tot voordelen die zich pas op de langere termijn voordoen, gelden hogere eisen voor de onderbouwing van die voordelen en de waarschijnlijkheid dat deze zich zullen voordoen.⁹³

De derde voorwaarde betreft het noodzakelijkheidsvereiste. Het criterium dat hiervoor wordt toegepast hangt af van de omstandigheden van het concrete duurzaamheidsinitiatief, maar doorgaans zal worden getoetst of de mededingingsbeperking redelijkerwijs noodzakelijk kan worden geacht om de beoogde voordelen te behalen. Of hiervan sprake is, wordt beoordeeld aan de hand van de vraag of met de afspraak meer efficiëntieverbeteringen worden gerealiseerd dan zonder de overeenkomst het geval zou zijn.⁹⁴ Daarnaast geldt dat er geen praktisch haalbare, minder mededingingsbeperkende alternatieven mogen zijn om de efficiëntieverbeteringen te bereiken.⁹⁵ Ondernemingen moeten derhalve tijdens de *self assessment* beoordelen of “*een mededingingsbeperking de minst beperkende manier is om de beoogde voordelen te behalen*”.⁹⁶

Ten slotte rest nog de voorwaarde dat er voldoende restconcurrentie moet overblijven. Dit betekent dat de afspraak tussen de betrokken ondernemingen niet ervoor mag zorgen dat een wezenlijk deel van de concurrentie wordt uitgeschakeld. Zoals bij alle vereisten het geval is, geldt ook hier dat dit in samenhang met de overige vereisten moet worden gezien.⁹⁷ Indien aan alle vier de cumulatieve vereisten is voldaan, zal de afspraak vrijgesteld worden van het kartelverbod. De betreffende afspraak is dan toegestaan, ook al is er sprake van een mededingingsbeperking. Wanneer niet alle criteria zijn vervuld, zal de afspraak onder het kartelverbod vallen en verboden zijn.

2.3 ACM (concept) Leidraad duurzaamheidsafspraken 2020

Aanleiding

De ACM zag aanleiding voor een vernieuwing van het Visiedocument 2014 en heeft derhalve in 2020 de (concept) Leidraad duurzaamheidsafspraken gepubliceerd. Deze Leidraad beschrijft de mogelijkheden die er zijn in het mededingingsrecht voor ondernemingen om afspraken te maken om de economie en de samenleving duurzamer te maken. Aanleiding voor de Leidraad is dat de maatschappelijke, beleidsmatige en juridische aandacht voor klimaatverandering en duurzame ontwikkeling in de afgelopen jaren aanzienlijk is toegenomen.⁹⁸ Duurzaamheidsafspraken zijn volgens de ACM “*afspraken tussen ondernemingen en besluiten van ondernemingsverenigingen die gericht zijn op het identificeren, voorkomen, beperken of herstellen van de negatieve impact van economische activiteiten op mensen (inclusief hun arbeidsomstandigheden), dieren, milieu of natuur*”.⁹⁹ Daarmee sluit de ACM aan bij de omschrijving van de VN-resolutie 66/288 uit 2020.¹⁰⁰

⁹³ Visiedocument 2014, p. 15-16; Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101/110), par. 88.

⁹⁴ Visiedocument 2014, p. 16-17; Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101/107), par. 74.

⁹⁵ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101/108), par. 80.

⁹⁶ Visiedocument 2014, p. 17.

⁹⁷ Visiedocument 2014, p. 17-18.

⁹⁸ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 3-4.

⁹⁹ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 5.

¹⁰⁰ Resolutie 66/288 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (27 juli 2012), *The future we want*, *UN Doc A/RES/66/288*; Zie ook Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 11.

Inhoud Leidraad en mogelijkheden

De Leidraad onderscheidt drie soorten situaties en geeft, ten opzichte van het eerdere Visiedocument uit 2014, een ruimere uitleg aan de concurrentieregels voor gezamenlijke duurzaamheidsinitiatieven van ondernemingen.¹⁰¹ De drie situaties zullen hierna besproken worden, waarbij tevens de verschillen met het oudere Visiedocument aangegeven worden.

De eerste mogelijkheid betreft duurzaamheidsafspraken zonder mededingingsbeperkingen. Deze afspraken vallen niet onder het kartelverbod en zijn daarom zonder meer toegestaan. Dit zijn bijvoorbeeld afspraken die betrekking hebben op minder belangrijke concurrentieparameters en waarvan het effect op de concurrentie verwaarloosbaar is.¹⁰²

De tweede mogelijkheid die de ACM beschrijft is wanneer afspraken onder de wettelijke vrijstelling van het kartelverbod vallen.¹⁰³ In dat geval moet de afweging worden gemaakt aan de hand van dezelfde vier cumulatieve voorwaarden als reeds genoemd in paragraaf 2.2. De ACM neemt bij toetsing aan lid 3 van artikel 6 Mededingingswet en artikel 101 VWEU de richtsnoeren van de Europese Commissie, de relevante nationale en Europese jurisprudentie en de Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016 als uitgangspunt.¹⁰⁴ Deze vereisten zullen voor de volledigheid nogmaals (kort) worden opgesomd. Tevens zal worden vermeld waar de Leidraad verschilt van het Visiedocument.

Eerste voorwaarde voor uitzondering kartelverbod

De eerste voorwaarde voor de vrijstelling wordt aangevuld. Feit blijft dat de afspraken efficiëntievoordelen moeten opleveren en dat deze voordelen objectief en duidelijk waarneembaar moeten zijn.¹⁰⁵ In de Leidraad wordt echter gesteld dat wanneer cijfermatige gegevens voorhanden zijn of eenvoudig kunnen worden verzameld, het voor de hand ligt om deze bij de onderbouwing te betrekken.¹⁰⁶

Tweede voorwaarde voor uitzondering kartelverbod

De tweede voorwaarde houdt in dat de bestaande dan wel toekomstige gebruikers van de betrokken producten een billijk aandeel van de voordelen moeten ontvangen.¹⁰⁷ Hierin wordt het standpunt van de Europese Commissie herhaald: de gebruikers moeten ten minste worden gecompenseerd voor de nadelen die zij van de mededingingsbeperking ondervinden.¹⁰⁸ Echter wordt in de Leidraad een uitzondering hierop genoemd. Van dit uitgangspunt mag volgens de ACM afgeweken worden indien (i) de afspraak is gericht op het voorkomen of beperken van evidente milieuschade, én (ii) de afspraak een efficiënte bijdrage levert aan de naleving van een internationale of nationale norm ter voorkoming van milieuschade waaraan de overheid is

¹⁰¹ ACM 2020.

¹⁰² (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 5, 7-9.

¹⁰³ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 10.

¹⁰⁴ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 10.

¹⁰⁵ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 10-11.

¹⁰⁶ GvEA EG 11 juli 1996, gevoegde zaken T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, ECLI:EU:T:1996:99 (*Métropole télévision*), par. 119-120.

¹⁰⁷ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 11-18; Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101/103 en 110), par. 43 en 85.

¹⁰⁸ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101/103), par. 43.

gebonden.¹⁰⁹ Hierbij dient opgemerkt te worden dat de ACM afwijkt van de visie van de Europese Commissie. De ACM formuleert namelijk een uitzondering op het uitgangspunt van de Europese Commissie, die de Europese Commissie zelf niet (expliciet) heeft opgenomen in haar Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU.¹¹⁰ Wat betreft de eerste voorwaarde is in paragraaf 149 van de richtsnoeren een voorbeeld opgenomen inzake het beperken van (evidente) milieuschade. Het feit dat de afspraak een gunstige uitwerking zou hebben op het milieu wordt meegenomen in de analyse, doordat een lager brandstofverbruik de gebruikers ten goede zal komen. Mijns inziens kan hier inderdaad een dergelijke voorwaarde uit worden afgeleid. Dit is echter anders met betrekking tot de tweede voorwaarde. In paragraaf 331 van de richtsnoeren is een voorbeeld opgenomen met betrekking tot een bepaalde milieudoelstelling van een regering, waarbij in de analyse werd geoordeeld dat géén sprake was van een mededingingsbeperkende afspraak. Hieruit heeft de ACM de eerdergenoemde tweede voorwaarde willen afleiden. Echter heeft de ACM – naar mijn mening – dit voorbeeld verkeerd geïnterpreteerd, daar in paragraaf 332 eenzelfde voorbeeld is opgenomen waarin wél sprake was van een mededingingsbeperkende afspraak. Volgens het specifieke voorbeeld van deze richtsnoeren kan het feit dat een afspraak helpt een milieudoelstelling te bereiken enkel leiden tot vrijstelling indien ook “a) de overeenkomst vrijwillig is gesloten, b) de norm met de belangrijkste importeurs op open en transparante wijze is overeengekomen, c) de kosten van overstappen gering zijn en d) de technische details van de norm voor nieuwe marktdeelnemers, importeurs en alle leveranciers van verpakkingen toegankelijk zijn”.¹¹¹ Volgens P. Jansen en S. Beeston lijkt de ACM de grammaticale grenzen van de beoordelingsvrijheid met betrekking tot de interpretatie van een ‘billijk aandeel’ niet te overschrijden, waardoor een ‘intelligente manier’ zou zijn gevonden om buiten het politieke spectrum te blijven en toch extra ruimte te creëren onder artikel 6 lid 3 Mw.¹¹² Mijns inziens kan de ACM echter niet zomaar deze tweede voorwaarde formuleren. Deze is namelijk een stuk genuanceerder dan zij in de (concept) Leidraad doet blijken. De geformuleerde tweede voorwaarde is daarom volgens E. van Damme nog niet verstandig en niet passend in de Europese context.¹¹³ Kortom, de ACM heeft een uitzondering afgeleid uit de richtsnoeren, maar de Europese Commissie erkent deze uitzondering niet als zodanig. Het is dus onzeker of een onderneming die de uitzondering van de ACM inroept, beschermd is. In geval van een interstatelijk effect is namelijk ook de Europese Commissie – naast de ACM – bevoegd tot handhaving.¹¹⁴ De praktische toepasbaarheid van de (concept) Leidraad wordt hierdoor beperkt.¹¹⁵ De ACM vervolgt dat voor de afweging van de voor- en nadelen van duurzaamheidsafspraken in sommige gevallen een kwalitatieve onderbouwing voldoende is. Er is geen kwantificering nodig indien (i) de betrokken ondernemingen gezamenlijk een beperkt marktaandeel hebben (niet meer dan 30%) of (ii) de nadelen voor de mededinging duidelijk geringer zijn dan de voordelen van de afspraak. Vóór het uitbrengen van de Leidraad moesten de voor- en nadelen vaak berekend worden.¹¹⁶

¹⁰⁹ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 12.

¹¹⁰ Het betreft in het navolgende telkens de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (*PbEU* 2011, C 11).

¹¹¹ Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (*PbEU* 2011, C 11/69), par. 331.

¹¹² Jansen & Beeston, *M&M* 2020, p. 148-149.

¹¹³ Van Damme, *M&M* 2020, p. 177.

¹¹⁴ Dit is reeds vastgesteld in paragraaf 2.1. Het Nederlandse en Europese mededingingsrecht worden dan gelijktijdig toegepast.

¹¹⁵ Jansen & Beeston, *M&M* 2020, p. 151.

¹¹⁶ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 12-17.

Derde voorwaarde voor uitzondering kartelverbod

Het noodzakelijkheidsvereiste blijft hetzelfde. Dit derde criterium voor de vrijstelling van het kartelverbod houdt in dat er realistisch gezien geen andere, minder mededingingsbeperkende mogelijkheid is om hetzelfde doel te bereiken. In dat geval is de duurzaamheidsafspraken noodzakelijk voor het realiseren van het doel en de daaruit voortvloeiende voordelen.¹¹⁷

Vierde voorwaarde voor uitzondering kartelverbod

Het vierde criterium – dat voldoende restconcurrentie moet overblijven – blijft ook onveranderd. Zolang betrokken marktpartijen op belangrijke parameters met elkaar kunnen blijven concurreren, zal nog steeds voldoende ruimte zijn voor onderlinge concurrentie, zelfs bij marktdekkende duurzaamheidsafspraken.¹¹⁸

De ACM stelt dat ondernemingen die twijfelen over de toelaatbaarheid van hun afspraken in overleg met de ACM kunnen treden. Uitgangspunt is dus nog steeds een *self assessment*, maar de ACM biedt de mogelijkheid om – het liefst in een vroegtijdig stadium – van gedachten te wisselen. De ACM zal in dat geval meedenken over mogelijke oplossingen. Het handhavingsbeleid van de ACM is, volgens de Leidraad, erop gericht om oplossingen voor eventuele knelpunten te vinden en zij zal niet direct overgaan tot het opleggen van boetes, wanneer partijen zorgdragen voor bijstelling van afspraken op verzoek van de ACM. Dit geldt voor duurzaamheidsafspraken die tijdig met de ACM zijn besproken en waarbij de ACM geen grote risico's heeft gezien, maar die later toch in strijd met de Mededingingswet blijken te zijn. Hetzelfde geldt voor duurzaamheidsafspraken die publiekelijk bekend zijn gemaakt en waarbij de Leidraad te goeder trouw is gevolgd.¹¹⁹ Dit betreft dus een belangrijke verandering ten opzichte van het oudere Visiedocument van 2014.¹²⁰ Een andere toevoeging is dat in de Leidraad meer voorbeelden zijn opgenomen om te laten zien welke afspraken wel en welke niet toegestaan zijn.

De derde situatie die wordt genoemd betreft de situatie waarin de ACM concludeert dat een duurzaamheidsinitiatief niet in overeenstemming met de Mededingingswet kan worden gebracht. Ondernemingen kunnen er dan voor kiezen om (i) het initiatief voor te leggen aan de wetgever, of (ii) een verzoek tot de minister van Economische Zaken en Klimaat te richten.¹²¹ Dit laatste zal wellicht in de toekomst mogelijk zijn, indien het wetsvoorstel 'Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven' wordt aangenomen. Dit wetsvoorstel zal onder paragraaf 3.1 uitgebreid aan bod komen.

Concluderend is het duidelijk dat de ACM een stapje verder is gegaan bij de interpretatie van de concurrentieregels voor gezamenlijke duurzaamheidsinitiatieven van ondernemingen. De ACM is namelijk van mening dat afspraken tussen bedrijven kunnen bijdragen aan publieke doelen van duurzame ontwikkeling. Nederland wil graag de maximale ruimte opzoeken om duurzaamheidsafspraken mogelijk te maken. Hiermee is de ACM de eerste mededingingsautoriteit in de Europese Unie die een dergelijk openbaar (formeel) standpunt

¹¹⁷ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 18.

¹¹⁸ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 18.

¹¹⁹ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 19.

¹²⁰ Hierbij dient te worden opgemerkt dat de ACM reeds sinds 2017 terughoudender toetst in dergelijke gevallen (ACM-beleid en duurzaamheid).

¹²¹ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 19; Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 2.

over deze kwestie inneemt.¹²² De nieuwe Leidraad heeft dus een vooruitziend en vooruitstrevend karakter, waarmee zij verdere discussie over dit onderwerp wil stimuleren.¹²³ Zoals vermeld in paragraaf 2.1, heeft de Europese Commissie haar steun uitgesproken voor het standpunt van de ACM door aan te geven dat er behoefte is aan duidelijke richtlijnen op dit gebied. Omdat de Europese Commissie echter de noodzaak van de een uniforme aanpak benadrukt, is het interessant om te zien hoe deze kwestie zich zal ontwikkelen.

¹²² Tóth 2018, p. 8.

¹²³ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 20.

3. Het voorstel van Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven

Eerst zal het wetsvoorstel ‘Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven’ in de huidige vorm - inclusief aanpassingen - worden besproken en uiteengezet. Daarbij zal de aanleiding voor het wetsvoorstel worden besproken en daarna zullen de reikwijdte en de vereisten aan bod komen. Hierbij zal ook de MvT meegenomen worden om zo een compleet beeld te geven van het wetsvoorstel. Vervolgens zal de kritiek van de RvS op het originele wetsvoorstel worden geanalyseerd, waarbij ook de relevante Europese jurisprudentie wordt genoemd. Bovendien worden de aanpassingen van de regering betreffende het wetsvoorstel naar aanleiding van de kritiekpunten van de RvS besproken. Ten slotte worden de aanpassingen geanalyseerd en wordt getoetst of deze aanpassingen de kritiekpunten van de RvS (in voldoende mate) wegnemen.

3.1 Aanleiding, reikwijdte en vereisten van het wetsvoorstel

Aanleiding

Het wetsvoorstel beoogt de mededingingsrechtelijke problemen, zoals geschetst in de inleiding, weg te nemen. Door het wetsvoorstel zouden duurzaamheidsinitiatieven in strijd met de Mededingingswet, die voorheen dus vroegtijdig zouden stranden door het kartelverbod, alsnog doorgang kunnen vinden. In de MvT wordt gesteld dat het wetsvoorstel beoogt “*partijen te helpen duurzaamheidsinitiatieven te realiseren door de mogelijkheid te creëren hun initiatieven om te laten zetten in algemeen verbindende voorschriften*”.¹²⁴

Om ervoor te zorgen dat de samenleving wordt verduurzaamd, bestaat de noodzaak voor burgers, ondernemingen en organisaties in Nederland om samen te werken.¹²⁵ Het is om de volgende drie redenen voordelig voor organisaties en ondernemingen om afspraken te maken waarbij (een groot deel van) een bepaalde sector betrokken is. Ten eerste is het mogelijk dat, om een bepaald duurzaamheidsdoel te behalen, een individueel duurzaamheidsinitiatief soms te weinig effect heeft. Significante milieuwinst kan (vaak) enkel worden behaald wanneer een grote groep zich aansluit bij een initiatief.¹²⁶ Ten tweede bestaat het gevaar dat het zogeheten *first mover disadvantage* optreedt, indien enkel een kleine groep zich aansluit bij het initiatief. Dit betekent dat een bepaalde ondernemer voor een duurzaamheidsinvestering geld kwijt is aan het onderzoek en de uitvoering van een initiatief. Het ‘eerste’ bedrijf zal dus (veel) geld kwijt zijn aan de investering en minder omzet behalen, waardoor dit onaantrekkelijk is. Indien bedrijven wél zouden samenwerken, zouden de kosten verdeeld kunnen worden. Hierdoor wordt het voor een (grote) groep ondernemingen aantrekkelijker gemaakt om te investeren in duurzaamheidsinitiatieven.¹²⁷ Ten derde kunnen, wanneer afspraken worden gemaakt op (te) kleine schaal, potentiële problemen in waardeketens ontstaan. In het kader van maatschappelijk verantwoord ondernemen krijgen bedrijven namelijk te maken met complexe situaties: zij moeten de mogelijke negatieve impact van hun handelen in de keten identificeren, voorkomen en verminderen. Wanneer veel partijen samenwerken is de kans vaak groter dat bedrijven de betreffende problemen kunnen identificeren en oplossen.¹²⁸

¹²⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 1.

¹²⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 2.

¹²⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 3.

¹²⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 3.

¹²⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 3.

Met betrekking tot gezamenlijke duurzaamheidsinitiatieven bestaan echter ook problemen, de drie voornaamste problemen worden in de MvT besproken. Ten eerste bestaat de *free rider*-problematiek. Dit ontstaat wanneer partijen die niet aan het initiatief meedoen, wel profiteren van de voorzieningen die het initiatief oplevert, zonder dat zij daarvoor investeringen hebben hoeven doen.¹²⁹

Ten tweede kunnen ook coördinatieproblemen ontstaan, aangezien één bepaalde partij die meedoet aan het initiatief het voortouw moet nemen en dit vaak niet tot de kernactiviteiten van de betreffende marktpartij behoort en bovendien geld en tijd kost. Daarom zullen bedrijven over het algemeen niet graag het initiatief nemen.¹³⁰

Ten derde bestaan ook situaties waarin het initiatief op gespannen voet staat met het kartelverbod, waardoor het betreffende initiatief niet is toegestaan. Doordat sprake is van een *self assessment* en partijen deze beoordeling in veel gevallen ingewikkeld vinden, komen afspraken vaak niet tot stand.¹³¹

Deze problemen leiden dus (dikwijls) tot ontmoediging bij burgers, maatschappelijke organisaties en bedrijven om tot afspraken te komen. Het wetsvoorstel beoogt deze problemen weg te nemen, zodat partijen zich niet meer kunnen onttrekken aan het uitvoeren van een duurzaamheidsinitiatief dat is omgezet in regelgeving, de overheid een bepalende rol kan worden toebedeeld en partijen een verzoek kunnen indienen om (een deel van) een initiatief te vertalen in regelgeving, waarbij de wetgever een eigenstandige afweging zal maken met betrekking tot de wenselijkheid om deze regels te stellen.¹³²

Reikwijdte wetsvoorstel

Nu de aanleiding en het belang van het wetsvoorstel zijn besproken, zal het wetsvoorstel zelf nader geanalyseerd worden. Het wetsvoorstel bevat een delegatiegrondslag, dat een duurzaamheidsinitiatief in een algemene maatregel van bestuur (hierna: “AMvB”) kan vertalen. Hierdoor is het noodzakelijk om deze brede delegatiegrondslag de begrenzen. De reikwijdte wordt begrensd door (i) de definitie duurzame ontwikkeling en (ii) het onderwerp van het verzoek. In het wetsvoorstel is ten eerste opgenomen dat de regels enkel kunnen worden gesteld in het belang van de duurzame ontwikkeling.¹³³ De precieze reikwijdte van dit begrip is niet eenvoudig eenduidig te definiëren en derhalve wordt aangesloten bij de brede definitie van duurzaamheid zoals opgenomen in Resolutie 66/288 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties van 27 juli 2012.¹³⁴ Duurzame ontwikkeling wordt daar gedefinieerd als: “ontwikkeling naar een economische, sociale en milieuvriendelijke duurzame toekomst voor de aarde en voor huidige en toekomstige generaties”.¹³⁵ Ten tweede kan een verzoek enkel betrekking hebben op een beperkt aantal onderwerpen. Dit is noodzakelijk om de wet goed te kunnen uitvoeren, daar het nog onbekend is hoeveel verzoeken zullen worden ingediend en zo de uitvoeringsproblemen kunnen worden beperkt.¹³⁶ Verzoeken kunnen worden ingediend met betrekking tot “*de vermindering van de uitstoot van broeikasgassen ten aanzien van elektriciteit, gebouwde omgeving, industrie, landbouw en landgebruik en mobiliteit*” en

¹²⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 4; Bressers, De Bruijn & Lulofs, *Beleidswetenschap* 2004, p. 242-268.

¹³⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 4.

¹³¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 5.

¹³² Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 5 en 7.

¹³³ Art. 1 wetsvoorstel (Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 2); Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 11.

¹³⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 11; Resolutie 66/288 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (27 juli 2012), *The future we want*, UN Doc A/RES/66/288.

¹³⁵ Art. 1 wetsvoorstel (Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 2).

¹³⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 11-12.

“*duurzame energieproductie of energiebesparing*”.¹³⁷ De keuze voor deze onderwerpen heeft te maken met de verplichting – die voortvloeit uit het Klimaatakkoord van Parijs – tot vermindering van de uitstoot van broeikasgassen waaraan voldaan moet worden.¹³⁸ Het is tevens mogelijk een verzoek in te dienen met betrekking tot de onderwerpen dierenwelzijn of diergezondheid.¹³⁹ De precieze reikwijdte van het wetsvoorstel is lastig vast te stellen, aangezien deze onderwerpen breed gedefinieerd zijn. Daarbij is het ook mogelijk dat op grond van het wetsvoorstel andere onderwerpen worden toegevoegd door middel van een AMvB, wanneer dit in de toekomst wenselijk blijkt te zijn.¹⁴⁰ Met betrekking tot de reikwijdte is nog een derde aspect interessant. Initiatieven zullen in de regel voor iedereen in Nederland gelden, maar er bestaan twee situaties waarin het mogelijk is om een duurzaamheidsvoorstel slechts voor een bepaalde regio algemeen geldend te maken. In de eerste plaats betreft dit situaties waarbij de initiatiefnemers het initiatief op kleine schaal willen testen voordat het landelijk wordt uitgerold en in de tweede plaats gaat het om duurzaamheidsinitiatieven die zien op een probleem dat specifiek in een bepaald gebied speelt.¹⁴¹

Verder stelt het wetsvoorstel diverse voorwaarden aan het verzoek. Ten eerste dient er een omschrijving van het te bereiken doel te zijn, wat door het initiatief bereikt zal moeten worden. Verder is een beschrijving vereist van het draagvlak onder degenen die de regels zullen moeten naleven, onder degenen voor wie het verzoek gevolgen heeft en onder maatschappelijke organisaties die zich bezighouden met het duurzaamheidsbelang dat wordt nagestreefd. Bovendien moet worden onderbouwd wat de gevolgen van de voorgestelde regels zijn die in regelgeving opgenomen zouden moeten worden. Ten slotte zullen de indienende partijen moeten beschrijven hoe zij zullen bijdragen aan het toezicht op de naleving van de te stellen regels en de handhaving daarvan.¹⁴²

Beoordeling verzoek na indiening

Na deze indieningsfase volgt de beoordelingsfase, waarin de minister in beginsel zes maanden de tijd heeft om de mogelijkheid en wenselijkheid van het verzoek te beoordelen. In het wetsvoorstel zijn enkele niet-limitatieve beoordelingscriteria opgenomen, zoals (i) de mate van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de te stellen regels, (ii) de subsidiariteit en (iii) de proportionaliteit. Daarnaast is ook een niet-limitatieve opsomming gegeven van redenen om niet over te gaan tot het stellen van regels, waardoor partijen vooraf duidelijkheid hebben over enkele situaties waarin een duurzaamheidsinitiatief niet zal worden vertaald in regelgeving. Hiervan is sprake indien (i) de situatie in strijd zou zijn met internationaal recht of een regeling van hogere orde, (ii) er al een bestaande grondslag is en (iii) regels naar hun aard niet in een wet zouden moeten worden opgenomen.¹⁴³

De minister is verplicht advies in te winnen van een nader te bepalen onafhankelijke partij over de door partijen aangedragen onderbouwing van de gevolgen van een initiatief. Verder dient de minister de ACM in staat te stellen advies uit te brengen over de markteffecten van de

¹³⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 12.

¹³⁸ Overeenkomst van Parijs (*Trb.* 2016, 94).

¹³⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 12.

¹⁴⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 12-13; Art. 2 lid 3 wetsvoorstel (Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 2).

¹⁴¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 13.

¹⁴² Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 14-17; Art. 3 wetsvoorstel (Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 2).

¹⁴³ Art. 4 wetsvoorstel (Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 2); Zie ook Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 18-20.

voorgestelde regels.¹⁴⁴ Deze adviezen dienen ter ondersteuning van de besluitvorming ten aanzien van een ingediend verzoek.¹⁴⁵ Wanneer de minister voldoende overtuigd is van de inhoudelijke wenselijkheid, zal de minister het duurzaamheidsinitiatief omvormen tot regelgeving en ter consultatie brengen.¹⁴⁶ Daarna wordt deze middels de zogenaamde ‘voorhangprocedure’ aan de Tweede en Eerste Kamer voorgelegd. Hierdoor krijgt het parlement inzicht in en de mogelijkheid zich uit te spreken over de te stellen regels.¹⁴⁷

Het wetsvoorstel voorziet, reeds in de consultatiefase, in het zogeheten *right to challenge*. Dit is de mogelijkheid voor het verlenen van een ontheffing of vrijstelling van de regels die worden gesteld in een regeling op grond van dit wetsvoorstel, indien “*met de aanvraag waarvoor de vrijstelling of ontheffing wordt verleend aantoonbaar ten minste op een gelijkwaardige wijze aan de duurzame ontwikkeling wordt bijgedragen*”.¹⁴⁸

Duurzaamheidsinitiatieven die op grond van de wet tot regelgeving leiden, zullen in beginsel voor maximaal vijf jaar gelden. De regeling wordt uiterlijk na afloop van deze periode geëvalueerd en zal automatisch komen te vervallen indien de regeling niet het gewenste resultaat heeft. Echter kan de regeling ook eenmalig met vijf jaar worden verlengd indien dit gewenst blijkt.¹⁴⁹ Ook bestaat de mogelijkheid dat geslaagde en waardevolle regelgeving voor het einde van deze periode zal worden omgezet in reguliere wetgeving.¹⁵⁰

3.2 Kritiek van de Raad van State op het wetsvoorstel

Advies naar aanleiding van het wetsvoorstel

De Afdeling advisering van de RvS heeft, naar aanleiding van het wetsvoorstel ‘Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven’, op 10 september 2020 advies uitgebracht. De RvS stelt dat dit wetsvoorstel zorgt voor “*een grondslag en een daaraan gekoppelde procedure voor regelgeving op verzoek*”.¹⁵¹ Bovendien onderkent de RvS het belang van maatschappelijke duurzaamheidsinitiatieven en de behoefte aan zekerheid van ondernemers die duurzaamheidsafspraken willen maken. De RvS is van mening dat een wettelijke regeling voor dergelijke initiatieven een oplossing kan bieden voor de problematiek die bestaat rondom dit onderwerp, maar heeft bezwaren tegen de vorm van het betreffende wetsvoorstel.¹⁵² Derhalve heeft de RvS geadviseerd het voorstel niet bij de Tweede Kamer in te dienen.¹⁵³

De belangrijkste punten van bezwaar zullen besproken worden, waarna in paragraaf 3.3 zal worden geanalyseerd of de regering een passende oplossing heeft bedacht voor deze

¹⁴⁴ Art. 5 wetsvoorstel (Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 2); Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 20-21.

¹⁴⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 22.

¹⁴⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 22-23.

¹⁴⁷ Art. 6 en 7 wetsvoorstel (Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 2); Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 23.

¹⁴⁸ Art. 8 wetsvoorstel (Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 2); Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 24; Koeman & Deza de Massiac, *M&M* 2020, p. 204.

¹⁴⁹ Art. 10 wetsvoorstel (Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 2); Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 24-25.

¹⁵⁰ Zie ook Korsten, *Bb* 2019/83, p. 75-84.

¹⁵¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 2-3.

¹⁵² De problematiek waarnaar de RvS verwijst, betreft de problematiek welke is aangehaald door de regering in de MvT.

¹⁵³ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 1-2.

kritiekpunten. De volgende bezwaren zullen aan bod komen: (i) de invloed van particulieren op wetgeving, (ii) de aantasting van het primaat van de wetgever, (iii) het risico van juridisering van politieke besluitvorming, en (iv) de Europeesrechtelijke bezwaren die de effectiviteit van het wetsvoorstel kunnen aantasten.

Eerste punt van bezwaar

Het eerste kritiekpunt betreft de invloed van particulieren op de wetgeving. De RvS stelt dat het uitgangspunt is dat de wetgever, op grond van een integrale belangenafweging, algemeen verbindende voorschriften tot stand brengt en dat door het wetsvoorstel het gevaar bestaat dat de (deel)belangen van particuliere partijen in het wetgevingsproces gaan prevaleren boven het algemeen belang.¹⁵⁴ Bovendien moet een initiatiefnemer bij het verzoek tot regelgeving ook een voorstel voor de te stellen regels voegen, waardoor particuliere partijen nog meer invloed hebben op de regelgeving, aldus de RvS.¹⁵⁵ Ook de vrijheid van de wetgever om te oordelen over nut, noodzaak en proportionaliteit van een duurzaamheidsinitiatief zou worden aangetast, doordat in het wetsvoorstel reeds verschillende afwijzingsgronden zijn opgenomen. Er zou onvoldoende zijn gespecificeerd hoeveel ruimte de minister heeft om andere afwijzingsgronden te hanteren.¹⁵⁶

Tweede punt van bezwaar

Volgens de RvS wordt het primaat van de wetgever aangetast, daar het voorstel een delegatie van een weinig begrensde bevoegdheid biedt aan de minister om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen in een ministeriële regeling.¹⁵⁷ Bij delegatie van regelgevende bevoegdheid, dient deze zo concreet mogelijk te worden begrensd, terwijl in het wetsvoorstel ervoor is gekozen om de hoofdlijnen, de voornaamste normen over duurzaamheid, de reikwijdte-bepalende elementen en de sanctionering juist *niet* concreet te begrenzen. De wetgever behoort zelf de “voornaamste (rechtspolitieke) keuzes over de inhoud van het recht in wettelijke regelingen te maken” en niet de minister. Bovendien wordt volgens de RvS dit kritiekpunt niet weggenomen door de in het wetsvoorstel opgenomen voorhangprocedure.¹⁵⁸

Derde punt van bezwaar

Het risico van juridisering van politieke besluitvorming vormt het derde punt van bezwaar. De RvS vreest ervoor dat door dit wetsvoorstel de weigering of inwilliging van een verzoek alsmede de inhoud van een wettelijke regeling onderwerp van rechterlijke toetsing zal worden, doordat discussie zal ontstaan over het feit of een verzoek al dan niet terecht is toe- of afgewezen. Daardoor komt de beoordeling van het voorstel bij de rechter te liggen, in plaats van bij de minister.

Vierde punt van bezwaar

Ten slotte noemt de RvS nog twee Europeesrechtelijke bezwaren die de effectiviteit van het wetsvoorstel kunnen aantasten. Mogelijk zou sprake kunnen zijn van strijd met het *effet utile*

¹⁵⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 5.

¹⁵⁵ Art. 3 lid 1 onder a wetsvoorstel (Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 5).

¹⁵⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 5-6.

¹⁵⁷ In het oorspronkelijke wetsvoorstel stelde de minister een ministeriële regeling in plaats van een AMvB; Art. 12 en 13 wetsvoorstel (Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 9).

¹⁵⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 9.

(het zogenaamde ‘nuttig effect’ van het mededingingsrecht) en strijd met (één van) de vier vrijheden van de Europese interne markt. Wanneer een lidstaat wetgeving die strijdig is met artikel 101 VWEU oplegt, begunstigt, dan wel de werking ervan versterkt of aan een eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten over te laten aan particuliere marktdeelnemers, handelt zij in strijd met artikel 101 VWEU en artikel 4 lid 3 VEU, aldus vaste jurisprudentie van het HvJ EU.¹⁵⁹ Hieruit kan worden afgeleid dat de wetgever slechts “*onder bepaalde voorwaarden ondernemingen het initiatief mag geven om in bepaalde situaties afspraken te maken die in algemeen verbindende voorschriften worden omgezet*”.¹⁶⁰ Die voorwaarden bestaan er onder meer uit dat een minister nog altijd de bevoegdheid heeft om een ontwerpregeling af te wijzen en te wijzigen, dat advies wordt ingewonnen van andere openbare en particuliere organisaties voordat de regeling algemeen verbindend wordt verklaard en dat de mogelijkheid behouden blijft om in uitzonderlijke gevallen af te wijken van de regels.¹⁶¹ Het feit dat partijen een verzoek kunnen indienen waarbij zij object, inhoud en reikwijdte in ruime mate kunnen bepalen, resulteert volgens de RvS in een risico dat marktpartijen door de uitwerking van het initiatief materieel toch afspraken maken die onder het kartelverbod vallen.¹⁶²

Het tweede Europeesrechtelijke bezwaar betreft het feit dat het toestaan van duurzaamheidsinitiatieven mogelijk in strijd kan zijn met (één van) de vier vrijheden van de Europese interne markt.¹⁶³ Enkel indien Europese regelgeving ruimte biedt voor de voorgestelde regels, kan het verzoek worden ingewilligd. Echter bevat de MvT weinig informatie met betrekking tot de ruimte die primair en secundair Unierecht biedt voor nationale regelgeving, terwijl ook aan deze regelingen voldaan moet zijn.¹⁶⁴ Bovendien zal, indien er geen secundair Unierecht bestaat, getoetst moeten worden aan de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer. De RvS noemt strijdigheid met artikel 28 VWEU – het vrije verkeer van goederen – als grootste knelpunt.¹⁶⁵ Telkens zal getoetst moeten worden of het initiatief voldoet aan de voorwaarden van (onder andere) artikel 28 VWEU. Derhalve moet sprake zijn van een in artikel 36 VWEU genoemde rechtvaardigingsgrond, moet de getroffen maatregel geschikt zijn om het nagestreefde doel te waarborgen en mag deze niet verder gaan dan noodzakelijk is. Daarnaast moet de maatregel non-discriminatoire zijn.¹⁶⁶ Volgens de RvS is aan deze beperkingen van de vrijeverkeersbepalingen niet voldoende aandacht besteed.¹⁶⁷

3.3 Aanpassingen wetsvoorstel door regering

Aanpassing naar aanleiding van advies

In paragraaf 3.2 zijn de bezwaren van de RvS aan bod gekomen. Zoals reeds gesteld, heeft de RvS naar aanleiding van deze bezwaren, geadviseerd om het wetsvoorstel niet in te dienen bij de Tweede Kamer. Als reactie hierop, heeft de regering het wetsvoorstel aangepast om zo een oplossing voor de kritiekpunten te bieden. Deze aanpassingen zullen hier besproken worden.

¹⁵⁹ HvJ EU 4 september 2014, gevoegde zaken C-184/13 t/m C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, ECLI:EU:C:2014:2147 (API), par. 29.

¹⁶⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 13-14.

¹⁶¹ HvJ EU 19 februari 2002, C-35/99, ECLI:EU:C:2002:97 (Arduino).

¹⁶² Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 13-14.

¹⁶³ Een duurzaamheidsinitiatief kan natuurlijk ook in strijd zijn met een andere bepaling van het Europese wet- en regelgeving. Dit zal verder echter onbesproken blijven, aangezien de minister – net als bij de vrij verkeer bepalingen – zal moeten beoordelen wat de ruimte is in deze Europese regelgeving.

¹⁶⁴ Art. 4 onder b wetsvoorstel (Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 15).

¹⁶⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 15-16.

¹⁶⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 30; Art. 36 VWEU.

¹⁶⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 16.

Bovendien zal worden geanalyseerd of de voorgestelde aanpassingen daadwerkelijk een oplossing bieden voor de volgende kritiekpunten: (i) de invloed van particulieren op wetgeving, (ii) de aantasting van het primaat van de wetgever, (iii) het risico van juridisering van politieke besluitvorming, en (iv) de Europeesrechtelijke bezwaren die de effectiviteit van het wetsvoorstel kunnen aantasten.¹⁶⁸

Aanpassing eerste punt van bezwaar

Het kritiekpunt dat het wetsvoorstel te veel invloed van particulieren op de wetgeving toelaat, heeft de regering erkend in de aangepaste versie van het wetsvoorstel en toegelicht in het Nader Rapport in reactie op het advies van de RvS.¹⁶⁹ Artikel 4 van het wetsvoorstel is aangepast door te verduidelijken dat sprake dient te zijn van een eigenstandige, integrale belangenafweging door de beoordelaar. De beoordelaar van het initiatief is de voor het beleidsterrein verantwoordelijke minister.¹⁷⁰ De expliciete belangenafweging wordt benadrukt doordat de beoordelaar bij een dusdanige afweging rekening zal moeten houden met een aantal, niet uitputtende, beoordelingscriteria. Bovendien is opgenomen dat bij deze afweging dient te worden beoordeeld of het stellen van regels in het algemeen belang is.¹⁷¹ Door specifiek de afweging op te nemen in het aangepaste wetsvoorstel, neemt de regering dus het kritiekpunt van te veel invloed van particulieren op de wetgeving weg.¹⁷² Dit zorgt ervoor dat de regering de uiteindelijke beslissing (en de daarbij behorende afweging) maakt. Bovendien merkt de regering op dat private partijen altijd al (in)formeel een rol hebben in het wetgevingsproces, doordat zij op grond van artikel 5 Grondwet een recht hebben om een verzoek tot regelgeving te doen. Het wetsvoorstel kan dan ook gezien worden als een versnelde uitwerking van dit recht voor initiatieven op het gebied van duurzaamheid. Dit toont overeenkomsten met het zogenaamde burgerinitiatief, waar de RvS zich nooit eerder negatief over heeft uitgelaten.¹⁷³ Dat de RvS wel vele staatsrechtelijke bezwaren noemt tegen dit specifieke wetsvoorstel, waarbij het gaat om een duurzaamheidsinitiatief in plaats van een burgerinitiatief, is dan ook op zijn minst vreemd. Ook is het volgens de regering noodzakelijk dat bij grote maatschappelijke opgaven op het terrein van duurzaamheid regelgeving in samenspraak met particuliere partijen tot stand komt.¹⁷⁴ Het door de RvS genoemde risico dat een verzoek zou worden toegewezen, omdat geen sprake is van een expliciete afwijzingsgrond en het niet duidelijk is hoeveel ruimte bestaat voor het toepassen van een andere afwijzingsgrond, ziet de regering niet. Deze afwijzingsgronden zijn niet-limitatief, waardoor de minister ook andere gronden kan gebruiken om een verzoek af te wijzen.¹⁷⁵ Concluderend hebben particulieren evenveel invloed op nieuwe wet- en regelgeving met betrekking tot duurzaamheid als bij andere wet- en regelgeving.

¹⁶⁸ Dit zijn de kritiekpunten van de RvS die reeds onder paragraaf 3.2 zijn besproken.

¹⁶⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 6.

¹⁷⁰ De regels zullen altijd in overeenstemming met de minister van Economische Zaken en Klimaat worden vastgesteld; Artikel 2 wetsvoorstel (Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4).

¹⁷¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 6-7.

¹⁷² Koeman & Deza de Massiac, *M&M* 2020, p. 205.

¹⁷³ Een concreet onderwerp van een burgerinitiatief dient in de Tweede Kamer te worden besproken indien er meer dan 40.000 handtekeningen zijn verzameld; Commissie voor de Verzoekschriften en Burgerinitiatieven; Koeman & Deza de Massiac, *M&M* 2020, p. 205.

¹⁷⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 7.

¹⁷⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 8.

Aanpassing tweede punt van bezwaar

De RvS heeft ook bezwaar op het wetsvoorstel omdat het primaat van de wetgever zou worden aangetast. Het wetsvoorstel bevat een weinig begrensde bevoegdheid voor de minister om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen in een ministeriële regeling. De regering heeft dit punt willen aanpassen door de onderwerpen ten aanzien waarvan een verzoek kan worden ingediend in het wetsvoorstel zelf op te nemen. Bovendien heeft de regering gekozen voor de AMvB in plaats van de ministeriële regeling als implementatie instrument. Hierdoor kan de Eerste en Tweede Kamer zich direct uitspreken over de reikwijdte van het voorstel.¹⁷⁶ Bovendien is in het aangepaste wetsvoorstel een horizonbepaling opgenomen, terwijl in het oorspronkelijke voorstel geen vervaltermijn voor regelgeving was opgenomen. Door de horizonbepaling vervalt regelgeving, in beginsel, automatisch na vijf jaar en moet deze binnen deze periode worden geëvalueerd.¹⁷⁷ Deze aanpassing, in combinatie met de reeds opgenomen voorhangprocedure, geeft het kabinet meer controle, waardoor de kritiek met betrekking tot het primaat van de wetgever – mijns inziens – wordt weggenomen.¹⁷⁸

Aanpassing derde punt van bezwaar

Het derde punt van bezwaar betreft het risico van juridisering van politieke besluitvorming. De regering merkt hierbij op dat geen bestuursrechtelijk bezwaar of beroep kan worden ingesteld tegen een besluit op een verzoek. Dit is reeds in de MvT opgenomen en uitgelegd, maar de regering heeft er toch voor gekozen om de MvT te verduidelijken door te verwijzen naar artikel 6:2 Algemene wet bestuursrecht.¹⁷⁹ Aan dit kritiekpunt is dus niet veel aandacht besteed, aangezien dit reeds in de MvT was opgemerkt en het risico – volgens de regering – niet bestaat. Dit punt van bezwaar heeft enkel tot gevolg gehad dat de MvT is aangevuld met een korte verduidelijking. Ook ik ben van mening dat het beschreven gevaar niet aanwezig is, doordat concreet is opgenomen in de MvT dat geen bestuursrechtelijk bezwaar of beroep kan worden ingesteld.

Aanpassing vierde punt van bezwaar

Ten slotte resten de Europeesrechtelijke bezwaren van de RvS, die de effectiviteit van het wetsvoorstel zouden kunnen aantasten. Met betrekking tot het nuttig effect van het mededingingsrecht erkent de regering dat lidstaten daaraan geen afbreuk mogen doen. Er zal geen strijdigheid zijn met het beginsel van loyale samenwerking (artikel 101 VWEU en artikel 4 lid 3 VEU) indien aan de algemene criteria, die uit de jurisprudentie kunnen worden afgeleid, is voldaan.¹⁸⁰ Deze criteria zijn opgenomen in de procedure van het wetsvoorstel, die moet worden doorlopen voordat een duurzaamheidsinitiatief in een wettelijke regeling zal worden vertaald.¹⁸¹ Kort samengevat betreffen deze criteria dat ondernemingen die de afspraken maken (i) niet alleen hun eigen belangen maar ook het algemene belang moeten meenemen in hun afspraken, (ii) niet namens hun ondernemingen handelen maar als onafhankelijke deskundigen en (iii) niet de bevoegdheid krijgen om regels te stellen, maar dat deze bij de minister (of een ander overheidsorgaan) blijft. Hieruit volgt dat het wetsvoorstel, middels de procedure, reeds

¹⁷⁶ Overigens kunnen deze onderwerpen nog wel aangevuld worden in een ministeriële regeling door middel van een AMvB op grond van art. 2 lid 3 wetsvoorstel (Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 10-11).

¹⁷⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 11.

¹⁷⁸ Zie ook Koeman & Deza de Massiac, *M&M* 2020, p. 206.

¹⁷⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 12.

¹⁸⁰ Koeman & Deza de Massiac, *M&M* 2020, p. 206.

¹⁸¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 13-14.

rekening houdt met dit beginsel. Bovendien is verduidelijkt dat een integrale belangenafweging dient plaats te vinden, waardoor het wetsvoorstel binnen de kaders van de nuttig effect-jurisprudentie past.¹⁸² Op deze manier wordt het belangrijkste punt van zorg van de RvS weggenomen.¹⁸³

Met betrekking tot het tweede Europeesrechtelijke bezwaar dat het toestaan van een duurzaamheidsinitiatief middels het wetsvoorstel mogelijk in strijd kan zijn met (één van) de vier vrijheden van de Europese interne markt, stelt de regering dat reeds in artikel 4 lid 1 van het wetsvoorstel is opgenomen dat “*strijdigheid van de te stellen regels met een verdrag of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie (waaronder uiteraard Europese regelgeving) is opgenomen als reden om niet tot het stellen van regels over te gaan*”.¹⁸⁴ Indien dus sprake zou zijn van strijd met Europees recht, zullen géén regels worden gesteld. Hetzelfde geldt voor bestaande nationale wetgeving (van hogere orde).¹⁸⁵ Bovendien is reeds in de MvT opgenomen dat de maatregel noodzakelijk en proportioneel moet zijn, waardoor getoetst wordt aan de vrijeverkeersbepalingen.¹⁸⁶ De regering heeft wel, naar aanleiding van de kritiek van de RvS, in de MvT expliciet de eis van subsidiariteit opgenomen.¹⁸⁷

Uit het bovenstaande volgt dat de regering de kritiepunten van de RvS – die zij heeft erkend – weg heeft willen nemen door het wetsvoorstel op bepaalde punten aan te passen en de MvT aan te vullen en te verduidelijken. De aanpassingen zijn vermeld in het Nader Rapport. De regering is dan ook van mening dat het wetsvoorstel, in de aangepaste versie, bij de Tweede Kamer ingediend kan worden.¹⁸⁸ In paragraaf 5.1 zal ik mijn eigen mening met betrekking tot het wetsvoorstel geven.

¹⁸² HvJ EU 4 september 2014, gevoegde zaken C-184/13 t/m C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, ECLI:EU:C:2014:2147 (API), par. 29.

¹⁸³ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 14.

¹⁸⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 15.

¹⁸⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 15-16.

¹⁸⁶ Koeman & Deza de Massiac, *M&M* 2020, p. 207.

¹⁸⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 16.

¹⁸⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 20.

4. Voor- en tegenargumenten wetsvoorstel

Ten eerste zullen de argumenten voor het wetsvoorstel worden besproken. Hierbij wordt aandacht besteed aan: (i) het voorkomen van negatieve effecten zoals het *first mover disadvantage* en de *free rider*-problematiek, (ii) het behalen van klimaatdoelen en stimuleren van duurzaamheid, (iii) de voorkeur van de Europese instellingen voor nieuwe wetgeving en (iv) de modernisering van de Europese en Nederlandse mededingingsregels. Vervolgens worden de argumenten tegen het wetsvoorstel aan de orde gesteld. Achtereenvolgens zullen de volgende onderwerpen aan bod komen: (i) het meewegen van niet-economische effecten, (ii) mogelijke strijdigheid met artikel 4 lid 3 VEU, (iii) het reeds bestaan van oplossingen in huidige wetgeving, (iv) de voorkeur voor regelgeving op Europees niveau en (v) praktische bezwaren. Na een analyse van zowel voor- en tegenargumenten zal duidelijk worden waar de knelpunten zitten. Deze zullen later onder paragraaf 5.1 besproken worden en tegen elkaar worden afgewogen.

4.1 Argumenten voor het wetsvoorstel

Eerste argument voor het wetsvoorstel

Ondernemingen streven steeds meer naar duurzame ontwikkeling, maar vaak komen duurzaamheidsinitiatieven niet (goed) van de grond doordat één enkele onderneming te maken krijgt met vele problemen.¹⁸⁹ Door onder andere het *first mover disadvantage* en de *free rider*-problematiek, zullen individuele bedrijven een duurzaamheidsinitiatief vaak niet zelfstandig willen doorzetten.¹⁹⁰ Bovendien heeft een initiatief van één enkele onderneming, veel minder effect dan wanneer een initiatief door een groep wordt overgenomen.¹⁹¹ Het wetsvoorstel zorgt ervoor dat het voor ondernemingen mogelijk is om zich te bundelen, waardoor de eerder besproken negatieve effecten – voor een individueel bedrijf – worden weggenomen.¹⁹² Hierdoor zullen meerdere bedrijven zich willen inzetten om een duurzaamheidsinitiatief door te voeren en zal dit bovendien veel meer effect hebben op de samenleving. Indien meer bedrijven meewerken aan een dergelijk initiatief, zal dit immers zorgen voor een grotere impact op het klimaat dan een individuele onderneming teweeg zou kunnen brengen.¹⁹³

Tweede argument voor het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel zal dus zorgen voor (meer) ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven, waarmee wordt beoogd een positief effect op de samenleving te creëren.¹⁹⁴ Door de verduurzaming van Nederland zullen duurzaamheidsinitiatieven bovendien bijdragen aan het bereiken van klimaatdoelen zoals afgesproken in het Klimaatakkoord van Parijs¹⁹⁵, andere internationale duurzaamheidsdoelen¹⁹⁶ en Europese duurzaamheidsdoelstellingen die voortvloeien uit het

¹⁸⁹ Murray 2019.

¹⁹⁰ Deze twee problemen zijn reeds besproken in paragraaf 3.1.

¹⁹¹ Murray 2019.

¹⁹² Het wetsvoorstel beoogt immers “partijen te helpen duurzaamheidsinitiatieven te realiseren door de mogelijkheid te creëren hun initiatieven om te laten zetten in algemeen verbindende voorschriften” (Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 1).

¹⁹³ Murray 2019.

¹⁹⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 6-7.

¹⁹⁵ Overeenkomst van Parijs (Trb. 2016, 94).

¹⁹⁶ Resolutie 75/1 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (25 september 2015), *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, UN Doc A/RES/70/1; Kamerstukken II 2016/17, 26 485, nr. 232.

VWEU¹⁹⁷.¹⁹⁸ Dit zou een positieve ontwikkeling kunnen zijn voor Nederland, aangezien uit onderzoek van het Europees Milieuagentschap en het Planbureau voor Leefomgeving blijkt dat Nederland de eigen doelstellingen voor 2020 niet zal behalen.¹⁹⁹ Nederland is namelijk verplicht om in 2020 (ten opzichte van 1990) 25% minder broeikasgas uit te stoten.²⁰⁰ Ook zal Nederland – naar alle waarschijnlijkheid – het eigen klimaatdoel voor 2030 niet halen: dat jaar zou de uitstoot van broeikasgassen met 49% moeten zijn gedaald.²⁰¹ Dit volgt uit het Klimaatakkoord, dat een onderdeel is van het Nederlandse klimaatbeleid.²⁰² Kortom, om de latere klimaatdoelen wél te halen, zijn extra maatregelen nodig. De RvS ondersteunt dit standpunt en stelt dat het kabinet met spoed extra klimaatmaatregelen moet nemen.²⁰³ Dit wetsvoorstel zal daaraan bij kunnen dragen, doordat dit duurzaamheidsinitiatieven zal stimuleren.²⁰⁴ Natuurlijk zijn veel meer maatregelen nodig, maar dit zal wel kunnen bijdragen aan duurzame groei en het behalen van klimaatdoelen. Dit zal derhalve zorgen voor een positief effect op de samenleving.

Derde argument voor het wetsvoorstel

Bovendien heeft de Europese Commissie in haar brief van 2016 aan de minister van Economische Zaken en Klimaat gesteld dat zij van mening is dat er wetgeving betreffende duurzaamheidsinitiatieven dient te komen, in plaats van de bestaande mededingingsregels op te rekken.²⁰⁵ Dit wetsvoorstel geeft hieraan gehoor en zorgt voor een wettelijke basis. Bovendien heeft Commissaris Vestager eenzelfde standpunt tijdens de *OECD Global Forum on Competition* ingenomen. Zij stelt dat met betrekking tot het behalen van duurzaamheidsdoelen, de politiek wetgeving moet vastleggen.²⁰⁶ Tijdens de *GCLC Conference on Sustainability and Competition Policy* heeft zij haar standpunt herhaald en verduidelijkt: “*if, as a society, we want to make our world more sustainable, in ways that competition alone doesn't guarantee, the answer is not to change the rules of competition. It's to put the regulations in place that will produce the sort of outcomes that we want to see*”.²⁰⁷ Kortom, het mededingingsrecht moet niet veranderd worden, maar er dient nieuwe wetgeving te komen die specifiek is gericht op duurzaamheid. Dit pleit vóór het wetsvoorstel en juist tégen de nieuwe (concept) Leidraad van de ACM, daar in laatstgenoemde juist de huidige regels van artikel 6 Mededingingswet en artikel 101 VWEU worden opgerekt.²⁰⁸ Klimaat-, milieu- en duurzaamheidsdoelen en -effecten leggen in de Leidraad gewicht in de schaal, terwijl volgens de Europese instellingen toetsing primair uit economisch perspectief moet geschieden.²⁰⁹ Bij dit argument voor het wetsvoorstel dient wel een kritische kanttekening te worden geplaatst: in de eerdergenoemde brief van de Europese Commissie is namelijk aangegeven dat het noodzakelijk is om uniforme regels te hebben.²¹⁰ Dit zou betekenen dat de Europese Commissie

¹⁹⁷ Zie onder andere art. 4 lid 2 onder e VWEU.

¹⁹⁸ Korsten, *Bb* 2019/83, par. 4.1.

¹⁹⁹ Kenniscentrum Europa decentraal 2019; Rapport Europees Milieuagentschap 2019; Rapport Planbureau voor de Leefomgeving 2019.

²⁰⁰ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

²⁰¹ Slechts 34% is daadwerkelijk in zicht (Klimaat- en Energieverkenning 2020).

²⁰² Wat is het Klimaatakkoord?

²⁰³ Raad van State 30 oktober 2020.

²⁰⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 1.

²⁰⁵ Reactie Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016.

²⁰⁶ Speech 15th OECD Global Forum on Competition 2016.

²⁰⁷ Speech GCLC Conference on Sustainability and Competition Policy 2019.

²⁰⁸ In paragraaf 2.3 is de (concept) Leidraad van de ACM van 2020 reeds uitvoerig aan bod gekomen.

²⁰⁹ Korsten, *Bb* 2019/83, par. 2.2.

²¹⁰ Reactie Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016; Statement on ACM public consultation on sustainability guidelines 2020.

liever regels op Europees niveau ziet, dan (enkel) nationale regels. Indien iedere lidstaat nationale regelgeving zal opnemen met betrekking tot duurzaamheidsinitiatieven, zal dit leiden tot veel verschillende regels en verschillende manieren van aanpak. Dit is dus – volgens de Europese Commissie – niet gewenst. Europese mededingingsregels zijn namelijk geharmoniseerd en derhalve zal mededingingswetgeving specifiek voor duurzaamheid ook op elkaar afgestemd moeten worden.²¹¹ In paragraaf 4.2 zal de voorkeur voor een Europese aanpak verder aan bod komen. Mijns inziens hoeft het wetsvoorstel echter geen roet in het eten te gooien voor deze Europese aanpak. Nederland heeft namelijk met dit wetsvoorstel het voortouw genomen en deze regels zouden dan ook als richtlijn kunnen gelden voor nieuwe Europese regelgeving.

Vierde argument voor het wetsvoorstel

Doordat Nederland het eerste (Europese) land is dat regelgeving met betrekking tot duurzaamheidsinitiatieven heeft gecreëerd, is Nederland koploper in Europa.²¹² Wellicht kan Nederland hiermee de eventuele Europese en anders nationale regelgeving van andere lidstaten beïnvloeden. Het wetsvoorstel betreft een eerste stap richting de modernisering van het Europese – en daarmee ook het nationale – mededingingsrecht. Het nationale mededingingsrecht is immers afgeleid van het Europese mededingingsrecht.²¹³ Dat Europa zich ook bezighoudt met de duurzaamheidskwestie is reeds genoemd in de voorgaande alinea, maar ook andere lidstaten komen met initiatieven gericht op duurzaamheid in de context van het mededingingsrecht. Zo heeft de Griekse mededingingsautoriteit (*the Hellenic Competition Commission*) een dialoog betreffende dit onderwerp geopend op haar website.²¹⁴ Ook overweegt de Griekse mededingingsautoriteit eigen duurzaamheidsrichtlijnen op te stellen, waarbij zij de (concept) Leidraad van de ACM als inzichtelijk en overtuigend bestempelt.²¹⁵ Wellicht zal de Griekse mededingingsautoriteit ideeën en opvattingen van de ACM met betrekking tot de verhouding tussen duurzaamheid en het mededingingsrecht overnemen. In het eerdergenoemde persbericht van 2020, heeft de Europese Commissie haar steun uitgesproken voor een uniforme aanpak voor duurzaamheidsafspraken.²¹⁶ Deze initiatieven van de Nederlandse en Griekse mededingingsautoriteiten op nationaal niveau kunnen interessante experimenteerruimtes bieden in het Europese mededingingsrecht en -beleid. Indien een afspraak tussen ondernemingen een interstatelijk effect heeft, zal naast de nationale rechter namelijk ook het HvJ EU jurisdictie hebben.²¹⁷ Indien het HvJ EU over de zaak zal oordelen, kan dit een nuttig juridisch precedent scheppen voor de toekomst.²¹⁸ Bovendien is op Europees niveau aangegeven dat momenteel de kwestie met betrekking tot duurzaamheidsafspraken door de Europese Commissie wordt onderzocht, als onderdeel van de herziening van de twee horizontale groepsvrijstellingsverordeningen en de horizontale samenwerkingsrichtsnoeren.²¹⁹

²¹¹ Art. 3 Verordening (EG) 1/2003.

²¹² Tóth 2018, p. 8.

²¹³ In paragraaf 2.1 is reeds uitgelegd dat nationale mededingingsregels de Europese mededingingsregels volgen.

²¹⁴ Competition Law & Sustainability 2020.

²¹⁵ Draft Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law, p. 47.

²¹⁶ Statement on ACM public consultation on sustainability guidelines 2020.

²¹⁷ Art. 3 lid 1 Verordening (EG) 1/2003.

²¹⁸ Derlén & Lindholm, *German Law Journal* 2015, p. 1073; Barceló 2016, p. 407 en 417. Barceló merkt op dat het Hof eerdere uitspraken nooit expliciet als ‘precedenten’ noemt. Het HvJ EU heeft echter erkend dat de uitspraken van het Gerecht “*een precedent kunnen vormen voor toekomstige zaken*”. Zie HvJ EU 17 december 2009, Case C-197/09 RX-II, ECLI:EU:C:2009:804 (*M/EMEA*), par. 62; HvJ EU 28 februari 2013, Case C-334/12 RX-II, ECLI:EU:C:2013:134 (*Jaramillo/EIB*), par. 50.

²¹⁹ Verordening (EU) 1217/2010; Verordening (EU) 1218/2010; Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (*PbEU* 2011, C 11).

Ook is een openbare raadpleging gehouden “waarbij belanghebbenden werden uitgenodigd om onder meer commentaar te leveren op de efficiëntie, doeltreffendheid en relevantie van de huidige verordeningen en de begeleidende richtsnoeren voor horizontale samenwerkingsovereenkomsten”.²²⁰ De Europese Commissie is dus actief bezig met het zoeken naar een oplossing voor de duurzaamheidskwesitie en zou dus ook het Nederlandse wetsvoorstel in haar beraad kunnen meenemen.

4.2 Argumenten tegen het wetsvoorstel

Eerste argument tegen het wetsvoorstel

Nu de argumenten vóór het wetsvoorstel zijn geanalyseerd, zullen ook de – in de inleidende paragraaf genoemde – argumenten tégen het wetsvoorstel worden besproken. Ten eerste kan worden getwist of het meewegen van niet-economische effecten of het algemeen belang al dan niet mogelijk is. Omtrent dit onderwerp bestaat namelijk veel discussie, zoals reeds vermeld in paragraaf 2.1. Afspraken kunnen buiten toepassing van het kartelverbod vallen indien publieke belangen mededingingsbeperkend gedrag kunnen rechtvaardigen, mits dit noodzakelijk en proportioneel is.²²¹ De Europese Commissie geeft in de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU géén ruimte voor andere publieke belangen dan mededingingsbelangen.²²² Het HvJ EU heeft wel weer erkend dat andere factoren dan mededingingsfactoren meegenomen mogen worden in de afweging.²²³ De jurisprudentie van het HvJ EU en de toepassing daarvan door de Europese Commissie brengt echter niet met zich mee dat het consumentenbelang en duurzaamheidsbelang gelijkwaardig tegen elkaar kunnen worden afgewogen. In het licht van de beleidsregels van 2016 heeft de minister van Economische Zaken en Klimaat toentertijd aangekondigd om niet alleen verdere gesprekken te gaan voeren binnen de EU, gericht op verduidelijking van de ruimte die het mededingingsrecht biedt voor duurzaamheidsinitiatieven, maar ook op nationaal niveau regelgeving tot stand te brengen waarmee aan duurzaamheidsafspraken algemene gelding kan worden gegeven.²²⁴ De minister heeft hierbij erkend dat het inderdaad niet mogelijk is om het consumentenbelang en het duurzaamheidsbelang gelijkwaardig tegen elkaar af te wegen. Bij het wetsvoorstel wordt dit – volgens de MvT – echter wél tegen elkaar afgewogen. Of dit mogelijk is, is niet zeker.²²⁵

Tweede argument tegen het wetsvoorstel

Bovendien is het maar de vraag of het wetsvoorstel niet in strijd is met artikel 4 lid 3 VEU. Op grond van dit artikel bestaat een loyaliteitsverplichting voor de lidstaten: zij moeten zich onthouden van (i) het opleggen of aanmoedigen van met artikel 101 VWEU strijdige mededingingsregelingen of die de gevolgen ervan versterken, én (ii) het ontnemen van het overheidskarakter van overheidsmaatregelen door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten die van invloed zijn op de economische sfeer te delegeren aan particuliere

²²⁰ Statement on ACM public consultation on sustainability guidelines 2020.

²²¹ HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*), par. 7.

²²² Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 13-17; CECED-beschikking inzake een milieuaafpraak tussen wasmachinefabrikanten (*PbEU* 2000, L 187); Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101).

²²³ HvJ EU 13 oktober 2011, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649 (*Pierre Fabre*), par. 40; GvEA EG 11 juli 1996, gevoegde zaken T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, ECLI:EU:T:1996:99 (*Métropole télévision*), par. 118.

²²⁴ Brieven van de minister van Economische Zaken en Klimaat van 23 juni 2016 (Kamerstukken II 2015/16, 30 196, nr. 463) en 24 oktober 2016 (Kamerstukken II 2016/17, 30 196, nr. 480).

²²⁵ Korsten, *Bb* 2019/83, par. 3.2.

marktdeelnemers.²²⁶ De eerste situatie ziet erop dat “*lidstaten niet via vormen van wetgeving een afspraak van ondernemingen kunnen ‘beschermen’ tegen de toepassing van het Europese mededingingsrecht*”.²²⁷ In de praktijk wordt beoordeeld of een nationale regeling voldoende procedurele of materiële voorschriften bevat die verzekeren dat enkel het publieke belang wordt gediend.²²⁸ De betrokken ondernemingen mogen dus niet in staat zijn hun eigen belangen te dienen. Indien besluiten enkel in het publieke belang kunnen worden genomen, worden de betrokken ondernemingen gezien “*als een verlengstuk van het openbaar gezag dat handelt in het algemeen belang*”.²²⁹ De tweede situatie betreft gevallen waar regulerende macht is toebedeeld aan ondernemingen.²³⁰ De jurisprudentie is wisselend op dit punt: eerst werd het enkele overdragen van regulerende macht aan particuliere marktdeelnemers reeds gezien als strijd met het nuttig effect van de mededingingsregels, terwijl later het delegeren van regulerende macht alleen een inbreuk opleverde indien tevens was voldaan aan de voorwaarden van artikel 101 lid 1 VWEU.²³¹ Indien nationale maatregelen geen inbreuk vormen op het nuttig effect van de mededingingsregels, kan alsnog sprake zijn van strijdigheid met de Europese regels betreffende het vrije verkeer, wanneer de maatregelen beperkingen opleveren voor de tussenstaatse handel.²³² Indien van dit laatste sprake is, moet de beperking door de overheid kunnen worden gerechtvaardigd op basis van artikel 36 VWEU of op grond van dwingende vereisten: een rechtvaardigingsgrond ontwikkeld in de Europese jurisprudentie.²³³ Bovendien moet de maatregel proportioneel en noodzakelijk zijn.²³⁴

Met het wetsvoorstel worden duurzaamheidsinitiatieven toegestaan die op grond van het mededingingsrecht mogelijk geen doorgang hadden kunnen vinden. Hoewel het kartelverbod op zichzelf is gericht tot ondernemingen en niet tot lidstaten, geldt wél de eerdergenoemde loyaliteitsverplichting voor lidstaten. Volgens de toelichting bij het wetsvoorstel zou van schending van deze loyaliteitsverplichting geen sprake zijn, aangezien geen mededingingsbeperkende *overeenkomst* bestaat die vervolgens wordt bekrachtigd door het wetsvoorstel. Partijen dienen een verzoek in met een *initiatief* om regels te stellen en indien zij deze vervolgens niet toepassen totdat deze daadwerkelijk zijn vastgelegd in regelgeving, zal volgens de MvT geen probleem bestaan.²³⁵ Deze argumentatie is – naar mijn mening – erg kort door de bocht, aangezien van ondernemingen wordt verlangd dat zij een “*hoge mate van overeenstemming*” hebben bereikt over de plannen.²³⁶ Er is dus geen overeenkomst, maar er moet wel een duidelijk plan zijn waar de ondernemingen het over eens zijn. Stellen dat het mededingingsrecht dus niet van toepassing is omdat enkel een *initiatief* bestaat en geen *overeenkomst*, ligt dus wat genuanceerder. Er is namelijk niet enkel een initiatief, maar ook een

²²⁶ HvJ EU 4 september 2014, gevoegde zaken C-184/13 t/m C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, ECLI:EU:C:2014:2147 (*API*), par. 29; HvJ EG 5 oktober 1995, C-96/94, ECLI:EU:C:1995:308 (*Centro Servizi Spediporto*), par. 21; HvJ EG 19 februari 2002, C-35/99, ECLI:EU:C:2002:97 (*Arduino*), par. 35; HvJ EU 5 december 2006, gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, ECLI:EU:C:2006:758 (*Cipolla*), par. 47.

²²⁷ Mulder, *SEW* 2017, p. 113.

²²⁸ Mulder, *SEW* 2017, p. 115.

²²⁹ HvJ EG 19 februari 2002, C-35/99, ECLI:EU:C:2002:97 (*Arduino*), par. 35.

²³⁰ Mulder, *SEW* 2017, p. 113.

²³¹ HvJ EG 21 september 1988, 267/86, ECLI:EU:C:1988:427 (*Van Eycke*), par. 16; EG 17 november 1993, C-185/91, ECLI:EU:C:1993:886 (*Reiff*), par. 14; HvJ EG 9 juni 1994, C-153/93, ECLI:EU:C:1994:240 (*Delta Schifffahrts- und Speditionsgesellschaft*), par. 14; HvJ EG 5 oktober 1995, C-96/94, ECLI:EU:C:1995:308 (*Centro Servizi Spediporto*), par. 20; HvJ EU 4 september 2014, gevoegde zaken C-184/13 t/m C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, ECLI:EU:C:2014:2147 (*API*) par. 45-46.

²³² Mulder, *SEW* 2017, p. 114.

²³³ HvJ EG 20 februari 1979, 120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*).

²³⁴ Dit volgt uit het evenredigheidsbeginsel van art. 5 lid 4 VEU.

²³⁵ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 27-29.

²³⁶ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 25.

uitgedacht plan, terwijl een plan neergelegd in een overeenkomst juist verboden is.²³⁷ Bovendien ziet de nuttig-effect-rechtspraak ook op situaties waar regulerende bevoegdheden worden overgedragen aan ondernemingen die vervolgens de mededinging beperken. Dit betekent dat het enkel verlangen van een *initiatief* wellicht niet genoeg is om de nuttig-effect-rechtspraak te omzeilen. Het publieke belang moet namelijk, volgens het nuttig effect, worden gegarandeerd in situaties waar concurrerende ondernemingen actief door de overheid worden betrokken bij een wetgevingsproces.²³⁸ Van ondernemingen wordt verwacht dat zij, in beginsel, enkel hun eigen belang zullen nastreven, waardoor procedurele en materiële publiekrechtelijke waarborgen in het wetgevingsproces noodzakelijk zijn.²³⁹ Indien deze niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid²⁴⁰ kunnen garanderen dat niet het eigen maar het publieke belang wordt gewaarborgd, kan volgens het HvJ EU derhalve niet worden aangenomen dat het publieke belang wordt gediend.²⁴¹ Indien ondernemingen de ruimte hebben om hun eigen belang te dienen, moeten de mededingingsregels volgens het HvJ EU van toepassing blijven op de ondernemingen.²⁴² De gedachte achter deze strenge regel is dat het te ingewikkeld zou zijn om te bepalen wat de intenties zijn van ondernemingen die een dergelijk duurzaamheidsinitiatief indienen. Concluderend zal dus sprake zijn van strijdigheid met het nuttig effect wanneer onvoldoende procedurele en materiële voorwaarden zijn opgenomen in het wetsvoorstel. Indien zal blijken dat het wetsvoorstel in strijd is met de loyaliteitsverplichting en dus sprake is van een combinatie van artikel 4 lid 3 VEU en artikel 101 VWEU, is de nationale mededingingsautoriteit – in het geval van Nederland dus de ACM – bevoegd én verplicht om dergelijke overheidsmaatregelen te toetsen en zo nodig buiten werking te plaatsen.²⁴³ Vervolgens kunnen de betrokken ondernemingen worden aangesproken voor een overtreding van de mededingingsregels, omdat zij niet meer zijn ‘beschermd’ door het wetsvoorstel en verboden afspraken hebben gemaakt.²⁴⁴

Mocht toch geen sprake zijn van strijdigheid met de loyaliteitsverplichting, zal de nationale maatregel alsnog aan de Europese regels van het vrije verkeer van goederen moeten worden getoetst. Van een inbreuk hierop zal vrij snel sprake zijn: indien bijvoorbeeld het duurzaamheidsinitiatief de Kip van Morgen doorgang zal vinden, zouden producenten die kippenvlees op een andere wijze produceren, geen – ofwel een beperkte – toegang krijgen tot de Nederlandse supermarkten.²⁴⁵ Duurzaamheid gerelateerde onderwerpen vallen echter, ingevolge de rechtspraak van het HvJ EU, onder de geaccepteerde rechtvaardigingsgronden.²⁴⁶ Vervolgens zal de algemeen geldend verklaarde duurzaamheidsregeling alleen nog aan het evenredigheidsbeginsel moeten voldoen. Dit vereiste wordt strikt uitgelegd: de maatregelen

²³⁷ Art. 6 lid 1 Mw.

²³⁸ Mulder, *SEW* 2017, p. 115.

²³⁹ Concl. A-G F.G. Jacobs, ECLI:EU:C:1999:430, bij HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*), par. 184.

²⁴⁰ HvJ EG 19 februari 2002, C-35/99, ECLI:EU:C:2002:97 (*Arduino*), par. 39.

²⁴¹ Overigens dient voor de toepassing van artikel 101 VWEU sprake te zijn van een effect op de tussenstaatse handel. Dit zal echter in (bijna) alle situaties het geval zijn, aangezien de afspraak zal gelden voor alle relevante ondernemingen in Nederland. Daar de maatregel geldt in het gehele grondgebied van een lidstaat, zal ook sprake zijn van een effect op de tussenstaatse handel.

²⁴² Concl. A-G F.G. Jacobs, ECLI:EU:C:1999:430, bij HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*), par. 184; J. Mulder, *SEW* 2017, p. 114-115.

²⁴³ HvJ EG 9 september 2003, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430 (*Consortio Industrie Fiammiferi/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*), par. 58.

²⁴⁴ Deze afspraken vallen dan onder art. 6 lid 1 Mw en – indien sprake is van een interstatelijk effect – ook onder art. 101 lid 1 VWEU.

²⁴⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 16.

²⁴⁶ Bijvoorbeeld in HvJ EU 1 juli 2014, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037 (*Ålands Vindkraft/AB Energimyndigheten*), par. 77; HvJ EG 13 maart 200, C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160 (*PreussenElektra AG/Schleswig AG*), par. 73-75; HvJ EG 15 november 2005, C-320/03, ECLI:EU:C:2005:684 (*Commissie/Oostenrijk*), par. 70; Zie ook Steinbach & Brückmann, *J. Environ. Law* 2015, p. 1-16.

moeten de verwezenlijking van de doelstellingen op de minst beperkende en op een coherente en systematische manier nastreven.²⁴⁷ Aan dit vereiste is dus niet zomaar voldaan en vaak sneuvelen restrictieve overheidsmaatregelen op dit punt.²⁴⁸

Derde argument tegen het wetsvoorstel

Een ander argument tegen het wetsvoorstel is dat reeds mogelijkheden bestaan in het mededingingsrecht voor duurzaamheidsinitiatieven. De ACM heeft in de nieuwe (concept) Leidraad van 2020 de huidige mogelijkheden in het mededingingsrecht beschreven, die bedrijven kunnen gebruiken bij het maken van een *self assessment*.²⁴⁹ Bij dit argument dient echter wel een kanttekening te worden geplaatst: de ACM wijkt namelijk in de (concept) Leidraad af van de opvatting die de Europese Commissie heeft in haar richtsnoeren.²⁵⁰ Op dit punt zal in paragraaf 5.1 verder worden ingegaan. De (concept) Leidraad zou door de afwijking dus mogelijk in strijd kunnen zijn met het Europees recht, waardoor deze – voor de gevallen waarin zij afwijkt van de Europese richtsnoeren – ongeldig zou zijn. In dat geval zullen Nederlandse bedrijven zich niet meer kunnen beroepen op de Leidraad, maar zouden zij het oude Visiedocument van 2014 als richtlijn moeten nemen. Onder dit oude document bestonden minder opties voor bedrijven, waardoor het wetsvoorstel wel weer wenselijk geacht zou kunnen worden. Het wetsvoorstel zou dus – indien ervan uit wordt gegaan dat de (concept) Leidraad geldig is – door de mogelijkheden die reeds bestaan, dubbelop en overbodig geacht kunnen worden. Ondernemingen hebben, volgens de ACM in de (concept) Leidraad, reeds ruimte om duurzaamheidsinitiatieven toe te passen. De RvS ondersteunt het standpunt dat het wetsvoorstel niet noodzakelijk is. De normale wetgevingsprocedure biedt volgens de RvS al ruimte om voortvarend regels over duurzaamheid te maken.²⁵¹ Indien noodzakelijk zou volgens de RvS beter op specifieke terreinen een aanvullende wettelijke grondslag kunnen worden gecreëerd.²⁵²

Vierde argument tegen het wetsvoorstel

In het geval dat iedere lidstaat nationale wetgeving implementeert, zal dit ertoe leiden dat de regels in iedere lidstaat variëren. Dit zorgt voor rechtsonzekerheid. Gesteld kan worden dat in plaats van nationale wetgeving juist Europese regels op het gebied van duurzaamheidsinitiatieven gewenst en noodzakelijk zijn.²⁵³ Indien generieke uitzonderingen op de Europese mededingingsregels worden gesteld, zal dit een breed draagvlak creëren.²⁵⁴ Ook zal dit de uniformiteit en rechtszekerheid ten goede komen.²⁵⁵ Dit standpunt kwam niet alleen tijdens de internetconsultatie van het wetsvoorstel naar boven, maar ook de Europese Commissie is van mening dat er Europese regels moeten komen.²⁵⁶ Zij stelt namelijk dat behoefte is aan duidelijke richtsnoeren voor duurzaamheidsinitiatieven, die verenigbaar zijn

²⁴⁷ Bijvoorbeeld in HvJ EG 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (*Hartlauer*), par. 55; HvJ EU 11 maart 2010, C-384/08, ECLI:EU:C:2010:133 (*Attanasio Group*), par. 51; Zie ook Mathisen, *CML Rev.* 2010, p. 1021-1048.

²⁴⁸ Shuibhne & Maci, *CML Rev.* 2013, p. 965-1005; Mulder, *SEW* 2017, p. 114-115.

²⁴⁹ De (concept) Leidraad is reeds in paragraaf 2.3 aan bod gekomen.

²⁵⁰ Dit is reeds beargumenteerd in paragraaf 2.1.

²⁵¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 17-18; Korsten, *Bb* 2019/83, par. 4.2.

²⁵² Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 17-18.

²⁵³ De Goffau & Van Heezik, *M&M* 2020, p. 188; Koeman & Deza de Massiac, *M&M* 2020, p. 208.

²⁵⁴ Korsten, *Bb* 2019/83, par. 4.3; Verslag internetconsultatie ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven, p. 1.

²⁵⁵ De Goffau & Van Heezik, *M&M* 2020, p. 188.

²⁵⁶ Verslag internetconsultatie ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven, p. 1.

met het mededingingsrecht.²⁵⁷ Zoals reeds eerder aangevoerd, onderzoekt de Europese Commissie de mogelijkheden op dit punt en wilt zij met een uniforme aanpak komen.

Vijfde argument tegen het wetsvoorstel

Bovendien gelden naast juridische, ook praktische bezwaren. Het wetsvoorstel vereist (i) een heldere uitleg van de wensen van partijen ten aanzien van de inhoud van het verzoek tot regelgeving, (ii) een beschrijving van het draagvlak onder degene die met de te stellen regels te maken krijgen, (iii) een onderbouwing van de gevolgen van het verzoek en (iv) een beschrijving hoe de indienende partijen zullen bijdragen aan het toezicht op de naleving.²⁵⁸ Doordat hoge eisen worden gesteld aan een verzoek, kan worden gesteld dat dit initiatiefnemers zal demotiveren.²⁵⁹ Voordat een verzoek kan worden ingediend, zal moeten worden geïnvesteerd in verschillende onderzoeken en enquêtes. Een onderzoek naar de gevolgen, markteffecten en neveneffecten zal “*verregaand aannemelijk moeten maken, bijvoorbeeld door objectief onderzoek, waaruit het duurzaamheidseffect van hun initiatief blijkt*”.²⁶⁰ Dit is een hoge eis, waar enkel aan voldaan kan worden indien veel tijd, energie en geld in het initiatief wordt geïnvesteerd. Bovendien zullen veel bedrijven zélf geen expertise hebben in het doen van onderzoek, waardoor zij een andere partij zouden moeten inschakelen. Dit kan worden gezien als een nog hogere drempel, waardoor in de praktijk veel ondernemingen van het indienen van een dergelijk verzoek zullen afzien. Dit zal vooral voor kleinere en/of minder georganiseerde partijen gelden. Voor deze partijen is het eenvoudiger en bovendien goedkoper om een initiatief onder de aandacht te brengen bij (individuele) Tweede Kamerleden en/of relevante ambtenaren, zodat zij – via het recht van initiatief – het duurzaamheidsvoorstel verder kunnen brengen in het wetgevingsproces.²⁶¹ Het wetsvoorstel beoogt juist niet dat door de hoge eisen van een verzoek zal worden afgezien van het indienen hiervan. Om deze bezwaren weg te nemen, zal een verandering noodzakelijk zijn waardoor voor initiatiefnemers een lagere drempel geldt.

Concluderend hebben de voorargumenten dus vooral betrekking op het *doel* van het wetsvoorstel en het stimuleren van duurzaamheidsinitiatieven. De tegenargumenten daarentegen hebben vooral te maken met de *inhoud* van het wetsvoorstel en de juridische grondslag.

²⁵⁷ Statement on ACM public consultation on sustainability guidelines 2020.

²⁵⁸ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 14-17.

²⁵⁹ Koeman & Deza de Massiac, *M&M* 2020, p. 208.

²⁶⁰ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 16.

²⁶¹ Art. 82 lid 1 jo. lid 3 Gw.

5. Afweging voor- en tegenargumenten en aanbeveling

Nu de argumenten voor en tegen het wetsvoorstel zijn besproken, zullen deze nader worden geanalyseerd. Eerst zullen de voorargumenten van het wetsvoorstel worden bestudeerd en vervolgens zullen ook de tegenargumenten worden uiteengezet. Telkens worden deze argumenten kritisch bekeken en worden waar nodig kanttekeningen geplaatst. Zo wordt duidelijk waar de knelpunten van het wetsvoorstel zitten. De argumenten worden later tegen elkaar afgewogen, waardoor een duidelijke positie met betrekking tot het wetsvoorstel wordt ingenomen. Ten slotte zal ook een aanbeveling worden gedaan. Hierin zullen suggesties worden gegeven voor een alternatief voor of het aanpassen van het wetsvoorstel.

5.1 Afweging voor- en tegenargumenten wetsvoorstel

Eerste en tweede argument voor het wetsvoorstel

Volgens de eerdergenoemde voorargumenten zou het wetsvoorstel kunnen zorgen voor het voorkomen van negatieve effecten, zoals het *first mover disadvantage* en de *free rider*-problematiek. Deze problemen komen namelijk veelvuldig voor bij duurzaamheidsinitiatieven, aangezien voor de totstandkoming van deze initiatieven samenwerking in de waardeketen van cruciaal belang is.²⁶² Zoals eerder uitgelegd, ontstaan problemen voor ondernemingen indien zij zelfstandig proberen een duurzaamheidsinitiatief van de grond te krijgen.²⁶³ Dit laat zien dat het bewerkstelligen van duurzaamheidsinitiatieven inherent strijdig kan zijn met het kartelverbod en dus mededingingswetgeving. Bovendien zou het wetsvoorstel ervoor zorgen dat duurzaamheid wordt gestimuleerd en zou het wetsvoorstel bijdragen aan het behalen van klimaatdoelen. Naar mijn mening kan het wetsvoorstel inderdaad tot deze positieve effecten leiden. Vanuit dit oogpunt zou doorgang van het wetsvoorstel dan ook zeker voordelig zijn. Indien ondernemingen zich meer willen inzetten voor duurzaamheid, zal dit namelijk – zoals reeds genoemd – een positieve invloed hebben op de samenleving.²⁶⁴ Ook heeft Nederland zich verbonden aan het behalen van bepaalde klimaatdoelen.²⁶⁵ Het ziet er naar uit dat Nederland deze doelen niet gaat halen indien er geen extra klimaatmaatregelen worden genomen.²⁶⁶ Het wetsvoorstel zal daarom – mijns inziens – geen overbodige luxe zijn. Verder zal aan deze voorargumenten niet veel aandacht worden besteed, doordat hier vrij weinig op valt aan te merken. Het stimuleren van het behalen van klimaatdoelen en het stimuleren van duurzaamheidsinitiatieven is erg belangrijk voor de huidige én toekomstige maatschappij. Dit wordt door de regering en de RvS beide erkend.²⁶⁷ Ook ik erken het belang van het verduurzamen van de Nederlandse – en de gehele – samenleving.

Derde argument voor het wetsvoorstel

Met betrekking tot het argument dat de Europese instellingen hun voorkeur hebben uitgesproken voor nieuwe wetgeving in plaats van het mededingingsrecht verder op te rekken, moet mijns inziens – zoals ook reeds werd genoemd bij de behandeling van dit argument in paragraaf 4.1 – een belangrijke kanttekening worden geplaatst. De Europese Commissie heeft

²⁶² Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 3.

²⁶³ Dit is besproken in paragraaf 3.1 (meer specifiek op p. 15-16).

²⁶⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 6-7.

²⁶⁵ Hiermee wordt bedoeld de klimaatdoelen aangehaald in paragraaf 4.1.

²⁶⁶ Kenniscentrum Europa decentraal 2019; Rapport Europees Milieugentschap 2019; Rapport Planbureau voor de Leefomgeving 2019.

²⁶⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 1; Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 4.

inderdaad duidelijk een voorkeur voor nieuwe wetgeving uitgesproken, waardoor dit wetsvoorstel in beginsel voldoet aan de wensen van de Europese Commissie.²⁶⁸ Desalniettemin ziet zij liever uniforme regels omtrent duurzaamheidsinitiatieven, in plaats van nationale wetgeving die in iedere lidstaat zal verschillen.²⁶⁹ Daarom zou nationale wetgeving niet de juiste weg zijn, maar dienen regels op Europees niveau gemaakt te worden. Ook ik ben van mening dat Europese regels het meest gewenst zijn. Niet alleen voor de uniformiteit en rechtszekerheid, maar ook omdat handel door ondernemingen al heel snel over landsgrenzen heen gaat. Hierdoor is sprake van tussenstaatse handel, waardoor de Europese mededingingsregels – naast de Nederlandse mededingingsregels – ook van toepassing zijn.²⁷⁰ Het maken van Europese regels zal derhalve beter aansluiten bij de realiteit en praktischer zijn. Bovendien werkt het proberen te regelen in slechts één land het uitvergroten van verschillen tussen lidstaten in de hand. Indien in bijvoorbeeld Nederland regels omtrent duurzaamheidsinitiatieven worden gesteld en in de overige lidstaten niet, zal dit ertoe leiden dat Nederland als ‘belastingparadijs’ kan worden gezien voor duurzaamheidsinitiatieven.²⁷¹ Dit zal diversiteit veroorzaken tussen lidstaten, wat naar mijn mening ongewenst is.

Vierde argument voor het wetsvoorstel

Het laatstgenoemde voorargument betreft dat het wetsvoorstel zou kunnen bijdragen aan de modernisering van de Europese en Nederlandse mededingingsregels. Het wetsvoorstel zou inderdaad invloed kunnen hebben op de ontwikkeling van het al dan niet toestaan van duurzaamheidsinitiatieven, althans zal dit in ieder geval ervoor zorgen dat het proces versneld wordt. Momenteel bestaat namelijk nog veel onduidelijkheid over dit punt en is dit onderwerp nog niet voldoende uitgekristalliseerd.²⁷² Duurzaam ondernemen zou naar mijn mening de standaard moeten zijn en het ‘nieuwe normaal’ dienen te worden. In dat geval zou geen andere vorm van samenwerking meer nodig zijn en zouden geen uitzonderingen, maar juist een algemene grond voor duurzaamheidsinitiatieven hiervoor moeten gelden. Dit kan het wetsvoorstel bieden, waardoor dit kan worden gezien als een versnellingsmechanisme. Bovendien kan het wetsvoorstel dienen ter inspiratie voor de nieuwe Europese mededingingsregels, waar de Europese Commissie momenteel mee bezig is.²⁷³ Tot het moment dat deze Europese regels er zijn, is het handig om tenminste nationale wetgeving te hebben. Zo ontstaat een basis waar Nederlandse ondernemingen zich op kunnen baseren bij de beoordeling van een initiatief. Meer ruimte in het mededingingsrecht kan echter tot die tijd ook voldoende zijn. De (concept) Leidraad van de ACM van 2020 biedt namelijk een basis voor de *self assessment*. Het is in dat geval wel noodzakelijk dat deze Leidraad in lijn met Europese wetgeving en dus niet illegaal is. Hier valt nog over te twisten, daar de ACM in de Leidraad afwijkt van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU. Ik zal hier later verder op ingaan.

Eerste argument tegen het wetsvoorstel

Na het analyseren van de genoemde voorargumenten in paragraaf 4.1, zal ik vervolgen met een bestudering van de tegenargumenten die zijn vermeld in paragraaf 4.2. Het wetsvoorstel zou

²⁶⁸ Reactie Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016.

²⁶⁹ Statement on ACM public consultation on sustainability guidelines 2020.

²⁷⁰ Art. 3 lid 1 Verordening (EG) 1/2003.

²⁷¹ Vleggeert & Vording, *NJB* 2018/139, p. 175-176. Deze bron wordt naar analogie doorgetrokken naar duurzaamheidsinitiatieven. De schrijvers van het artikel trekken deze conclusie zelf niet en beperken zich tot de letterlijke betekenis van ‘belastingparadijs’.

²⁷² Dit is reeds in paragraaf 2.1 uitgebreid aan bod gekomen.

²⁷³ Statement on ACM public consultation on sustainability guidelines 2020.

niet-economische effecten en/of het algemeen belang meewegen. Eerder is gesteld dat onzekerheid bestaat over de mogelijkheid hiervan, waardoor het op zijn minst opmerkelijk is dat de MvT hier niet meer aandacht aan besteedt.²⁷⁴ De regering licht namelijk helemaal niet toe waarom in het wetsvoorstel het consumentenbelang en het duurzaamheidsbelang wél gelijkwaardig tegen elkaar kunnen worden afgewogen, terwijl wordt gesteld dat vanwege Europeesrechtelijke redenen is gebleken dat de beleidsregel van 2016 niet zo ver mocht gaan dat de belangen gelijkwaardig tegen elkaar werden afgewogen.²⁷⁵ De regering gaat eraan voorbij welke reden eraan ten grondslag ligt waarom bij het wetsvoorstel wél een dergelijke afweging mag plaatsvinden. In de brieven van de minister van Economische Zaken en Klimaat van 24 oktober 2016, heeft de minister aangegeven dat de Mededingingswet op het wetsvoorstel niet van toepassing is, omdat het een wettelijke maatregel en geen afspraken tussen ondernemingen betreft.²⁷⁶ Om het mogelijk te maken dat het consumentenbelang en het duurzaamheidsbelang tegen elkaar kunnen worden afgewogen, heeft de minister drie waarborgen ingebouwd: bij indiening van een verzoek moet een draagvlak worden bewezen en een inhoudelijke onderbouwing van de effecten worden gegeven. Bovendien moet de regering, na ontvangst van een verzoek, onafhankelijk advies inwinnen.²⁷⁷ Kortom, de reden is dat het mededingingsregels niet van toepassing is op het wetsvoorstel, daar enkel sprake is van een verzoek voor een *initiatief* en geen *overeenkomst*. Dit zou – volgens de regering – dus leiden tot het buiten toepassing vallen van de mededingingsregels. Mijns inziens kan de MvT niet zomaar aan dit punt voorbijgaan, vooral omdat op Europeesrechtelijk niveau een afweging tussen het consumentenbelang en het duurzaamheidsbelang niet wordt toegestaan.²⁷⁸ Bovendien is het erg kort door de bocht om te stellen dat enkel sprake is van een initiatief, terwijl wel wordt verlangd dat grote mate van overeenstemming is bereikt tussen partijen voor een duurzaamheidsinitiatief.²⁷⁹ Dit werd ook al genoemd in paragraaf 4.2.

Tweede argument tegen het wetsvoorstel

Vervolgens is het argument besproken dat het wetsvoorstel (wellicht) in strijd is met Europees recht, specifiek met artikel 4 lid 3 VEU. Hoewel het kartelverbod niet van toepassing is op het wetsvoorstel, zal de regering wél aan het loyaliteitsvereiste moeten voldoen.²⁸⁰ Zoals reeds gesteld bij het bespreken van dit tegenargument, is de loyaliteitsverplichting – volgens de MvT – niet geschonden.²⁸¹ De reden die hiervoor wordt genoemd is dat geen sprake is van een *overeenkomst*, maar een *initiatief*. In paragraaf 4.2 heb ik reeds het standpunt ingenomen dat deze argumentatie te kort door de bocht is, omdat wel een duidelijk plan wordt vereist waar de ondernemingen het over eens zijn.²⁸² Ook al zou worden aangenomen dat geen sprake is van een mededingingsbeperkende overeenkomst, moet derhalve toch worden gekeken naar de nuttig-effect-rechtspraak. Dit betreft namelijk niet alleen situaties waar sprake is van een echte overeenkomst, maar ook situaties waar ondernemingen regulerende bevoegdheden krijgen van de regering en vervolgens de mededinging beperken. Ingevolge het nuttig effect, moet het publieke belang worden gegarandeerd door procedurele en materiële publiekrechtelijke

²⁷⁴ Deze onzekerheid is in paragraaf 2.1 aan het licht gekomen en uitgewerkt.

²⁷⁵ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 2.

²⁷⁶ Kamerstukken II 2016/17, 30 196, nr. 480, p. 2-3.

²⁷⁷ Kamerstukken II 2016/17, 30 196, nr. 480, p. 3-4.

²⁷⁸ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101).

²⁷⁹ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 25.

²⁸⁰ Art. 4 lid 3 VEU.

²⁸¹ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 27-29.

²⁸² Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 25.

waarborgen.²⁸³ Private partijen die worden betrokken bij een wetgevingsproces mogen niet in staat zijn hun eigen belang te dienen.²⁸⁴ Derhalve moet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kunnen worden gegarandeerd dat het publieke belang – in plaats van het eigen belang – wordt gediend.²⁸⁵ In de MvT wordt gesteld dat het wetsvoorstel genoeg waarborgen kent, waardoor deze garantie kan worden gegeven.²⁸⁶ De minister moet – zoals reeds in paragraaf 3.1 is uiteengezet – bij de beoordeling van een verzoek een integrale belangenafweging ten aanzien van de wenselijkheid van de regeling maken. Bovendien moeten indieners een draagvlak kunnen aantonen, zowel onder degenen die de te stellen regels moeten naleven als onder degenen voor wie de te stellen regels anderszins gevolgen zullen hebben. Daarnaast is ook een inhoudelijke onderbouwing van duurzaamheidseffecten en andere mogelijke effecten vereist. Deze effecten dienen vervolgens door de minister te worden afgewogen. Voor deze afweging gebruikt de minister echter in beginsel de aangeleverde gegevens door de indieners van het verzoek.²⁸⁷ Dit kan dus niet als zodanig als een waarborg worden gezien, daar de betrokken ondernemingen zelf de gewenste informatie kunnen aanleveren. De minister is wel verantwoordelijk om ook zélf te onderzoeken of het verzoek tot regelgeving daadwerkelijk in het algemeen belang is.²⁸⁸ Subsidiariteit, proportionaliteit en noodzakelijkheid van de te stellen regels worden daarbij ook onderzocht. Het lijkt derhalve dat voldoende waarborgen zijn opgenomen in het wetsvoorstel en dat de conclusie van de regering – dat dit wetsvoorstel niet in strijd is met de nuttig-effect-jurisprudentie – juist is. Ik ben echter niet dezelfde mening toegedaan. Reden dat de rechtspraak van het HvJ EU een duidelijke en restrictieve interpretatie laat zien van het criterium dat enkel het publieke belang mag worden nagestreefd.²⁸⁹ Ondernemingen zullen – zelfs na het opnemen van al deze waarborgen – nog steeds in staat zijn om deels hun eigen belang te dienen. Natuurlijk zullen zij tevens ook een duurzaamheidsbelang dienen, maar dat is hier niet relevant.²⁹⁰ De toets waaraan voldaan zal moeten zijn is zeer strikt. Mijn mening zal ik illustreren aan de hand van het voorbeeld van de Kip van Morgen. Deze afspraak zou ertoe leiden dat ‘kiloknallers’ niet meer verkocht mogen worden, met als gevolg dat deze producenten buiten spel worden gezet. Het gaat bij kiloknallers om het streven naar een maximale opbrengst zonder bekommernis om het welzijn van het dier.²⁹¹ Dat deze producenten voor zoveel concurrentie zorgen dat de sector wel degelijk een eigen belang heeft om de concurrentie op de markt weg te nemen, is niet onmogelijk. Een duurzaamheidsbelang kan dus als een sluier worden gebruikt om toch het eigen belang te dienen.²⁹² Dit leidt tot mijn conclusie dat niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kan worden aangenomen dat de opgenomen waarborgen kunnen garanderen dat *enkel* het publieke belang wordt gewaarborgd. Hierbij dient echter wel opgemerkt te worden dat de ACM verplicht is advies te geven over de markteffecten van de voorgestelde regels.²⁹³ Hierdoor wordt het gevaar (deels) weggenomen, aangezien de ACM in een dergelijk geval negatief zou moeten adviseren. Echter heeft het advies van de ACM enkel betrekking op de markteffecten en niet op het feit of een onderneming het publieke of het eigen belang dient. In een dergelijk geval

²⁸³ Mulder, *SEW* 2017, p. 115; Concl. A-G F.G. Jacobs, ECLI:EU:C:1999:430, bij HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*), par. 184.

²⁸⁴ Mulder, *SEW* 2017, p. 114-115.

²⁸⁵ HvJ EG 19 februari 2002, C-35/99, ECLI:EU:C:2002:97 (*Arduino*), par. 39.

²⁸⁶ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10.

²⁸⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 7.

²⁸⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, 4, p. 7.

²⁸⁹ Concl. A-G F.G. Jacobs, ECLI:EU:C:1999:430, bij HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*), par. 184.

²⁹⁰ Mulder, *SEW* 2017, p. 115.

²⁹¹ Wakker dier: wat is een kiloknaller?

²⁹² Mulder, *SEW* 2017, p. 116.

²⁹³ Art. 5 wetsvoorstel (Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 2); Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 3, p. 20-21.

zoals hierboven beschreven, kan niet met zekerheid worden vastgesteld dat enkel het publieke belang wordt gediend, aldus het HvJ EU.²⁹⁴ Dit zou betekenen dat het wetsvoorstel in strijd is met de loyaliteitsverplichting. In dat geval is de ACM genoodzaakt om de AMvB te toetsen en buiten toepassing te verklaren.²⁹⁵ Vervolgens bestaat voor de ACM de mogelijkheid om de betrokken ondernemingen aan te spreken voor een overtreding van de mededingingsregels, omdat zij mededingingsbeperkende afspraken hebben gemaakt.²⁹⁶ Dit kan resulteren in verstrekkende en zeer nadelige gevolgen. Het wetsvoorstel beoogt juist de rechtszekerheid te stimuleren, terwijl – mijns inziens – de positie voor ondernemingen twijfelachtig is. In het geval dat toch geen sprake zou zijn van strijdigheid met de loyaliteitsverplichting, moet wél aan de Europese regels van het vrije verkeer van goederen worden getoetst.²⁹⁷ Een inbreuk wordt snel aangenomen, zoals reeds is uitgelegd in paragraaf 4.2. De inbreuk zal dan moeten worden gerechtvaardigd, om niet in strijd te zijn met de Europese regels.²⁹⁸ Duurzaamheid gerelateerde onderwerpen vallen onder de geaccepteerde rechtvaardigingsgronden, waardoor dit geen probleem zal opleveren.²⁹⁹ Wel moet de regeling aan het strikt uitgelegde evenredigheidsbeginsel voldoen.³⁰⁰ Dit zal niet zonder meer het geval zijn, daar kan worden beargumenteerd dat de doelstelling – namelijk het stimuleren van duurzaamheidsinitiatieven – ook op een minder beperkende wijze kan worden verwezenlijkt.³⁰¹ Het is namelijk goed mogelijk om duurzaamheidsinitiatieven te stimuleren door meer ruimte te geven aan ondernemingen, zoals in de (concept) Leidraad van de ACM is beoogd. Ook is geen sprake van coherentie in beleidsdoelstellingen: duurzaamheidsinitiatieven worden niet in andere beleidsgebieden gestimuleerd. Zelfs in het geval dat geen sprake is van strijd met de loyaliteitsverplichting, zal dus het evenredigheidsbeginsel problemen (kunnen) opleveren voor het wetsvoorstel. Kort samengevat bestaan veel Europeesrechtelijke bezwaren en zal dit wetsvoorstel strijd met het Europees recht (kunnen) opleveren.

Derde argument tegen het wetsvoorstel

Zoals zojuist aangehaald, bestaan reeds andere mogelijkheden in het mededingingsrecht. Het wetsvoorstel zou om die reden als overbodig en dubbelop kunnen worden bestempeld, aangezien de (concept) Leidraad van de ACM reeds mogelijkheden biedt voor ondernemingen die een duurzaamheidsinitiatief willen implementeren. De ACM is echter, als toezichthouder, niet “*de meest aangewezen entiteit om de fundamentele beleidsafweging te maken tussen de milieu- en duurzaamheidsdoelstellingen en de doelstellingen van het mededingingsbeleid*”, daar deze (concept) Leidraad niet voor genoeg rechtszekerheid kan zorgen.³⁰² Bovendien wijkt de (concept) Leidraad op bepaalde punten af van de richtsnoeren van de Europese Commissie. Zoals besproken in paragraaf 2.3 zijn in de (concept) Leidraad drie situaties opgenomen:

²⁹⁴ HvJ EG 19 februari 2002, C-35/99, ECLI:EU:C:2002:97 (*Arduino*), par. 39.

²⁹⁵ HvJ EG 9 september 2003, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430 (*Consortio Industrie Fiammiferi/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*), par. 58.

²⁹⁶ Deze afspraken vallen dan onder art. 6 lid 1 Mw en – indien sprake is van een interstatelijk effect – ook onder art. 101 lid 1 VWEU.

²⁹⁷ Mulder, *SEW* 2017, p. 114.

²⁹⁸ Art. 36 VWEU; HvJ EG 20 februari 1979, 120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*).

²⁹⁹ Bijvoorbeeld in HvJ EU 1 juli 2014, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037 (*Ålands Vindkraft/AB Energimyndigheten*), par. 77; HvJ EG 13 maart 200, C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160 (*PreussenElektra AG/Schleswig AG*), par. 73-75; HvJ EG 15 november 2005, C-320/03, ECLI:EU:C:2005:684 (*Commissie/Oostenrijk*), par. 70; Zie ook Steinbach & Brückmann, *J. Environ. Law* 2015, p. 1-16.

³⁰⁰ Art. 5 lid 4 VEU.

³⁰¹ Bijvoorbeeld in HvJ EG 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (*Hartlauer*), par. 55; HvJ EU 11 maart 2010, C-384/08, ECLI:EU:C:2010:133 (*Attanasio Group*), par. 51; Zie ook Mathisen, *CML Rev.* 2010, p. 1021-1048.

³⁰² De Goffau & Van Heezik, *M&M* 2020, p. 191.

duurzaamheidsafspraken zonder mededingingsbeperkingen, duurzaamheidsafspraken die onder de wettelijke vrijstelling van het kartelverbod vallen en duurzaamheidsafspraken die niet in overeenstemming met de Mededingingswet kunnen worden gebracht.³⁰³ Het probleem doet zich voor bij de tweede situatie, waarbij een duurzaamheidsafpraak getoetst wordt aan lid 3 van artikel 6 Mededingingswet en artikel 101 VWEU. De ACM stelt weliswaar dat de richtsnoeren van de Europese Commissie, de relevante nationale en Europese jurisprudentie en de Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016 als uitgangspunt worden genomen, maar wijkt vervolgens wel af van de richtsnoeren.³⁰⁴ Om onder de wettelijke vrijstelling van het kartelverbod te vallen, moet een betreffende afspraak aan vier cumulatieve voorwaarden voldoen: (i) de afspraken moeten efficiëntievoordelen opleveren, (ii) de gebruikers van de betrokken producten moeten van die voordelen een billijk aandeel ontvangen, (iii) de mededingingsbeperking moet noodzakelijk zijn om de voordelen te behalen en gaat niet verder dan nodig is en (iv) de mededinging mag niet voor een substantieel deel van de betrokken producten worden uitgeschakeld.³⁰⁵ De ACM is bij de uitleg van de tweede voorwaarde verder gegaan dan de richtsnoeren van de Europese Commissie. Op het uitgangspunt dat gebruikers ten minste moeten worden gecompenseerd voor de nadelen die zij van de mededingingsbeperking ondervinden, heeft de ACM een uitzondering gemaakt. Hiervan mag worden afgeweken indien (i) de afspraak is gericht op het voorkomen of beperken van evidente milieuschade, én (ii) de afspraak een efficiënte bijdrage levert aan de naleving van een internationale of nationale norm ter voorkoming van milieuschade waaraan de overheid is gebonden, aldus de ACM.³⁰⁶ Met andere woorden mag nu, bij afspraken die bijdragen aan het halen van concrete klimaatdoelen waar de overheid aan is gebonden, de voordelen voor de hele samenleving meegewogen worden. Voorheen moesten de voordelen voor de gebruikers groter zijn dan de nadelen. In paragraaf 2.3 is deze kwestie uitgebreid geanalyseerd en heb ik reeds mijn mening gegeven over deze geformuleerde uitzondering. Het probleem zit mijns inziens vooral in de tweede voorwaarde voor de uitzondering, wat ertoe leidt dat de ACM niet zomaar deze tweede voorwaarde kan formuleren. De richtsnoeren zijn namelijk een stuk genuanceerder op dit punt. Indien een duurzaamheidsafpraak enkel nationale werking heeft, zal dit niet direct een probleem vormen, daar enkel de Nederlandse mededingingsregels van toepassing zullen zijn.³⁰⁷ Echter zal vooral in handelssituaties snel sprake zijn van tussenstaatse handel, waardoor ook de Europese mededingingsregels gelden.³⁰⁸ De Europese Commissie is in het laatstgenoemde geval ook bevoegd tot handhaving. In het geval dat een onderneming tijdens een *self assessment* op grond van de (concept) Leidraad heeft beoordeeld dat haar duurzaamheidsafpraak onder de wettelijke uitzondering van het kartelverbod valt, kan de Europese Commissie dus stellen dat de richtsnoeren in de (concept) Leidraad niet juist zijn toegepast, waardoor de duurzaamheidsafpraak wel degelijk verboden kan zijn. Dit standpunt wordt ondersteund door de eerdergenoemde brief van 2016 van de Europese Commissie, waarin zij stelt dat het niet mogelijk is om duurzaamheidsbelangen in een dergelijke mate mee te wegen bij het beoordelen van duurzaamheidsinitiatieven.³⁰⁹ Indien deze afwijking van de ACM wordt gekwalificeerd als strijdig met het Europese mededingingsrecht, zal de (concept) Leidraad dus geen standhouden en kunnen bedrijven zich niet bij een *self assessment* hierop beroepen. In elk ander geval zouden ondernemingen het (Europees) mededingingsrecht kunnen overtreden met alle gevolgen van dien. Ik ben van mening dat de ACM in de (concept) Leidraad te ver is gegaan

³⁰³ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 5-6.

³⁰⁴ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 10.

³⁰⁵ Art. 6 lid 3 Mw; Art. 101 lid 3 VWEU.

³⁰⁶ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 12.

³⁰⁷ Art. 6 Mw.

³⁰⁸ Art. 101 VWEU.

³⁰⁹ Reactie Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016.

en daarbij riskeert dat deze aan de kant wordt gezet door de Europese Commissie. Doordat dit gevaar bestaat, is wetgeving mijns inziens noodzakelijk. Dit standpunt wordt ondersteund door J.C. de Goffau en G. van Heezik, zij stellen namelijk dat aanvullende rechtszekerheid wenselijk is, “*met name omdat het beleid niet vastligt in bindende regelgeving en ook niet of nauwelijks door de rechter kan worden gecontroleerd*”.³¹⁰

Vierde argument tegen het wetsvoorstel

Een ander tegenargument betreft het standpunt dat, in plaats van nationale regelgeving, Europese regels omtrent duurzaamheidsinitiatieven wenselijk zijn. Dit verbetert de rechtszekerheid en uniformiteit, aangezien voor alle lidstaten in dat geval dezelfde regels gelden.³¹¹ Zoals reeds gesteld is het standpunt van de Europese Commissie dat Europese regels op dit gebied moeten komen, in de vorm van duidelijke richtsnoeren voor duurzaamheidsinitiatieven.³¹² Ik ben het hiermee eens: er dienen inderdaad Europese regels te komen, zoals ik reeds eerder heb beargumenteerd. Echter dient de Europese Unie wel op te schieten met het stellen van deze regels. Regelgeving omtrent duurzaamheidsinitiatieven is namelijk zeer belangrijk en op dit moment bestaat nog te veel onduidelijkheid en onzekerheid over de mogelijkheden in het huidige mededingingsrecht voor dergelijke initiatieven. Momenteel bestaat geen uniformiteit in de toepassing van deze regels. Dit valt zelfs te zien in de toepassing van de Europese mededingingsregels door de verschillende Europese instellingen: het HvJ EU heeft in bepaalde gevallen wel toegestaan dat andere factoren dan mededingingsfactoren meegenomen mogen worden³¹³, terwijl de Europese Commissie eerst wél rekening hield met niet-economische doelstellingen³¹⁴, maar in haar richtsnoeren een dergelijke mogelijkheid niet heeft opgenomen³¹⁵. Nederlandse bedrijven dienen in een *self assessment* te beoordelen of een afspraak die zij willen maken is toegestaan in het licht van het mededingingsrecht.³¹⁶ Daar verschillende opvattingen bestaan, is het voor ondernemingen erg lastig om deze beoordeling te maken. Zij zullen zelfs, indien ze volgens de (concept) Leidraad van de ACM handelen, toch altijd het risico lopen dat – in het geval aan het vereiste van tussenstaatse handel is voldaan – zij in strijd met het Europese mededingingsrecht handelen. Indien regels op Europees niveau worden gesteld, zal voor alle bedrijven binnen de Europese sfeer duidelijkheid bestaan en zal een dergelijke beoordeling voor bedrijven ook minder problematisch zijn. Zoals eerder beargumenteerd pleit ik voor Europese regelgeving met betrekking tot duurzaamheidsinitiatieven. Totdat echter op Europees niveau regels zijn gemaakt, biedt het wetsvoorstel mijns inziens een mogelijkheid om deze periode te overbruggen, zodat wel een wettelijke basis bestaat.³¹⁷

³¹⁰ De Goffau & Van Heezik, *M&M* 2020, p. 187

³¹¹ De Goffau & Van Heezik, *M&M* 2020, p. 188.

³¹² Statement on ACM public consultation on sustainability guidelines 2020.

³¹³ HvJ EU 13 oktober 2011, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649 (*Pierre Fabre*), par. 40; GvEA EG 11 juli 1996, gevoegde zaken T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, ECLI:EU:T:1996:99 (*Métropole télévision*), par. 118.

³¹⁴ CECED-beschikking inzake een milieuafpraak tussen wasmachinefabrikanten (*PbEU* 2000, L 187).

³¹⁵ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101).

³¹⁶ Bovendien dienen bedrijven in heel Europa in een *self assessment* te beoordelen of zij voldoen aan het Europese (en nationale) mededingingsregels (Tien jaar handhaving van de mededingingsregels op grond van Verordening nr. 1/2003: Resultaten en toekomstperspectieven, COM(2014)453/4, par. 6).

³¹⁷ Aldus ook Koeman & Deza de Massiac, *M&M* 2020, p. 208.

Vijfde argument tegen het wetsvoorstel

Ten slotte rest het argument dat (veel) praktische bezwaren bestaan tegen het wetsvoorstel. De eisen die aan een verzoek tot regelgeving worden gesteld zijn inderdaad hoog, doordat (i) een heldere uitleg, (ii) een beschrijving van het draagvlak, (iii) een onderbouwing van de gevolgen van het verzoek en (iv) een beschrijving van de bijdrage aan het toezicht op de naleving zijn vereist.³¹⁸ Deze hoge eisen zijn echter – naar mijn mening – noodzakelijk. Zoals ik eerder heb genoemd zijn de opgenomen waarborgen in het wetsvoorstel niet genoeg om te garanderen dat enkel het publieke belang wordt gediend. Deze waarborgen zorgen echter wel voor een goede kwaliteit van een verzoek tot regelgeving. Indien deze eisen niet aan een verzoek zouden worden gesteld, zouden initiatieven die maar deels zijn onderbouwd en/of uitgewerkt te pas en te onpas ingediend kunnen worden. Hierdoor zou de minister overspoeld kunnen worden door het aantal verzoeken dat wordt ingediend. Bovendien zouden verzoeken dan wellicht niet meer binnen de vereiste zes maanden kunnen worden beoordeeld. Ook al is dit een termijn van orde zonder rechtsgevolg, zal het voordeel van tijdswinst – dat juist met de weg van het wetsvoorstel geboekt zou worden – verdwijnen.³¹⁹

Concluderend ben ik van mening dat het wetsvoorstel kan zorgen voor het stimuleren van het behalen van klimaatdoelen en het stimuleren van duurzaamheidsinitiatieven. Daarbij kan het wetsvoorstel invloed hebben op de ontwikkeling van het al dan niet toestaan van duurzaamheidsinitiatieven op Europees niveau, althans voor een versnelling in het proces zorgen. Verder zijn de hoge eisen die aan een verzoek worden gesteld in het wetsvoorstel noodzakelijk om de kwaliteit van een verzoek te waarborgen. Echter kunnen mijns inziens niet-economische effecten en/of het algemeen belang niet zomaar tegen elkaar mogen worden afgewogen, hiervoor is eerst vereist dat de Europese Commissie verdere uitleg geeft. Bovendien is het wetsvoorstel (wellicht) in strijd met Europese regels omtrent de loyaliteitsverplichting en de regels van het vrije verkeer. Wetgeving omtrent duurzaamheidsinitiatieven is naar mijn mening wel gewenst, daar de (concept) Leidraad van de ACM te ver gaat in de interpretatie van de richtsnoeren van de Europese Commissie. Ik ben van mening dat wetgeving niet op nationaal, maar op Europees niveau dient plaats te vinden.

5.2 Aanbeveling op grond van afweging

Lange termijn intentieverklaring

Na een afweging van de voor- en tegenargumenten van het wetsvoorstel, zal ik ook een eigen aanbeveling geven omtrent regelgeving voor duurzaamheidsinitiatieven. Een eerste mogelijkheid betreft om samenwerking gericht op duurzaamheid niet op te nemen in een (mededingingsbeperkende) afspraak, maar in een lange termijn intentieverklaring. Bij een dergelijke intentieverklaring is het aan partijen zélf om te beslissen welke maatregelen zij willen nemen en op welke termijn zij deze maatregelen willen implementeren. Voorbeelden van succesvolle intentieverklaringen zijn het ‘Betonakkoord’ uit 2018 en het Nationaal Grondstoffenakkoord uit 2016/2017.³²⁰ Bij het Betonakkoord koos de overheid – als belangrijke opdrachtgever in de bouw- en infrasector – ervoor om enkel zaken te doen met partijen die duurzaam geproduceerd beton verkopen. Niet alleen concurrenten, maar ook opdrachtgevers waren bij dit akkoord betrokken om zo voor een breder draagvlak te zorgen.

³¹⁸ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 14-17.

³¹⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 247, nr. 4, p. 9.

³²⁰ Korsten, *Bb* 2019/83, par. 3.5.

Oprichters kunnen namelijk bepaalde voorwaarden met betrekking tot duurzaamheid stellen bij de inkoop. Via openbare publicaties kunnen partijen vervolgens hun voortgang publiceren. Hierdoor wordt verduurzaming gestimuleerd, doordat positieve publiciteit (naar alle waarschijnlijkheid) meer opdrachten genereert. Wanneer eenzelfde soort akkoord voor natuur- of milieuorganisaties zou worden gesloten, zou dit ook kunnen leiden tot het stimuleren van duurzame bedrijfsvoering en daarmee duurzaamheidsinitiatieven. In plaats van een bindende afspraak, wordt dan gebruik gemaakt van positieve publiciteit om hetzelfde resultaat te bereiken. Daar geen sprake is van een afspraak en partijen enkel zelfstandig handelen, is het mededingingsrecht hier niet van toepassing en vormt dit geen belemmering.

Instellen verplichting bij overschrijding bepaalde drempel

Een andere mogelijkheid om duurzaamheidsinitiatieven niet vroegtijdig te laten stranden, heeft betrekking op de *self assessment*. Momenteel zijn initiatiefnemers verplicht om een dergelijk initiatief zelf te toetsen. Hierbij dient rekening gehouden te worden met het Nederlandse, maar ook – in geval van tussenstaatse handel – het Europese mededingingsrecht. Zoals reeds opgemerkt, hebben initiatiefnemers vaak geen of niet genoeg kennis van deze regels om een waterdichte beoordeling te maken. Dit zou kunnen worden verholpen door het volgende: indien een bepaalde waarde van substantieel belang wordt overgeschreden, zou het verplicht kunnen worden een externe en/of onafhankelijke partij in te schakelen om te beoordelen of het kartelverbod al dan niet van toepassing is. De drempel zou bijvoorbeeld een bepaalde verwachte omzet kunnen zijn. Zo wordt voorkomen dat initiatiefnemers ten onrechte beoordelen dat een duurzaamheidsafpraak niet onder het kartelverbod of juist onder de wettelijke vrijstelling van het kartelverbod valt. Deze drempel ziet men op andere gebieden in het mededingingsrecht reeds terug en is dus geen onbekend fenomeen. Een drempel wordt onder andere reeds gebruikt in het Europees mededingingsrecht bij de ‘De minimis doctrine’ – om te bepalen of een zaak genoeg relevantie heeft – en bij de toetsing van een *merkbaar* effect op de handel tussen lidstaten.³²¹ Een dergelijke drempel zou dus ook kunnen worden gebruikt op nationaal niveau voor afspraken die te maken hebben met duurzaamheid. Dit is noodzakelijk omdat de bestaande mededingingsregels maar in zeer beperkte mate ruimte bieden voor duurzaamheidsafspraken met een breed draagvlak, omdat deze al snel worden gekwalificeerd als doel- of effectbeperkingen en omdat de vier voorwaarden voor een individuele vrijstelling van het kartelverbod niet erg geschikt zijn voor toepassing op duurzaamheidsafspraken.³²² Dit hebben wij in het voorgaande reeds vastgesteld.

Ex ante ontheffingsstelsel specifiek voor duurzaamheidsinitiatieven

Verder ondersteun ik de mogelijkheid die volgens J.C. de Goffau en G. van Heezik de meeste rechtszekerheid en de mogelijkheid tot rechtsontwikkeling biedt, betreft “*een nieuw wettelijk ex ante ontheffingsstelsel specifiek voor duurzaamheidsinitiatieven, vergelijkbaar met het ontheffingsstelsel zoals dat bestond vóór de modernisering van de mededingingsregels*”.³²³ Hiermee wordt bedoeld op de ontheffingen van Verordening (EEG) 17/62.³²⁴ Het grote verschil met de ‘oude’ ontheffingsmogelijkheid betreft dat het in dit geval enkel zou gelden voor

³²¹ Mededeling betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2014, C 291); Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101/85-87), par. 44-57.

³²² Korsten, *Bb* 2019/83, par. 3.6.

³²³ De Goffau & Van Heezik, *M&M* 2020, p. 191.

³²⁴ Verordening (EEG) 17/62.

afspraken die tot doel hebben duurzaamheidsdoelstellingen te bevorderen. Indien een ontheffingsverzoek door een onderneming wordt gedaan, zal de Europese Commissie een positief of negatief besluit nemen. Hierdoor wordt de rechtspositie van belanghebbenden gewaarborgd en zal dit tot bruikbare precedentes kunnen leiden, waardoor meer rechtszekerheid voor initiatiefnemers bestaat.³²⁵ Een nadeel van deze mogelijkheid betreft echter het feit dat de Europese Commissie bewust het centralistische stelsel van ontheffingen heeft afgeschaft, waardoor het niet waarschijnlijk is dat zij deze weer zal willen invoeren.³²⁶ Dit kan wellicht worden opgelost door enkel ontheffingsverzoeken toe te laten die voldoen aan hoge eisen, waardoor de werkdruk voor de Europese Commissie zal afnemen. Deze eisen kunnen bijvoorbeeld bestaan uit het vereisen van een uitgewerkte *self assessment* en een *comfort letter*.³²⁷ Dit laatste kan worden gezien als een voorportaal, waarin de Europese Commissie reeds in een vroeg stadium gevraagd kan worden haar zienswijze over een bepaalde samenwerking te geven.

Europese oplossingen

Ten slotte wil ik de Europese instanties aansporen om regels op Europees niveau omtrent duurzaamheidsinitiatieven op te stellen. Momenteel bestaat niet genoeg duidelijkheid over de ruimte die het Europese mededingingsrecht biedt. Nationale wetgevers kunnen zich gaan buigen over deze kwestie, maar het is in ieders belang dat deze regels uniform zijn en op eenzelfde wijze worden uitgelegd. Mijn voornaamste aanbeveling is dan ook dat Europese regels op dit punt dienen te komen, waarbij ik het standpunt van J. de Goffau en G. van Heezik volg.³²⁸ Dit kan op een aantal verschillende manieren worden gerealiseerd, waarvan ik de belangrijkste zal aanhalen.

De Europese Commissie zou in haar richtsnoeren meer duidelijkheid kunnen geven. In deze richtsnoeren wordt een onderscheid gemaakt tussen kostenverbeteringen en kwalitatieve verbeteringen. Daar duurzaamheidsinitiatieven vaak tot een kostenverhoging leiden, zijn vooral de kwalitatieve verplichtingen voor deze kwesties relevant. Onder kwalitatieve verbeteringen vallen onder andere voordelen met betrekking tot kwaliteit, productaanbod of serviceaanbod. Wat de – niet op prijs gebaseerde – waarde van een duurzaamheidsinitiatief is voor de consument, is lastig te beoordelen. De richtsnoeren zouden dus kunnen worden aangepast, waardoor het duidelijker wordt *welke* voordelen kunnen worden meegenomen en *hoeveel* waarde aan deze voordelen mag worden gehecht. Momenteel is enkel in de richtsnoeren opgenomen dat kwalitatieve efficiëntieverbeteringen mogelijk kunnen opwegen tegen een nadelig effect op de concurrentie, maar wordt verder niet uitgelegd hoe dit moet worden beoordeeld.³²⁹ Bij een verbetering in de richtsnoeren zou ook moeten worden verduidelijkt hoe het zit met niet-economische efficiëntieverbeteringen, daar nu veel onduidelijkheid omtrent deze verbeteringen bestaat.

Daarnaast is in de richtsnoeren opgenomen dat de beoordeling van efficiëntieverbeteringen die voortvloeien uit beperkende overeenkomsten, moet plaatsvinden op de relevante markten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Verder wordt gesteld dat negatieve effecten op consumenten in een geografische markt of productmarkt normaal gesproken niet kunnen worden afgewogen tegen en worden gecompenseerd door positieve effecten voor consumenten in een andere niet-gerelateerde geografische markt of productmarkt. Wanneer twee markten

³²⁵ De Goffau & Van Heezik, *M&M* 2020, p. 192.

³²⁶ Vogelaar, *M&M* 2003, p. 21.

³²⁷ De Goffau & Van Heezik, *M&M* 2020, p. 192.

³²⁸ De Goffau & Van Heezik, *M&M* 2020, p. 192-193.

³²⁹ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101/113), par. 104.

echter met elkaar verbonden zijn, kan rekening worden gehouden met efficiëntieverbeteringen die op afzonderlijke markten zijn behaald, op voorwaarde dat de groep consumenten die door de beperking wordt getroffen en profiteert van de efficiëntiewinsten in wezen dezelfde is.³³⁰ Dit is een vrij strikte opvatting, terwijl in de rechtspraak wordt erkend dat niet alleen rekening gehouden moet worden met voordelen die voortvloeien uit de overeenkomst in kwestie op de relevante markt, maar in bepaalde gevallen ook voor “*elke andere markt waarop de overeenkomst in kwestie gunstige effecten zou kunnen hebben, en zelfs, in meer algemene zin, voor elke dienst waarvan de kwaliteit of de efficiëntie zou kunnen worden verbeterd door het bestaan van die overeenkomst*”.³³¹ Dit standpunt wordt ondersteund door lid 3 van artikel 101 VWEU, waarin een vrijstelling is opgenomen voor overeenkomsten die bijdragen tot het bevorderen van technische of economische vooruitgang. In dit artikel wordt namelijk geen specifieke band met de relevante markt vereist. Door de rechtspraak van het HvJ EU kan worden gesteld dat deze strikte opvatting verouderd is.³³² De reden voor de strikte opvatting is waarschijnlijk gelegen in het feit dat het netto-effect van de overeenkomst voor de gebruikers – volgens de richtsnoeren – ten minste neutraal moet zijn.³³³ Met betrekking tot ‘welke consument’ de voordelen moeten toekomen zijn de richtsnoeren – mijns inziens – verouderd: duidelijkheid zal moeten worden verschaft over wanneer verschillende consumentengroepen voldoende met elkaar verbonden zijn, zodat ook rekening kan worden gehouden met efficiëntieverbeteringen die niet uit de overeenkomst op de markt in kwestie voortvloeien. Met betrekking tot de kwestie aan welke consument de voordelen moeten toekomen, speelt nog een andere factor. Momenteel worden vooral enkel de voordelen meegenomen die gelden voor de huidige generatie. Voor milieuzaken geldt echter – meer dan bij andere zaken – dat de voordelen van (cruciaal) belang kunnen zijn voor toekomstige generaties. Aan deze voordelen voor toekomstige generaties zouden nationale mededingingsautoriteiten minder gewicht kunnen toekennen dan aan de voordelen voor toekomstige generaties, zodat het belang van de huidige consument goed kan worden gewaarborgd. De ACM heeft in haar (concept) Leidraad reeds de opvatting opgenomen dat voordelen voor de huidige én toekomstige gebruikers worden meegenomen.³³⁴ Dit heeft de ACM afgeleid uit de richtsnoeren van de Europese Commissie.³³⁵ Naar mijn mening zouden deze voordelen voor toekomstige gebruikers in het geval van duurzaamheid meegenomen moeten worden en zou de Europese Commissie deze mogelijkheid meer expliciet moeten opnemen in haar richtsnoeren. Reden dat juist voor zaken omtrent duurzaamheid deze kwestie speelt.

Een laatste aanbeveling om duidelijkheid te verschaffen over de positie van duurzaamheidsinitiatieven betreft de uitbreiding van de Wouters-doctrine. Deze doctrine zou verder kunnen worden uitgewerkt, waarbij specifiek de milieusector aan bod zal moeten komen. Indien deze doctrine verder wordt uitgebreid, zal dit als duidelijke uitzonderingsgrond van het kartelverbod kunnen dienen. Ook voor duurzaamheidsinitiatieven zou deze doctrine in dat geval grondslag kunnen bieden, terwijl dit momenteel nog niet mogelijk is doordat de jurisprudentie omtrent de inherente beperking nog te weinig ontwikkeld is. Indien deze grondslag is uitgekristalliseerd en het HvJ EU in toekomstige rechtspraak de Wouters-doctrine

³³⁰ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101/103), par. 43.

³³¹ GvEA EG 28 februari 2002, T-86/95, ECLI:EU:T:2002:50 (*Compagnie Générale Maritime*).

³³² HvJ EU 11 september 2014, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201 (*Mastercard*); HvJ EU 11 september 2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Groupement des cartes bancaires*); Gerecht EU 16 mei 2018, T-712/16, ECLI:EU:T:2018:269 (*Deutsche Lufthansa/Commission*).

³³³ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101/110), par. 85.

³³⁴ (Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020, p. 12.

³³⁵ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101/103 en 110), par. 43, 85 en 87-89.

verenigt met de *Rule of Reason*, zal dit in het voordeel voor duurzaamheidsinitiatieven zijn, daar ondernemingen bij dergelijke afspraken zich op deze uitzonderingsgrond kunnen beroepen. De behoefte aan rechtsontwikkeling via jurisprudentie bestaat ook buiten de Wouters-doctrine. Dit kan worden bewerkstelligd door de Europese Commissie, indien zij actief gebruik zal maken van de bestaande bevoegdheid “om op grond van artikel 10 Verordening (EG) 1/2003 ambtshalve declaratoire ‘negatieve’ besluiten te nemen waarin zij verklaart dat artikel 101 VWEU op bepaalde gevallen niet van toepassing is”.³³⁶ Dergelijke besluiten kunnen zorgen voor rechtszekerheid en een uniforme toepassing van deze rechtsregels.³³⁷

Ik kom tot de conclusie dat de Europese Unie momenteel aan zet is en zal moeten ontwikkelen tot een zogenaamde ‘Energie Unie’.³³⁸ De Europese Commissie dient te zorgen voor een verduidelijking en vernieuwing van haar richtsnoeren op meerdere vlakken, zodat meer duidelijkheid bestaat omtrent de positie van duurzaamheidsinitiatieven. Bovendien is het een goede mogelijkheid om een nieuw wettelijk *ex ante* ontheffingensysteem specifiek voor duurzaamheidsinitiatieven te ontwikkelen. Daarnaast zal ook het HvJ EU, indien de gelegenheid zich voordoet, de kans moeten grijpen om de Wouters-doctrine te verenigen met de reeds gefundeerde *Rule of Reason*, zodat dit als grondslag kan gelden voor een uitzondering op het kartelverbod. Op nationaal niveau kan tot die tijd ook actie worden ondernomen: de regering zal een akkoord met betrekking tot samenwerking gericht op duurzaamheid kunnen opnemen in een lange termijn intentieverklaring. Hierdoor zal door positieve publiciteit eenzelfde doelstelling kunnen worden gehaald, terwijl de problemen van het mededingingsrecht zich niet voordoen. De ACM zou – als nationale mededingingsautoriteit – zelf ook maatregelen kunnen nemen. Zij zou in bepaalde gevallen van partijen kunnen verlangen een externe en/of onafhankelijke partij in te schakelen om te beoordelen of het kartelverbod al dan niet van toepassing is.

6. Conclusie

Al sinds lange tijd bestaat op nationaal, Europees en internationaal niveau een ontwikkeling met betrekking tot duurzaamheid: er bestaat steeds meer aandacht voor klimaatverandering en duurzame ontwikkeling. Op nationaal gebied heeft de ACM geprobeerd op deze ontwikkeling in te spelen door in 2014 een Visiedocument te publiceren, waarin zij stelde dat meer duidelijkheid noodzakelijk was met betrekking tot de verhouding tussen duurzaamheidsinitiatieven en het kartelverbod in het mededingingsrecht. De Europese Commissie houdt zich tevens bezig met deze kwestie, maar heeft tot op heden nog geen duidelijke regels gesteld op dit gebied. Hierdoor zag de ACM zich in 2020 genoodzaakt een vernieuwde (concept) Leidraad op te stellen, waarin meer duidelijkheid wordt verschaft en zelfs iets verder wordt gegaan bij de interpretatie van de concurrentieregels voor gezamenlijke duurzaamheidsinitiatieven van ondernemingen. Bovendien is het wetsvoorstel ‘Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven’ ingediend om mededingingsrechtelijke problemen met betrekking tot samenwerking bij duurzaamheidsinitiatieven weg te nemen, door deze

³³⁶ De Goffau & Van Heezik, *M&M* 2020, p. 194.

³³⁷ Overweging 14 Verordening (EG) 1/2003; DG Competition's manual of procedure for the application of Articles 101 and 102 TFEU, p. 239; HvJ EU 3 mei 2011, C-375/09, ECLI:EU:C:2011:270 (*Tele2 Polska*), par. 24-25.

³³⁸ Hiermee wordt bedoeld dat de Europese Unie naar een ambitieus klimaatbeleid streeft en tot doel heeft om de consumenten in de EU – huishoudens en ondernemingen – een veilige, duurzame, concurrerende en betaalbare energievoorziening te waarborgen (Een kaderstrategie voor een schokbestendige energie-unie met een toekomstgericht beleid inzake klimaatverandering, COM(2015)80/2).

initiatieven te stimuleren in plaats van te verbieden op grond van het kartelverbod. Na een uitgebreide analyse in deze master thesis werden drie deelvragen over dit onderwerp beantwoord, de antwoorden hierop zullen (kort) worden herhaald.

Het antwoord op de eerste deelvraag “*wat zijn de bestaande mogelijkheden voor duurzaamheidsinitiatieven in het mededingingsrecht?*” is aan bod gekomen in paragraaf 2.3. Op grond van het kartelverbod zijn overeenkomsten die de mededinging beperken niet toegestaan. Hierop bestaat echter een wettelijke uitzondering in lid 3 van artikel 6 Mededingingswet en artikel 101 VWEU. Zoals genoemd in de (concept) Leidraad zijn er momenteel twee mogelijkheden voor duurzaamheidsinitiatieven. Met betrekking tot duurzaamheidsafspraken zonder mededingingsbeperkingen, geldt dat deze zonder meer zijn toegestaan. Hier bestaat dan ook geen probleem. Het probleem zit vooral bij duurzaamheidsafspraken die onder het kartelverbod vallen en in beginsel verboden zijn. Indien een initiatief aan de vier cumulatieve vrijstellingscriteria voldoet, is de wettelijke uitzondering van het kartelverbod van toepassing. In dat geval is de duurzaamheidsafpraak derhalve toch toegestaan. Daar bij de beoordeling onenigheid bestaat over de interpretatie van deze criteria, ontstaat het probleem van rechtsonzekerheid. De derde mogelijkheid die in de (concept) Leidraad wordt besproken, is dat het initiatief kan worden voorgelegd aan de wetgever. Een toekomstige mogelijkheid die wordt besproken en dus zou veranderen door het wetsvoorstel is de mogelijkheid tot het richten van een verzoek tot de minister van Economische Zaken en Klimaat.

Met betrekking tot de tweede deelvraag “*wat is het doel en de reikwijdte van het wetsvoorstel?*” geldt het volgende. Het doel van het wetsvoorstel is partijen te helpen bij de realisatie van duurzaamheidsinitiatieven, door het mogelijk te maken deze initiatieven om te laten zetten in algemeen verbindende voorschriften. Door een dergelijk initiatief om te zetten in regelgeving, worden de problemen die momenteel spelen weggenomen. Hiermee wordt bewerkstelligd dat initiatiefnemers – inwoners, ondernemingen of organisaties – meer ruimte krijgen indien zij willen samenwerken bij het verduurzamen van Nederland. Voor de reikwijdte geldt dat een verzoek enkel ten behoeve van duurzame ontwikkeling mag worden ingesteld en betrekking moet hebben op de vermindering van de uitstoot van broeikasgassen ten aanzien van elektriciteit, gebouwde omgeving, industrie, landbouw en landgebruik en mobiliteit en duurzame energieproductie of energiebesparing. De reikwijdte van het wetsvoorstel is niet met zekerheid vast te stellen doordat de onderwerpen breed gedefinieerd zijn. Het laatste belangrijke aspect betreffende de reikwijdte is dat initiatieven in de regel voor iedereen in Nederland gelden, maar dat in twee situaties een initiatief slechts voor een bepaalde regio geldt. Dit zijn situaties waarbij het initiatief eerst op kleine schaal getest moet worden of wanneer het ziet op een probleem dat specifiek in een bepaald gebied speelt.

De laatste deelvraag luidt: “*wat zijn de argumenten voor en tegen het wetsvoorstel?*”. De argumenten voor het wetsvoorstel zijn in paragraaf 4.1 aan bod gekomen en betreffen: (i) het voorkomen van negatieve effecten zoals het *first mover disadvantage* en de *free rider*-problematiek, (ii) het behalen van klimaatdoelen en stimuleren van duurzaamheid, (iii) de voorkeur van de Europese instellingen voor nieuwe wetgeving en (iv) de modernisering van de Europese en Nederlandse mededingingsregels. De argumenten tegen het wetsvoorstel zijn in paragraaf 4.2 aan de orde gesteld: (i) het meewegen van niet-economische effecten, (ii) mogelijke strijdigheid met artikel 4 lid 3 VEU, (iii) het reeds bestaan van oplossingen in huidige wetgeving, (iv) de voorkeur voor regelgeving op Europees niveau en (v) praktische bezwaren.

Tot slot wordt geconcludeerd dat het wetsvoorstel kan worden gezien als een stap in de goede richting, maar dat aan het betreffende voorstel veel bezwaren kleven. Het antwoord op de centrale onderzoeksvraag “*heeft het kritisch ontvangen wetsvoorstel voor de Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven toegevoegde waarde ten opzichte van bestaande mogelijkheden in het (nationale) mededingingsrecht?*” luidt dan ook dat het wetsvoorstel – in de huidige vorm – géén toegevoegde waarde heeft, omdat de aangehaalde tegenargumenten te zwaar wegen. Mijns inziens zijn er andere en betere oplossingen, die in paragraaf 5.2 zijn besproken. Het betreft: (i) het in een lange termijn intentieverklaring opnemen van samenwerking gericht op duurzaamheid, (ii) het bij de beoordeling of het kartelverbod al dan niet van toepassing is verplichten een externe en/of onafhankelijke partij in te schakelen bij het overschrijden van een bepaalde waarde, (iii) het invoeren van een *ex ante* ontheffingensysteem specifiek voor duurzaamheidsinitiatieven en (iv) het stellen van regels op Europees niveau omtrent duurzaamheidsinitiatieven. Het wetsvoorstel is naar mijn mening een kwestie van energieverpilling en het vinden van een meer efficiënte oplossing voor dit probleem is dan ook noodzakelijk. De Europese Unie is nu aan zet en zal moeten ontwikkelen tot een Energie Unie om klimaatverandering tegen te gaan en duurzame ontwikkeling te stimuleren.

7. Literatuurlijst

A European Green Deal

‘A European Green Deal: Striving to be the first climate-neutral continent’, ec.europa.eu (https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en)

ACM-beleid en duurzaamheid

‘Duurzaamheid en concurrentie: ACM-beleid en duurzaamheid’, acm.nl (<https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/concurrentie-en-afspraken-tussen-bedrijven/duurzaamheid-en-concurrentie/acm-beleid-en-duurzaamheid>)

ACM duurzaamheid & concurrentie

‘Duurzaamheid & concurrentie: Afspraken tussen bedrijven over duurzaamheid’, acm.nl (<https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/concurrentie-en-afspraken-tussen-bedrijven/duurzaamheid-en-concurrentie/afspraken-tussen-bedrijven-over-duurzaamheid>)

ACM 2020

‘ACM biedt meer mogelijkheden voor samenwerking tussen bedrijven om klimaatdoelen te halen’, acm.nl 9 juli 2020 (<https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-biedt-meer-mogelijkheden-voor-samenwerking-tussen-bedrijven-om-klimaatdoelen-te-halen>)

Baarsma 2012

B. Baarsma, *Ontwikkelingen in het mededingingstoezicht: essay in het kader van het WRR-project Toekomst van toezicht* (SEO-rapport nr. 2012-94), Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2012

Barceló 2016

J.J. Barceló, ‘Precedent in European Community Law’, in: D.N. McCormick & R.S. Summers (red.), *Interpreting Precedents: A comparative study*, Londen: Routledge 2016, p. 407-436

Beleidsregel duurzaamheid en mededinging 2014

Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken en Klimaat van 6 mei 2014 (*Stcrt.* 2014, 13375)

Beleidsregel duurzaamheid en mededinging 2016

Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken en Klimaat van 30 september 2016 (*Stcrt.* 2016, 52945)

Besluit ACM 1998 (Ontheffingsaanvraag KNMvD)

Besluit ACM 27 augustus 1998, *Ontheffingsaanvraag KNMvD* (nr. 379)

Bressers, De Bruijn & Lulofs, *Beleidswetenschap* 2004, p. 242-268

H. Bressers, T. De Bruijn, K. Lulofs, ‘De evaluatie van de Nederlandse milieuconvenanten’, *Beleidswetenschap* 2004, afl. 3, p. 242–268

Brundtland Rapport 1987

Brundtland Rapport, *World Commission on Environment and Development: Our common future*, Oxford: Oxford University Press 1987

Commissie voor de Verzoekschriften en Burgerinitiatieven: Burgerinitiatief

‘Commissie voor de Verzoekschriften en Burgerinitiatieven: Burgerinitiatief’,
tweedekamer.nl

(https://www.tweedekamer.nl/kamerleden_en_commissies/commissies/verz/burgerinitiatieven
)

Competition Law & Sustainability 2020

The Hellenic Competition Commission, ‘Competition Law & Sustainability’, epant.gr 17 september 2020 (<https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html>)

(Concept) Leidraad Duurzaamheidsafspraken 2020

ACM, ‘Leidraad Duurzaamheidsafspraken. Mogelijkheden binnen het mededingingsrecht’,
acm.nl 9 juli 2020 (<https://www.acm.nl/nl/publicaties/concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken>)

Van Damme, *M&M* 2017, p. 5-17

E. van Damme, ‘Goede marktwerking en overige publieke belangen’, *M&M* 2017, afl. 1, p. 5-17

Van Damme, *M&M* 2020, p. 166-178

E. van Damme, ‘Concurrentie en duurzaamheid gaan hand in hand’, *M&M* 2020, afl. 4-5, p. 166-178

Derlén & Lindholm, *German Law Journal* 2015, p. 1073-1098

M. Derlén & J. Lindholm, ‘Characteristics of Precedent: The Case Law of the European Court of Justice in Three Dimensions’, *German Law Journal* 2015, afl. 16(5), p. 1073-1098

DG Competition's manual of procedure for the application of Articles 101 and 102 TFEU

‘Antitrust Manual of Procedures: Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 and 102 TFEU’, ec.europa.eu november 2019
(https://ec.europa.eu/competition/antitrust/information_en.html)

Draft Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law

The Hellenic Competition Commission, ‘Draft Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law’, epant.gr (<https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html>)

Dresden 2004

M.J. Dresden, *Algemeenverbindendverklaring van overeenkomsten in het milieubeleid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004

Dutch Competition Authority consults on Guidelines that pave the way for more flexibility in the field of sustainability agreements

‘Competition Law and Sustainable Growth: The Dutch Competition Authority consults on Guidelines that pave the way for more flexibility in the field’, hoganlovells.com 21 juli 2020
(<https://www.hoganlovells.com/en/publications/dutch-competition-authority-consults-on-guidelines-that-pave-the-way-for-more-flexibility>)

Gerbrandy & Kreijger 2017

A. Gerbrandy & P. Kreijger, *Position Paper: Mededingingsrecht in relatie tot samenwerking tussen zzp-ers*, Utrecht: Utrecht University 2017

De Goffau & Van Heezik, M&M 2020, p. 186-194

J.C. de Goffau & G. van Heezik, 'Duurzaamheidsinitiatieven en het kartelverbod – wie is aan zet?', *M&M* 2020, afl. 4-5, p. 186-194

De Goffau, Bb 2018/34, p. 123-126

J.C. de Goffau, 'Duurzaamheidsinitiatieven en het kartelverbod: een praktische handreiking', *Bb* 2018/34, afl. 11, p. 123-126

Van der Gronden, SEW 2015, p. 523-528

J.W. van der Gronden, 'De ontwikkeling van de Wouters- doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht', *SEW* 2015, afl. 11, p. 523-528

Holmes, J. Antitrust Enforc. 2020, p. 354-405

S. Holmes, 'Climate change, sustainability and competition law', *J. Antitrust Enforc.* 2020, afl. 8(2), p. 354-405

Jansen & Beeston, M&M 2020, p. 136-151

P. Jansen & S. Beeston, 'De Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken van de ACM: de 'tragedy of the commons' voorbij?', *M&M* 2020, afl. 4-5, p. 136-151

Kenniscentrum Europa decentraal 2019

N. Nijboer & J. Pees, 'Nederland gaat Europese klimaatdoelen voor 2020 missen', europadecentraal.nl 11 november 2019 (<https://europadecentraal.nl/nederland-gaat-europese-klimaatdoelen-voor-2020-missen/>)

Klimaat- en Energieverkenning 2020

Planbureau voor de Leefomgeving, 'Klimaat- en Energieverkenning 2020', pbl.nl 30 oktober 2020 (<https://www.pbl.nl/publicaties/klimaat-en-energieverkenning-2020>)

Koeman & Deza de Massiac, M&M 2020, p. 203-208

A. Koeman & P. Deza de Massiac, 'Wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven: een reddingsboei voor duurzaamheid?', *M&M* 2020, afl. 4-5, p. 203-208

Korsten, Bb 2019/83, p. 75-84.

L.E.J. Korsten, 'Klimaat, duurzaamheid en mededinging', *BB* 2019/83, afl. 23, p. 75-84

Lavrijssen & Van Helfteren 2020

S.A.C.M. Lavrijssen & T. van Helfteren, 'Horizontale samenwerking en het mededingingsrecht', in: G. Kant, N. Schriek, & E. Guis (red.), *Compose: Strategisch logistiek samenwerken*, Tilburg: Tilburg University 2020, p. 82-90

Lavrijssen, EULR 2010, p. 636

S.A.C.M. Lavrijssen, 'What role for National Competition Authorities in protecting non-competition interests after Lisbon', *EULR* 2010, afl. 35(5), p. 636-659

Mathisen, *CML Rev.* 2010, p. 1021-1048

G. Mathisen, 'Consistency and coherence as conditions for justification of Member State measures restricting free movement', *CML Rev.* 2010, afl. 47(4), p. 1021-1048

Monitor Duurzaam Nederland 2011

'Monitor Duurzaam Nederland 2011', cbs.nl 5 september 2011 (<https://www.cbs.nl/nl-nl/publicatie/2011/36/monitor-duurzaam-nederland-2011>)

Monti, *CML Rev.* 2002, p. 1057-1099

G. Monti, 'Article 81 EC and public policy', *CML Rev.* 2002, afl. 39(5), p. 1057-1099

Mulder, *SEW* 2017, p. 108-117

J. Mulder, 'Mededingingsrecht versus duurzaamheid: het wetsvoorstel algemene gelding als panacee?', *SEW* 2017, afl. 3, p. 108-117

Murray 2019

G. Murray, 'Antitrust and sustainability: globally warming up to be a hot topic?', competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com 18 oktober 2019 (<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2019/10/18/antitrust-and-sustainability-globally-warming-up-to-be-a-hot-topic/>)

Nota naar aanleiding van verslag wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven

'Nota naar aanleiding van verslag wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven', rijksoverheid.nl 30 september 2020 (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2020/09/30/nota-naar-aanleiding-van-verslag-wetsvoorstel-ruimte-voor-duurzaamheidsinitiatieven>)

Notitie ACM 2013 (*SER Energieakkoord*)

Notitie ACM 26 september 2013, *SER Energieakkoord*

Onderzoek ACM 2015 (*De Kip van Morgen*)

Onderzoek ACM 26 januari 2015, *De Kip van Morgen* (nr. 13.0195.66)

Raad van State 30 oktober 2020

'Grote stappen zijn nu nodig om doelstellingen Klimaatwet te halen', raadvanstate.nl 30 oktober 2020 (<https://www.raadvanstate.nl/@123068/stappen-nodig-doelen-klimaatwet/>)

Rapport Europees Milieuagentschap 2019

Rapport Europees Milieuagentschap, *Trends and projections in Europe 2019: Tracking progress towards Europe's climate and energy targets* (nr. 15/2019)

Rapport Maffre-Baugé 1982

Rapport Maffre-Baugé, *Europees Parlement Werkdocumenten 1982-1983* (nr. 1-279/82), 4 juni 1982

Rapport Planbureau voor de Leefomgeving 2019

Rapport Planbureau voor de Leefomgeving, *Het Klimaatakkoord: effecten en aandachtspunten* (nr. 3806)

Reactie Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016

Brief van de Europese Commissie aan minister Economische Zaken en Klimaat, *Reactie Beleidsregel mededinging en duurzaamheid*, 26 februari 2016

Sanden & Butt 2019

M. van de Sanden & H. Butt, 'Competition law and sustainability initiatives: Dutch bill provides more leeway', *competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com* 23 september 2019 (<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2019/09/23/competition-law-and-sustainability-initiatives-dutch-bill-provides-more-leeway/>)

Schrijvershof, MP 2012, p. 9-20

D.W.L.A. Schrijvershof, 'Mededingingsrecht in economisch zware tijden: de (on)mogelijkheden voor crisiskartels', *MP* 2012, afl. 1, p. 9-20

Selie, in T&C Mw 2020

P. Selie, commentaar op aanhef Mw, in: M.T.P.J. van Oers en R. Wesseling, *Tekst & Commentaar Mededingingswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2020 (online, bijgewerkt 1 juli 2020)

Selie, in T&C Mw 2020

P. Selie, commentaar op art. 6 Mw, in: M.T.P.J. van Oers en R. Wesseling, *Tekst & Commentaar Mededingingswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2020 (online, bijgewerkt 1 juli 2020)

Shuibhne & Maci, CML Rev. 2013, p. 965-1005

N. N. Shuibhne & M. Maci, 'Proving Public Interest', *CML Rev.* 2013, afl. 50(4), p. 965-1005

Snoep, M&M 2020, p. 162-165

M. Snoep, 'ACM's klarenstoot voor duurzaamheid', *M&M* 2020, afl. 4-5, p. 162-165

Speech 15th OECD Global Forum on Competition 2016

'Speech delivered at the 15th OECD Global Forum on Competition, Paris, 1 December 2016', ec.europa.eu (https://wayback.archive-it.org/12090/20191129220153/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-policy-context_en)

Speech GCLC Conference on Sustainability and Competition Policy 2019

'GCLC Conference on Sustainability and Competition Policy, Brussels, 24 October 2019', ec.europa.eu (https://wayback.archive-it.org/12090/20191129200524/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-sustainability_en)

Speech webinar Green Deal and competition policy 2020

'The Green Deal and competition policy: Renew Webinar, 22 September 2020', ec.europa.eu (https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/green-deal-and-competition-policy_en)

Statement on ACM public consultation on sustainability guidelines 2020

'Statement on ACM public consultation on sustainability guidelines', ec.europa.eu 9 juli 2020 (https://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html)

Steinbach & Brückmann, *J. Environ. Law* 2015, p. 1-16

A. Steinbach & R. Brückmann, 'Renewable energy and the free movement of goods', *J. Environ. Law* 2015, afl. 27(1), p. 1-16

Tóth 2018

A. Tóth, 'Recent developments of the national enforcement of EU competition law', ssrn.com 5 november 2018 (<https://ssrn.com/abstract=3278544>)

Verslag internetconsultatie ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven

'Wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven: Verslag over de resultaten van de consultatie', internetconsultatie.nl
(https://www.internetconsultatie.nl/ruimte_voor_duurzaamheidsinitiatieven/details)

Visiedocument 2014

ACM, 'Visiedocument Mededinging & Duurzaamheid', acm.nl 9 mei 2014
(<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12930/Visiedocument-mededinging-en-duurzaamheid>)

Vleggeert & Vording, *NJB* 2018/139, p. 174-180

J. Vleggeert & H. Vording, 'Is Nederland een belastingparadijs?', *NJB* 2018/139, afl. 3, p. 174-180

Vogelaar, *M&M* 2003, p. 21-27

F. Vogelaar, 'De nieuwe Raadsverordening (EG) 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag: Een eerste verkennend overzicht', *M&M* 2003, afl. 1, p. 21-27

Wakker dier: wat is een kiloknaller?

'Wat is een kiloknaller?', wakkerdier.nl
(<https://www.wakkerdier.nl/campagnes/kiloknaller/kiloknallermeting/>)

Wat is het Klimaatakkoord?

'Wat is het Klimaatakkoord?', rijksoverheid.nl
(<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/klimaatverandering/klimaatakkoord/wat-is-het-klimaatakkoord>)