

# Klimaatbeleid en mededinging

Niels Koeman & Arnout Koeman<sup>1</sup>

Nederland staat, net als de rest van de wereld, in de komende decennia voor de grote opgave onze op fossiele brandstoffen gebaseerde samenleving en economie om te vormen tot een stelsel waarin de uitstoot van CO<sub>2</sub> is geminimaliseerd. In ons land bestaat het voornemen die transitie mede uit te voeren door afspraken te maken tussen het bedrijfsleven en maatschappelijke organisaties. De vraag is echter of dergelijke afspraken mededingingsrechtelijk door de beugel kunnen. Dit artikel beziet de doelstellingen van het mondiale en Nederlandse klimaatbeleid, de instrumenten die gebruikt kunnen worden om dat beleid effectief ten uitvoer te brengen en de vraag of afspraken met het bedrijfsleven naar huidig recht als een geoorloofd instrument te beschouwen zijn. Als het antwoord op die vraag ontkennend luidt of met onzekerheden omgeven is, verkennen wij de mogelijkheden van een stelsel om toch tot rechtens geoorloofde afspraken te komen. Daartoe zullen voorstellen worden geformuleerd.

## Doelstellingen van het mondiale en nationale klimaatbeleid

Over de wetenschappelijke publicaties betreffende de klimaatverandering en de beleidsmatige opvattingen over dat onderwerp kunnen boeken worden volgeschreven. Wij volstaan op dit moment met het noemen van de belangrijkste beleidsdoelstellingen.

In 2002 heeft de EU als langetermijndoelstelling een maximale wereldwijde temperatuurstijging van 2 graden aanvaard. Die doelstelling is onder meer vertaald in het Europese Emission Trading System ('ETS'), welk systeem geldt voor grote energie-intensieve bedrijven, zoals grote elektriciteitscentrales en raffinaderijen. In 2009 is bepaald dat voor de ontwikkelde landen de broeikasgasemissies tegen 2020 met 30% dienen te zijn verminderd ten opzichte van 1990, zodat tegen 2050 die emissies collectief verminderd zijn met 60 tot 80% ten opzichte van 1990. Krachtens de Richtlijn 2003/87/EG is bepaald dat Nederland tegen 2020 zijn broeikasgasemissies met ten minste 16% moet hebben beperkt ten opzichte van de emissies in 2005.

De Nederlandse doelstellingen sporen met de Europese. De meest voorzichtige voor Nederland is een beperking van de broeikasgasemissies aan het eind van 2020 met ten minste 25% in vergelijking met 1990. Op 11 december 2015 werd in Parijs een klimaatakkoord gesloten. Dat akkoord gaat uit van een verscherpte doelstelling, te weten dat de wereldwijde temperatuurstijging 'well

below' 2 graden Celsius dient te blijven. Voor Nederland zal dat leiden tot een nog verdere beperking van de CO<sub>2</sub> emissie in de komende decennia. Om te komen tot een CO<sub>2</sub>-arme of CO<sub>2</sub>-neutrale economie en samenleving zullen nieuwe vergaande economische en organisatorische structuren nodig zijn.

## Instrumenten van Nederlandse klimaatbeleid

Welke instrumenten denkt Nederland in te zetten om de gestelde reductiedoelstellingen te verwezenlijken? Wie over die vraag beleidsdocumenten raadpleegt komt tot de conclusie dat kennelijk gedacht wordt aan de gebruikelijke instrumenten in de vorm van regelgeving, voorlichting, fiscale sturing, subsidies en het eigen inkoopbeleid van overheden. Het valt echter op dat de Nederlandse overheid ook een belangrijke rol wil toekennen aan afspraken met en tussen bedrijven om duurzaamheidsdoelstellingen te bereiken. In een brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 20 mei 2015 over het Milieu in Europa meldde de Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu dat Nederland ook in de EU (en mondiaal) het concept van Green Deals zal uitdragen als instrument om bedrijfsleven, maatschappelijke organisaties en overheden samen te laten werken aan de transitie naar een groene economie.<sup>2</sup> Ook De Nederlandse Bank wijst op de mogelijkheid om in het kader van aanvullend beleid, naast adequate CO<sub>2</sub>-beprijzing, convenanten in te zetten om richting te geven aan de transitie naar een CO<sub>2</sub>-neutrale economie en

om wenselijke ontwikkelingen aan te jagen, zoals de ontwikkeling van nieuwe technologieën.<sup>3</sup>

Duidelijk is dat in het Nederlandse klimaatbeleid een belangrijke rol is weggelegd voor afspraken met en tussen bedrijven. Dat past in de Nederlandse traditie van polderen en zoeken naar consensus. Het past voorts in het Nederlandse milieubeleid van de afgelopen decennia, waarin convenanten een belangrijke rol speelden. Het maken van afspraken bevordert voorts meer draagvlak in de samenleving voor een ingrijpend en onvermijdelijk veranderingsproces.

### Afspraken tussen ondernemingen en het mededingingsrecht

Van oudsher kijkt het mededingingsrecht met argusogen naar afspraken die tussen bedrijven onderling worden gemaakt. Leiden die afspraken niet tot een beperking van de mededinging en daarmee tot nadeel van de consumentenwelvaart? Is eigenlijk geen sprake van een verboden kartel? Alle reden dus om nader naar de mogelijkheden en onmogelijkheden van het (nationale en Europese) mededingingsrecht te kijken.

Artikel 6 van de Mededingingswet (Mw) verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen die ertoe strekken of het gevolg hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Artikel 101 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) kent een vergelijkbare bepaling maar dan op Europees niveau: daar gaat het

## Wie afspraken over duurzaamheid op zijn effecten analyseert, moet vaak constateren dat die afspraken de mededinging beperken

om de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten en om de gevolgen op de mededinging binnen de interne markt. Lid 3 van artikel 6 Mw maakt onder bepaalde voorwaarden uitzonderingen mogelijk voor overeenkomsten die bijdragen tot verbetering van de productie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. Lid 3 van artikel 101 VWEU is vrijwel gelijklopend.

Het zal duidelijk zijn dat niet iedere overeenkomst tussen ondernemingen betreffende het klimaatbeleid strijdig is met artikel 6 lid 1 Mw of artikel 101 lid 1 VWEU. Als bedrijven in een convenant afspraken maken over een voorlichtingscampagne voor het grote publiek over de energietransitie is de mededinging in Nederland of in Europa niet in het geding en hoeft over de geldigheid van een dergelijke overeenkomst geen twijfel te bestaan. Gaat een overeenkomst echter verder (bijvoorbeeld over het beperken van de productiecapaciteit), dan komt men al snel op een mededingingsrechtelijk gevaarlijk terrein. Wie afspraken over duurzaamheid op zijn effecten analyseert, moet vaak constateren dat die afspraken de mededinging beperken (aangezien bijvoorbeeld de productie opzettelijk wordt beperkt om de CO<sub>2</sub> uitstoot en het energieverbruik tegen te gaan) en daarmee in strijd lijken te komen met artikel 6 lid 1 Mw of artikel 101 lid 1 VWEU.

In het hierna volgende gaan we uit van overeenkomsten waarbij ondernemingen partij zijn, die ten doel hebben bij te dragen aan de klimaatdoelstellingen zoals die nationaal en internationaal zijn geformuleerd, maar die ook gevolgen hebben voor de mededinging in Nederland of binnen de interne Europese markt.

### De mogelijkheden van lid 3

Uitgaande van strijdigheid van dergelijke overeenkomsten met lid 1 van artikel 6 Mw of artikel 101 VWEU moet onderzocht worden welke uitzonderingen mogelijk zijn op grond van lid 3 van die artikelen.

De voorwaarden van lid 3 zijn als volgt:

- 1) de afspraak leidt tot een verbetering van de productie of van de distributie dan wel tot bevordering van de technische of economische vooruitgang (anders gezegd: er is sprake van efficiëntievoordelen);
- 2) een billijk deel van de voordelen die hieruit voortvloeien komt aan de consumenten ten goede;
- 3) de afspraak is noodzakelijk om deze voordelen te behalen en gaat niet verder dan nodig is;
- 4) de afspraak leidt er niet toe, dat de concurrentie op een wezenlijk deel van de markt wordt uitgeschakeld. Ondanks de afspraak moet er dus voldoende ruimte blijven om te concurreren. Dit wordt ook wel het vereiste van de restconcurrentie genoemd.

In het recente verleden heeft de Autoriteit Consument & Markt (ACM) enkele malen een oordeel gegeven over de mogelijkheden die artikel 6 lid 3 Mw biedt voor duurzaamheidsafspraken. Het standpunt van de ACM vindt zijn grondslag in het Visiedocument Mededinging & Duurzaamheid (Visiedocument) van mei 2014,<sup>4</sup> dat duidelijk maakt hoe de ACM uitvoering geeft aan de gelijknamige Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 6 mei 2014.<sup>5</sup>

Het zal weinig verbazing wekken, dat duurzaamheids-

#### Auteurs

1. Prof. mr. N.S.J. Koeman is staatsraad in de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en lid van de Raad voor de leefomgeving en infrastructuur. Mr. A.A. Koeman is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam. Dit artikel is op persoonlijke

titel geschreven. De auteurs danken mr. H. Speyart en prof. mr. J.W. van de Gronden voor hun opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel.

#### Noten

2. Zie voor deze brief: [\[lebekendmakingen.nl/kst-21501-08-565\]\(http://lebekendmakingen.nl/kst-21501-08-565\).](https://zoek.officie-</a></p></div><div data-bbox=)

3. Zie G. Schotten e.a., *Tijd voor Transitie - een verkenning van de overgang naar een klimaatneutrale economie*, Occasional Study DNB, 2016, p. 11.

4. Beschikbaar sinds 9 mei 2015 op

[www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12930/Visiedocument-mededinging-en-duurzaamheid/](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12930/Visiedocument-mededinging-en-duurzaamheid/).

5. Te vinden op [www.rijksoverheid.nl/documenten/besluiten/2014/05/08/beleidsregel-mededinging-en-duurzaamheid](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/besluiten/2014/05/08/beleidsregel-mededinging-en-duurzaamheid).

afspraken met een mededingingsbeperkend effect naar het oordeel van de ACM niet spoedig zullen voldoen aan de gestelde eisen. Dat bleek ook bij de beoordeling van het Energieakkoord van de SER en het convenant over de 'Kip van Morgen'. In het Energieakkoord<sup>6</sup> was afgesproken dat een aantal verouderde en dus relatief sterk vervuulende kolencentrales gesloten zullen worden met als doel om onder meer CO<sub>2</sub>-emissies te verminderen. Dat is dus een afspraak tussen bedrijven over de te produceren hoeveelheid elektriciteit en de inzet van productiemiddelen en daarmee een mededingingsbeperkende afspraak. De effecten van die afspraak leiden niet tot eenvoudig op geld waardeerbare voordelen voor de consumentenwelvaart. De ACM berekende de waarde van de te verwachten milieuwinst (de beperking in de CO<sub>2</sub>-emissie) op basis van het ETS en woog deze winst af tegen de verwachte prijsstijging. De ACM constateerde dat per saldo geen sprake was van welvaartsvoordelen. Daarmee was een beroep op de uitzondering van artikel 6 lid 3 Mw onmogelijk.<sup>7</sup>

De 'Kip van Morgen' betrof een afspraak tussen de pluimveesector, de kippenveesverwerkers en de grote supermarktketens met als doel het bevorderen van dierenwelzijn en milieu. Die afspraken betroffen de productie van kippenvlees, teneinde de 'plofkip' in 2020 volledig te doen vervangen. De ACM constateerde onder meer dat de afspraken (ook) de inkoopvoorwaarden van supermarkten betreffen, omdat de betrokken supermarktketens hun inkoopvoorwaarden zodanig zullen aanpassen, dat zij alleen kippenveesproducten inkopen die aan de afgesproken kenmerken (over groeitempo, huisvesting, vermindering van antibioticagebruik, voeding e.d.) voldoen. De ACM constateerde dat deze duurzaamheidsafspraken een beperking van de concurrentie opleveren op de markten voor de verkoop van kippenvlees aan consumenten en daarmee in strijd zijn met het kartelverbod. De afspraken vielen naar het oordeel van de ACM niet onder de uitzondering van lid 3, omdat de duurzaamheidsafspraken netto geen voordelen voor de consumentenwelvaart opleveren.<sup>8</sup> Op 23 december 2015 heeft de Minister van Economische Zaken een consultatieversie voor een aangepaste Beleidsregel mededinging en duurzaamheid gepubliceerd.<sup>9</sup> Ook die versie heeft uitsluitend betrekking op de mogelijkheden die lid 3 van artikel 6 Mw zou kunnen bieden. De voorgestelde aanpassingen van de Beleidsregel bieden echter geen wezenlijk nieuw perspectief waar het gaat om de mogelijkheid om tot duurzaamheidsafspraken tussen bedrijven te komen.

### Is er wel sprake van ongeoorloofde overeenkomsten?

Nu de uitzonderingen van het lid 3 veelal geen soelaas blijken te bieden, keren we terug naar de beginvraag: zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen die klimaatdoelstellingen beogen te verwezenlijken, strijdig met artikel 6 lid 1 Mw of artikel 101 lid 1 VWEU? Die vraag laat zich het beste beantwoorden binnen de Europese kaders, omdat er op dit vlak meer Europese jurisprudentie beschikbaar is dan nationale. Daarbij komt dat de Nederlandse rechter als het gaat om de uitleg van artikel 6 lid 1 Mw, dient aan te sluiten bij de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU). Er zijn drie opvattingen te ontdekken voor de stelling dat de Europese juris-

prudentie mogelijkheden biedt om te betogen dat overeenkomsten als hier bedoeld niet strijdig zijn met artikel 6 Mw of artikel 101 VWEU dan wel dat deze bepalingen niet van toepassing zijn. Die opvattingen zijn de volgende.

#### 1. De leer van inherente beperking

Beginpunt voor deze opvatting is het bekende arrest van het HvJ EU in de *Wouters*-zaak.<sup>10</sup> In dat geval ging het om een verordening van de Nederlandse Orde van Advocaten – een ondernemersvereniging in de zin van (de voorloper van) artikel 101 VWEU – die advocaten verbood een geïntegreerd samenwerkingsverband aan te gaan met accountants. Het HvJ EU stelde eerst vast dat de verordening het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloedde. Toch viel deze beperking van de mededinging niet onder het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU. Bij de toepassing van dat artikel, zo overwoog het HvJ EU, moet in de eerste plaats rekening worden gehouden met de algehele context waarbinnen het betrokken besluit van de ondernemersvereniging is genomen of zijn werking ontplooit, en meer in het bijzonder de doelstellingen ervan. Die doelstellingen betroffen in dit geval onder meer het verzekeren van een goede rechtsbedeling. Vervolgens, zo stelde het HvJ EU, moet worden onderzocht of de daaruit voortvloeiende beperkende gevolgen voor de mededinging inherent zijn aan deze nagestreefde doeleinden.<sup>11</sup> Daarmee stelde het Hof vast dat de mededingingsbeperkende gevolgen van de bestreden verordening niet verder gaan dan noodzakelijk is ter verzekering van de goede uitoefening van het beroep van advocaat en dus niet verder gaat dan noodzakelijk is voor een goede rechtsbedeling.

Het HvJ EU heeft na het *Wouters*-arrest de daarin neergelegde doctrine in andere zaken herhaald, zij het soms in iets andere bewoordingen.<sup>12</sup> Het maakt, zo blijkt uit de jurisprudentie, overigens geen verschil wanneer een overeenkomst van ondernemingen of een besluit van een ondernemersvereniging de instemming van de overheid krijgt.<sup>13</sup>

#### 2. Afspraken in een publiekrechtelijke context

Een tweede benadering stelt het sluiten van overeenkomsten binnen publiekrechtelijke kaders centraal. Dit was de kwestie in het *Reiff*-arrest.<sup>14</sup> Daarbij ging het om het Duitse systeem waarbij vertegenwoordigers van verschillende transportondernemingen en organisaties in een commissie de bindende tarieven voor het wegvervoer vaststelden. Een dergelijk systeem was naar het oordeel van het HvJ EU niet in strijd met artikel 101 VWEU. Evenmin deed zich de situatie voor waarbij de Duitse overheid met artikel 101 VWEU strijdige overeenkomsten had begunstigd met haar regelgevend kader. Het HvJ EU kwam op grond van meerdere argumenten uit op deze conclusie.

Ten eerste overwoog het HvJ EU dat de vertegenwoordigers van de verschillende bedrijven niet namens hun onderneming in de tariefcommissie plaatsnamen maar als onafhankelijke deskundigen (er was dus geen sprake van vertegenwoordigers van ondernemingsverenigingen). Het instellen van de tariefcommissie en de bijbehorende vereisten aan de deskundigen waren in de Duitse wet vastgelegd. Tevens waren de leden van de tariefcommissie wettelijk verplicht alle (en dus niet alleen hun eigen) belangen in overweging te nemen en



Windmolen voor olieplatform © Luc Hoogenstein/Buiten-Beeld/HH

moest er advies worden ingewonnen bij een adviescomité, samengesteld uit vertegenwoordigers van de afnemers van de vervoersdiensten. Alle *stakeholders* waren dus vertegenwoordigd. Ten slotte had de Duitse overheid met dit systeem niet haar bevoegdheden tot vaststelling van tarieven aan particulieren overgedragen, nu de ver-

antwoordelijke minister, die kon deelnemen aan de vergaderingen van de tariefcommissie, ook zelf nog de tarieven kon vaststellen indien dit noodzakelijk was. Binnen deze wettelijke kaders leverde dit systeem geen schending van artikel 101 VWEU noch een schending van artikel 4 lid 3 VEU op.<sup>15</sup>

6. Te vinden op [www.energieakkoordser.nl](http://www.energieakkoordser.nl).

7. Zie ook [www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12033/Notitie-ACM-over-sluiting-5-kolencentrales-in-SER-Energieakkoord/](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12033/Notitie-ACM-over-sluiting-5-kolencentrales-in-SER-Energieakkoord/).

8. Zie voor een uitgebreide analyse van de Kip van Morgen en het standpunt van de ACM: Jotte Mulder, 'Een duurzame maatschappij, wat mag dat kosten?', *NJB* 2015/1400, afl. 28, p. 1912-1920. Zie ook

[www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13760/Afspraken-Kip-van-Morgen-beperken-concurrentie/](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13760/Afspraken-Kip-van-Morgen-beperken-concurrentie/).

9. Te vinden op [www.internetconsultatie.nl/mededingingenduurzaamheid](http://www.internetconsultatie.nl/mededingingenduurzaamheid).

10. HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*). Zie over de *Wouters*-doctrine ook recent J.W. van de Gronden, 'De ontwikkeling van de Wou-

ters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht', *SEW* 2015, p. 523 e.v.

11. *Ibid.*, paras. 95 en 97.

12. Zie HvJ EG 18 juli 2006, C-519/04 P, ECLI:EU:C:2006:492 (*Meca-Medina*); HvJ EU 28 februari 2013, ECLI:EU:C:2013:127 (*OTOC*).

13. HvJ EG 5 oktober 1995, C-96/94,

ECLI:EU:C:1995:308 (*Centro Servizi Spedito*).

14. Zie HvJ EG 17 november 1993, C-185/91, ECLI:EU:C:1993:886 (*Reiff*). Tevens kort besproken door R. Wesseling, 'Polder-Plus- model: oplossing "Kip van Morgen" ligt niet bij ACM maar bij minister', *M&M* 2015, nr. 6.

15. Zie paras. 13 t/m 24.

Deze lijn van jurisprudentie is bevestigd in het *Centro Servizi Spediporto*-arrest.<sup>16</sup> Hierbij ging het om een Italiaanse tariefcommissie die in meerderheid benoemd werd door de Italiaanse overheid en waarbij de tariefcommissie eveneens met bepaalde wettelijke criteria van openbaar belang rekening diende te houden. Ten slotte bleef ook hier de Italiaanse overheid bevoegd om de tarieven zelf vast te stellen. Onder deze voorwaarden was naar het oordeel van het HvJ EU artikel 101 VWEU niet geschonden en had de Italiaanse overheid geen met artikel 101 VWEU strijdige overeenkomsten begunstigd.

### 3. De leer van aard en doel van de overeenkomst

De derde en laatste opvatting die mogelijkheden ziet om te betogen dat artikel 6 Mw dan wel artikel 101 VWEU niet van toepassing is op sommige van de hier bedoelde overeenkomsten is gebaseerd op de *Albany*-jurisprudentie uit het Europese arbeidsrecht.<sup>17</sup> In dit arrest werd bepaald dat, hoewel er een zekere mededingingsbeperkende werking uitgaat van collectieve overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties, het zeer lastig zou worden om de doelstellingen op sociaal gebied, zoals vastgelegd in het VEU, na te streven indien deze overeenkomsten ook onder artikel 101 VWEU zouden vallen. In het licht daarvan heeft het HvJ EU vastgesteld dat een dergelijke collectieve overeenkomst naar haar aard en doel buiten het toepassingsgebied van artikel 101 VWEU valt omdat het 1. gesloten is in de vorm van een collectieve overeenkomst en het resultaat is van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties en 2. de overeenkomst een verbetering opleverde voor de arbeidsvoorwaarden van alle werknemers. Nu het een overeenkomst betrof waarop artikel 101 VWEU niet van toepassing was, was er eveneens geen sprake van een regeling van overheidswege die met artikel 101 VWEU strijdige overeenkomsten begunstigde.

De eerstgenoemde opvatting (de leer van de inherente beperking) biedt mogelijkheden om zonder ingrijpen van de wetgever de hier bedoelde overeenkomsten tussen bedrijven ter realisering van het klimaatbeleid geoorloofd te achten. Uitgaande van de *Wouters*-doctrine kan immers worden verdedigd<sup>18</sup> dat mededingingsbeperkende of -versturende overeenkomsten tussen ondernemingen of besluiten van ondernemersverenigingen, al dan niet bekrachtigd door de overheid, niet onder het verbod van artikel 6 Mw of artikel 101 VWEU vallen, wanneer die overeenkomsten of besluiten:

- a. de (legitieme en zwaarwegende) doelen van het klimaatbeleid, zoals CO<sub>2</sub>-reductie en energietransitie in meer algemene zin, dienen en ook geschikt zijn voor het bereiken van die doelen; en
- b. de mededingingsbeperkende gevolgen van die overeenkomsten of besluiten niet verder gaan dan noodzakelijk is om die doeleinden te bereiken (het zogenaamde proportionaliteitsbeginsel).

De opvatting dat de *Wouters*-doctrine in dit verband mogelijkheden biedt, laat overigens onverlet dat in ieder concreet geval twijfel kan bestaan over het al dan niet voldoen aan de vereisten van die doctrine. Ook als er van wordt uitgegaan dat algemeen aanvaard wordt dat het bereiken van de doelstellingen van het Europese en

Nederlandse klimaatbeleid als een legitiem en zwaarwegend belang is aan te merken, kan men nog van mening verschillen over de vraag wanneer een gesloten overeenkomst een geschikt en proportioneel middel is om dat belang te dienen.

### Het standpunt van de ACM<sup>19</sup>

Hiervoor gaven wij al aan dat de ACM tot op heden in het bijzonder gekeken heeft naar de mogelijkheden van lid 3 van artikel 6 Mw, ervan uitgaande dat de hier bedoelde afspraken in strijd komen met artikel 6 lid 1 Mw. Voor wat mogelijkheid 1. betreft, de inherente beperkingsdoctrine, is het Visiedocument zeer terughoudend. Gesteld wordt dat ACM ook na herbezinning niet uitsluit dat duurzaamheidsinitiatieven op grond van dit leerstuk aanvaardbaar zouden kunnen zijn, maar tegelijkertijd meent zij dat dit leerstuk in de jurisprudentie onvoldoende is uitgekristalliseerd om daarover uitspraken te doen. De latere standpunten betreffende het Energieakkoord en de Kip van Morgen laten zien dat op dit punt vooralsnog geen sprake is van voortschrijdend inzicht.<sup>20</sup>

### Tussenconclusie

De analyse van de jurisprudentie en van het standpunt van de ACM leert het volgende over de mogelijkheid voor ondernemingen om rechtsgeldig te contracteren ter realisering van klimaatdoelstellingen wanneer een dergelijk contract ook mededingingsbeperkende gevolgen heeft:

- a. Overeenkomsten (en besluiten van ondernemingsverenigingen) als hier bedoeld vallen niet onder de uitzondering van lid 3 van artikel 6 Mw. Dergelijke overeenkomsten en besluiten zijn echter wel geoorloofd als zij niet vallen onder het verbod van lid 1 van artikel 6 Mw.
- b. De *Wouters*-doctrine biedt mogelijkheden om te betogen dat de hier bedoelde overeenkomsten en besluiten niet vallen onder het verbod van artikel 6 lid 1 Mw,

## Die twijfel is voor de uitvoeringspraktijk funest

- c. mits aan enkele voorwaarden is voldaan.
- c. Die voorwaarden zijn dat de overeenkomst of het besluit de doelstellingen dienen van het Europese en Nederlandse klimaatbeleid, geschikt zijn om die doelstellingen te bereiken en geen verdergaande mededingingsbeperkende gevolgen hebben dan welke noodzakelijk zijn om die doelstellingen te bereiken (de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit).
- d. De ACM neemt echter op dit punt een terughoudend standpunt in en is van mening dat de *Wouters*-doctrine nog onvoldoende is uitgekristalliseerd om grondslag te kunnen vormen voor de rechtmatigheid en geoorlooftheid van de hier bedoelde overeenkomsten en besluiten.
- e. Ook al zou de ACM op dit punt op andere gedachten gebracht kunnen worden dan neemt dat nog niet weg dat ook bij aanvaarding van de *Wouters*-doctrine als



- grondslag in concrete gevallen twijfel kan bestaan of is voldaan aan de hiervoor genoemde voorwaarden.
- f. Die twijfel is voor de uitvoeringspraktijk funest. Het risico bestaat immers dat geruime tijd na het sluiten van de overeenkomst of het nemen van het besluit door de rechter wordt vastgesteld dat de overeenkomst of het besluit in het concrete geval verboden is op grond van artikel 6 lid 1 Mw. Die twijfel brengt met zich mee, dat afspraken met het bedrijfsleven niet zouden kunnen bijdragen aan het behalen van de doelstellingen van het klimaatbeleid.
- g. Als afspraken met bedrijven toch beschouwd worden als een belangrijk en onmisbaar instrument van het Nederlandse klimaatbeleid moeten oplossingen gezocht worden om die twijfel weg te nemen. Die oplossingen zullen dan van de wetgever moeten komen.

### Oplossingen

Er zal dus iets moeten gebeuren om overeenkomsten tussen en met bedrijven als volwaardig instrument van het Nederlandse klimaatbeleid een kans te geven. De oplossing moet naar onze mening gezocht worden in een wettelijke regeling die een grondslag en toetsingskader biedt voor de hier bedoelde overeenkomsten tussen ondernemingen of besluiten van ondernemersverenigingen. Uitgaande van de hiervoor besproken analyse van de Europeesrechtelijke mogelijkheden lijkt het mogelijk de drie besproken opvattingen te bundelen in een nationaal wettelijk stelsel, dat voldoet aan de door het HvJ EU gestelde eisen. De *Wouters*-leer en de de *Albany*-doctrine laten zich goed combineren. In dat verband is van belang dat in artikel 3 lid 3 VEU als een van de doelstellingen van de Europese Unie wordt genoemd een duurzame ontwikkeling van Europa, mede op basis van een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu. Zoals in *Albany* gezien kon worden op de doelstellingen op sociaal gebied ter rechtvaardiging van mededingingsbeperkende collectieve arbeidsovereenkomsten, zo kan, waar het gaat om klimaatafspraken, worden gewezen op milieudoelstellingen van het VEU. De *Reiff*-jurisprudentie voegt een element toe dat betrekking heeft op de totstandkoming van klimaatovereenkomsten: als sprake is van een wettelijk geregelde voorbereidingsprocedure waarbij bedrijfsbelangen ondergeschikt gemaakt zijn aan algemene belangen zal een mededingingsbeperkende afspraak eerder als geoorloofd zijn aan te merken. Dat leidt tot de navolgende oplossingsrichting voor de Nederlandse wetgever.

Er dient een wettelijke regeling tot stand te komen die de klimaatverandering en het daarmee samenhangen-

de beleid en de gestelde beleidsdoelen tot onderwerp heeft. Dat kan zijn een afzonderlijke Klimaatwet maar ook een hoofdstuk in de nieuwe Omgevingswet met als onderwerp het klimaatbeleid. In die wettelijke regeling wordt een grondslag geboden voor het maken van afspraken tussen (en met) bedrijven ter uitvoering van dat beleid en

## Het lijkt mogelijk de drie besproken opvattingen te bundelen in een nationaal wettelijk stelsel, dat voldoet aan de door het HvJ EU gestelde eisen

ter bereiking van de gestelde beleidsdoelen. Over dergelijke afspraken kan dan in hoofdlijnen aan het navolgende stelsel worden gedacht:

- In de wet worden bepalingen opgenomen, die betrekking hebben op overeenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen, die beogen bij te dragen aan het bereiken van de doelstellingen van het Nederlandse klimaatbeleid, maar die tevens mededingingsbeperkende gevolgen hebben.
- In die wet wordt bepaald dat dergelijke overeenkomsten en besluiten alleen zijn toegestaan indien:
  - die overeenkomsten of besluiten geschikt zijn om bij te dragen aan het bereiken van de doelstellingen van het Nederlandse klimaatbeleid, zoals in of op grond van de wet neergelegd; en
  - die overeenkomsten of besluiten geen verdergaande mededingingsbeperkende gevolgen hebben dan welke noodzakelijk zijn om die doelstellingen te bereiken.
- Dergelijke overeenkomsten en besluiten kunnen door een of meer contractspartijen gemeld worden bij de Minister van Economische Zaken.<sup>21</sup> De Minister beslist vervolgens in een instemmingsbesluit of aan de wettelijke voorwaarden is voldaan en of aan een eventueel besluit tot instemming voorschriften of beperkingen dienen te worden verbonden.<sup>22</sup>

16. HvJ EG 5 oktober 1995, C-96/94, ECLI:EU:C:1995:308 (*Centro Servizi Spediporto*).

17. HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*).

18. Eenzelfde standpunt wordt ingenomen door E.H. Pijnacker Hordijk, 'Beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod', *M&M* 2013, p. 187 e.v. Zie echter voor een tegengesteld standpunt E.J. Kloosterhuis, 'Wouters: All in the Family?',

*M&M* 2016, nr. 3.

19. Zie hierover ook A. Gerbrandy, 'Duurzaamheidsbelangen in het mededingingsrecht; De positie van ACM ten opzichte van het Hof van Justitie en de Europese Commissie', *NTER* 2013, nr. 9.

20. Zoals M.R. Baneke opmerkte, zou bij de Kip van Morgen ook sprake kunnen zijn van een standaardiseringsovereenkomst. Een dergelijke overeenkomst valt niet onder art. 6 lid 1 Mw. Zie M.R. Baneke, 'Duurzaam-

heid is al snel te duur onder het kartelverbod', *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2015(5) 196.

21. Het zou ook denkbaar zijn niet de Minister van Economische Zaken, maar de toezichthouder (ACM) met deze taak te belasten.

22. Wij gebruiken hiervoor de term 'instemmingsbesluit', omdat de term 'goedkeuring' in de Awb een specifieke betekenis heeft. In het Nederlandse rechtssysteem is een over-

heidsbesluit tot instemming of goedkeuring van een privaatrechtelijke overeenkomst geen gemeengoed, maar ook weer niet zeer uitzonderlijk. Naast de algemeen verbindendverklaring van cao's of afvalconvenanten (met als doel de overeenkomst ook te doen gelden voor anderen dan de contractspartijen) kennen we de goedkeuring van pachtovereenkomsten door de grondkamer.

## Als in het Nederlandse beleid een belangrijke plaats wordt ingeruimd voor overeenkomsten met en tussen overheden, is het onvermijdelijk dat voor dergelijke overeenkomsten mededingingsrechtelijke ruimte wordt gecreëerd

- d. Overwogen kan worden aan belanghebbenden, zoals consumenten- of milieuorganisaties, concurrenten e.d. de mogelijkheid te bieden tegen het besluit van de minister beroep in te stellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Het College beslist binnen zes maanden op dergelijke beroepen. Hangende beroep kan bij de voorzieningenrechter van het College een voorlopige voorziening worden gevraagd.<sup>23</sup>
- e. Voor wat betreft de voorbereiding van dergelijke overeenkomsten en besluiten geeft de wet de mogelijkheid van een uitgebreide voorbereidingsprocedure. Die voorbereidingsprocedure regelt wie aan de besprekingen over mogelijke klimaatovereenkomsten deelneemt, de gehoudenheid van de deelnemers om de algemene belangen te stellen boven specifieke belangen, de gehoudenheid om derden belanghebbenden te horen en de mogelijkheid van overheidsinterventie indien een overeenkomst niet aan de wettelijke vereisten voldoet.

Een wettelijke regeling zoals hier voorgesteld beoogt het maken van afspraken tussen bedrijven ter realisering van klimaatdoelstellingen in overeenstemming te brengen met het mededingingsrecht. Indien gekozen wordt voor het openstellen van beroep tegen het instemmingsbesluit van de minister (of de ACM) wordt het voorts mogelijk om preventief tot een beoordeling van het resultaat te komen. Wanneer het instemmingsbesluit door de bestuursrechter, eventueel na het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ EU, is beoordeeld en rechtmatig is bevonden, krijgt dat besluit formele rechtskracht en wordt het door de burgerlijke rechter zowel wat de inhoud als de wijze van totstandkoming betreft voor rechtmatig gehouden. Dat geldt ook als het instemmingsbesluit niet bij de bestuursrechter is aangevochten. Een groot voordeel van een preventieve toets is, naast het verkrijgen van zekerheid voor alle partijen, dat het bestuursorgaan dat het instemmingsbesluit heeft genomen, niet behoeft te vrezen voor omvangrijke schadeclaims als blijkt dat dat besluit de toets der kritiek niet kan doorstaan. Aangenomen mag immers worden dat in het eerste half jaar na de instemming zich nog geen verstrekkende en onomkeerbare gevolgen van de gesloten overeenkomst zullen voordoen.

Men realiseer zich, dat een stelsel zoals hiervoor beschreven, nationaalrechtelijk sluitend te maken is, maar dat de Nederlandse wetgever de Commissie en het HvJ EU niet kan binden. Anders gezegd: het valt niet volledig uit te sluiten dat bijvoorbeeld in een inbreukprocedure door het HvJ EU wordt geoordeeld dat een overeenkomst of een besluit dat in overeenstemming is met de nationale regeling, strijdig is met artikel 101 lid 1 VWEU. Erg groot achten wij de kans daarop niet, ervan uitgaande dat de Nederlandse wetgever over een nieuw wettelijk stelsel vooraf

overleg pleegt met de Commissie en erin slaagt de randvoorwaarden van het Europese mededingingsrecht correct in de nationale wetgeving op te nemen. En ten slotte geldt, dat het doel – betrokkenheid van het bedrijfsleven bij het bereiken van de klimaatdoelstellingen – het nemen van enig risico rechtvaardigt.

### Een bredere strekking?

Hoe belangrijk het klimaatbeleid ook moge zijn, er zijn ook andere beleidsdoelstellingen die aanleiding kunnen zijn voor ondernemingen of ondernemersverenigingen om tot afspraken te komen. De Kip van Morgen, waar dierenwelzijn centraal stond, is daar een goed voorbeeld van. Een regeling in een Klimaatwet of in de Omgevingswet zal de Kip van Morgen niet kunnen helpen, omdat dierenwelzijn waarschijnlijk niet geacht kan worden te vallen binnen de belangen die door die wetten worden geregeld. Dat kan reden zijn om aan een breder wettelijk kader, zelfs breder dan de Omgevingswet, te denken, waarbij in beginsel alle algemene belangen als rechtvaardiging kunnen dienen voor het maken van afspraken met inherente mededingingsbeperkende gevolgen. Dan lijkt de Mededingingswet de meest aangewezen plaats om een dergelijke regeling onder te brengen. Anders dan het geval is bij een meer specifieke regeling met het oog op nationale klimaatdoelstellingen, zal bij een bredere regeling door het bevoegd gezag bij het instemmingsbesluit als eerste moeten worden beoordeeld of het nagestreefde algemene belang inderdaad is aan te merken als dusdanig zwaarwegend, dat een mededingingsbeperking daardoor gerechtvaardigd is.

### Tot slot

Nederland loopt achteraan als het er om gaat om de nationaal en internationaal vastgestelde doelstellingen van het klimaatbeleid daadwerkelijk te effectueren. Dat is niet alleen slecht voor het klimaat, maar ook voor de nationale economie, waar innovatie en transitie uiteindelijk de sleutels voor meer welvaart zullen zijn. Als in het Nederlandse beleid terecht en begrijpelijk een belangrijke plaats wordt ingeruimd voor overeenkomsten met en tussen overheden, is het onvermijdelijk dat voor dergelijke overeenkomsten mededingingsrechtelijke ruimte wordt gecreëerd. Zoals zo vaak zal de wetgever daarbij het voortouw moeten nemen. •

<sup>23</sup>. In het verleden is het ontheffingssysteem en de daarmee samenhangende rechtsbescherming uit art. 17 Mw geschrapt. Zie *Kamerstukken II 2003/2004, 29276, 3*. Een herintroductie ervan in een

andere vorm en op een beperkt gebied lijkt evenwel verantwoord, mede gelet op het grote belang dat met het klimaatbeleid wordt gediend.