

Mededingingsrecht versus duurzaamheid: het wetsvoorstel algemene gelding als *panacee*?

38

Dr. Jotte Mulder*

De mededingingsrecht-versus-duurzaamheidssaga in Nederland heeft recentelijk een nieuw hoofdstuk gekregen. Minister Kamp heeft een plan bekendgemaakt om het spanningsveld, waar initiatieven voor duurzame energieproductie en dier-vriendelijk kippenvlees aan ten onder zijn gegaan, nu eens definitief te adresseren. Via een zogenaamde ‘algemene gelding verklaring’ van dergelijke initiatieven moeten toekomstige duurzaamheidsinitiatieven kunnen worden ontheven van het kartelverbod. Het is echter de vraag of de gekozen optie wel in overeenstemming is met, onder meer, de zogenaamde ‘nuttig-effect’-rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Bovendien lijkt in het geheel voorbijgegaan te zijn aan het potentiële conflict dat een algemeen geldend verklaring kan opleveren in het licht van de Europese regels die zien op het vrije verkeer van goederen en diensten. In deze bijdrage worden de mogelijke pijnpunten geanalyseerd.

I. Introductie

Dat er een spanningsveld bestaat tussen het mededingingsrecht en duurzaamheid is de laatste jaren wel duidelijk geworden. De afwijzing van duurzamere energieproductie en diervriendelijker kippenvlees op basis van mededingingsrechtelijke opinies van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) en de commentaren daarop hebben dat voldoende helder gemaakt.¹ In het kort: dat spanningsveld wordt veroorzaakt omdat bedrijven die gezamenlijk een duurzaamheidsbelang nastreven mogelijk de onderlinge concurrentie tussen elkaar beper-

ken. Een product dat niet voldoet aan (bijvoorbeeld) een *fair-trade*-standaard wordt van de markt geweerd als relevante concurrentieparameter of productieprocessen worden duurder vanwege het feit dat geen producten meer worden afgenomen van aanbieders die (bijvoorbeeld) geen mensenrechten of minimumarbeidsvoorwaarden in ogenschouw nemen. Daarenboven kan worden getwist over de vraag in hoeverre dit soort initiatieven *per se* gezamenlijk moeten worden aangeboden. Zou het niet efficiënter zijn indien bedrijven afzonderlijk concurreren, tevens op het niveau van duurzaamheidsstandaarden, en op die wijze nauwer aansluiten bij de concrete en werkelijke wensen van de consument? Ten slotte, hoe kunnen ‘wij’ (vanuit een democratisch perspectief) er zeker van zijn dat niet enkel het eigen belang van de betrokken ondernemingen wordt gediend? Zoals werd vastgesteld door A-G Jacobs in de zaak *Albany*:

‘Naar mag worden aangenomen handelen particuliere ondernemers normaal gesproken in hun eigen belang en niet in het algemeen belang, wanneer zij onderling overeenkomsten sluiten. De gevolgen van hun overeenkomsten zijn dan ook niet noodzakelijkerwijs in het algemeen belang.’²

De ACM heeft onder meer op basis van deze achtergrond de genoemde initiatieven afgekeurd. Tegelijkertijd kunnen tevens zuivere redenen bestaan voor een samenwerking tussen ondernemingen. In de eerste plaats omdat daarmee zogenaamde coördinatieproblemen worden opgelost zoals *free riding* en het *first mover disadvantage*. *Free riding* ziet op de situatie dat een bedrijf investeringen doet waarvan concurrenten vervolgens kunnen profiteren zonder een vergelijkbare investering te hoeven doen. Bijvoorbeeld een marketingcampagne waarin het belang van duurzaamheid wordt benadrukt. Hiermee worden consumenten in hun algemeenheid wellicht bereidwilliger dergelijke producten af te nemen. Echter, niet noodzakelijkerwijs de producten van het bedrijf dat de inves-

* Dr. Jotte Mulder is universitair docent aan de Universiteit Utrecht (PhD, EUI Florence).

1 Zie voor een selectieve greep uit het debat: L. Ankersmit, ‘Het einde van de kiloknallers? De grenzen aan zelfregulering van duurzaam vlees onder het kartelverbod’, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2011, afl. 7, p. 149-155; A. Gerbrandy, ‘Duurzaamheidsbelangen in het mededingingsrecht’, *NtEr* 2013, afl. 9, p. 326-333; H. Pijnacker-Hordijk, ‘Beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het mededingingsrecht’, *M&M* 2013, afl. 1, p. 5-10; J. Mulder, ‘Op het snijvlak van onafhankelijkheid en openheid: wat is de rol van de ACM in een duurzame maatschappij?’, *SEW* 2014, afl. 12, p. 565-578; J. Mulder, ‘Een duurzame maatschappij, wat mag dat kosten?’, *NJB* 2015/1400, p. 1912-1920; J.W. van de Gronden, ‘Europees mededingingsrecht en niet-economische belangen’, *SEW* 2016, afl. 11, p. 472-483; J. Wubbels, ‘Wat kunnen we doen aan de remmende werking van het mededingingsrecht op duurzaamheidsinitiatieven?’, *M&M* 2016, afl. 5, p. 193-198.

2 Conclusie A-G F.G. Jacobs in C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, punt 184 (*Albany*).

tering in de marketingcampagne gedaan heeft. *First mover disadvantage* ziet op de situatie waarin een onderneming besluit niet langer 'niet-duurzame' producten aan te bieden. Als gevolg zullen de prijzen van de producten van deze onderneming omhooggaan en zullen sommige consumenten logischerwijs overstappen naar een concurrent. Met het oogmerk dergelijke coördinatieproblemen op te lossen kan het vanuit een economisch perspectief efficiënt zijn dat wordt samengewerkt. Bovendien wordt, mede vanwege druk vanuit het maatschappelijk middenveld en de overheid, in toenemende mate van bedrijven verwacht dat zij duurzaamheidsdoelstellingen integreren in hun commerciële beleid.

Daarbij komt dat de politieke wind in Nederland op dit moment met zich meebrengt dat sociale en groene doelstellingen moeten worden opgepakt door de samenleving zelf. Deze zogenaamde 'doe-democratie' wordt gedreven vanuit de politieke wens regeldruk te verminderen en het 'zelf-organiserend vermogen van de samenleving' te activeren.³ Deze achtergrond en de reacties vanuit het maatschappelijk middenveld en het bedrijfsleven op de ACM-afkeuring van de twee genoemde initiatieven hebben minister Kamp (EZ) (hierna ook: de Minister) ertoe bewogen op zoek te gaan naar mogelijkheden om het spanningsveld via wetgeving op te lossen. Daartoe is recentelijk een 'Hoofdpijnen Wetsvoorstel Algemene Gelding Duurzaamheidsinitiatieven' (hierna: Hoofdpijnen Wetsvoorstel) opgesteld waarin de Minister uiteen heeft gezet hoe het spanningsveld geadresseerd zal gaan worden.⁴ Deze laatste innovatieve stap in het debat mededingingsrecht versus duurzaamheid geeft aanleiding nog eens te kijken naar de ontwikkelingen die aanleiding hebben gegeven voor de Minister om nieuwe wetgeving te introduceren. Daarnaast is het van belang te reflecteren op de vraag of het nieuwe voorstel, zoals de Minister expliciet veronderstelt, wel voldoet. Dat wil zeggen, wordt hiermee het conflict geadresseerd en is het voorstel volledig in overeenstemming met het Europees mededingingsrecht? Daarnaast lijkt in het geheel voorbijgegaan te zijn aan het potentiële conflict dat een verklaring van algemene gelding (hierna: vvag) kan opleveren in het licht van de Europese regels die zien op, bijvoorbeeld, het vrije verkeer van goederen binnen de Europese Unie.⁵ Zoals in dit artikel zal blijken is het zeker niet evident dat aan alle hieruit voortvloeiende vereisten wordt voldaan.

2. De mededinging-versus-duurzaamheids-saga in Nederland

Het Hoofdpijnen Wetsvoorstel introduceert een raamwerk waarmee duurzaamheidsinitiatieven buiten de werksfeer van het (Europese) mededingingsrecht geplaatst worden. Dat is, althans, de inzet. Voordat ik inga op de details van het wetsvoorstel is het goed nog eens kort stil te staan bij de twee zaken die aanleiding hebben gegeven tot dit specifieke voorstel.⁶

2.1. Het Energieakkoord voor duurzame groei

Bij de onderhandeling van dit akkoord over duurzaam energie- en klimaatbeleid zijn meer dan veertig organisaties betrokken waaronder centrale, regionale en lokale overheden, werkgeversorganisaties, vakbonden, milieuorganisaties, financiële instellingen en andere maatschappelijke organisaties.⁷ Onderdeel van de overeenkomst betrof de sluiting van enkele kolencentrales uit 1980. De sluiting van de centrales was onderdeel van een breder stimuleringsplan dat de ontwikkeling van meer duurzame energiebronnen zou moeten aanmoedigen. De ACM werd gevraagd of de geplande sluiting van kolencentrales wel kon worden verzoend met de Nederlandse en Europese mededingingsregels. De daaropvolgende analyse van de ACM was gericht op de sluiting van de kolencentrales als zijnde een mededingingsbeperkende afspraak. De ACM was van mening dat, aangezien de voorgenomen sluiting het resultaat was van besprekingen tussen verschillende energieproducenten, dit een mededingingsbeperkende overeenkomst tussen concurrenten in de zin van artikel 6 lid 1 Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 101 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) was. Vanwege de sluiting van de kolencentrales zouden ondernemingen minder capaciteit hebben om met elkaar te concurreren. De overeenkomst kon tevens niet worden vrijgesteld op basis van een efficiëntieanalyse binnen de vrijstellingscriteria.⁸ Ten behoeve van deze analyse heeft de ACM een uitgebreide kosten-batenanalyse uitgevoerd. De 'waarde' van de overeenkomst werd gemeten door na te gaan in hoeverre het sluiten van de kolencentrales de noodzaak zou wegnemen om andere milieumaatregelen te nemen (een zogenaamde *avoided-costs*-analyse). De ACM concludeerde echter dat de te verwachten kostenbesparing niet zou opwegen tegen de te verwachten prijsstijging. Bij de

3 Zie www.rijksoverheid.nl/nieuws/2013/07/09/kabinet-overheidsparticipatie-bij-doe-democratie.html en www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/07/06/kamerbrief-werken-aan-toekomstbestendige-wetgeving-en-een-toekomstbestendig-wetgevingsproces (laatst bezocht op 13 december 2016), Kamerbrief Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer inzake Mededinging en Duurzaamheid d.d. 6 juli 2016.

4 Kamerbrief Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer inzake Mededinging en Duurzaamheid d.d. 24 oktober 2016 (*Kamerstukken II* 2016/17, 30196, 480, p. 1-6).

5 Mogelijk zijn bij een vvag van een duurzaamheidsinitiatief tevens de bepalingen inzake het vrije verkeer van diensten of vestiging in het geding maar deze bijdrage beperkt zich tot het vrij verkeer van goederen.

6 Voor een meer uitgebreide behandeling van deze zaken zie Mulder *supra* noot 1.

7 Zie www.energieakkoordser.nl/ (laatst bezocht op 13 december 2016). Opvallend genoeg werden consumentenorganisaties niet bij de onderhandelingen betrokken.

8 Bijvoorbeeld E. Pijnacker-Hordijk, 'Beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod', *M&M* 2013, afl. 1, p. 5-10.

toepassing van de vrijstellingscriteria van artikel 6 lid 3 Mw gaat het namelijk om een onderzoek ‘naar de positieve economische gevolgen’, waarbij moet worden vastgesteld of de beperkingen ‘objectieve economische voordelen kunnen opleveren die opwegen tegen de negatieve effecten van de mededingingsbeperking’.⁹ Op basis van deze analyse kon niet voldaan worden aan de eerste voorwaarde van de vrijstellingscriteria.

2.2. De Kip van Morgen

Begin 2013 kondigde de brancheorganisatie Centraal Bureau Levensmiddelenhandel (CBL) aan dat ‘een andere kip in de Nederlandse supermarkten’ zou komen. Organisaties uit de pluimveesector, de kippenvleesverwerkende industrie en de supermarktsector hadden gedurende een rondetafelbespreking afspraken gemaakt over een meer duurzame productie van kippenvlees (hierna: de Kip van Morgen). Het oogmerk van de afspraken was om een verduurzaming van het kippenvleesassortiment in te zetten in Nederlandse supermarkten door middel van het invoeren van een minimumstandaard.¹⁰ Er is zeer kritisch gereageerd op het initiatief dat volgens belangenorganisaties, zoals Wakker Dier, maar weinig verbeteringen zou brengen in het daadwerkelijke welzijn van de kip. Op het eerste gezicht zouden de verbeteringen in het welzijn van de kip inderdaad niet significant zijn maar de insteek van het proces leek er op gericht te zijn geweest om te komen tot een sectorbrede minimumstandaard. Dat wil zeggen, een standaard van dierenwelzijn waaronder het niet acceptabel is dat handel gedreven wordt.

Wederom werd de ACM om een oordeel gevraagd. Het gevolg van de afspraken zou zijn dat ‘regulier geproduceerde kip’ uit de schappen van de Nederlandse supermarkten zou verdwijnen. Daarmee werd volgens de ACM de keuzevrijheid van de consument ingeperkt en aldus een concurrentieparameter, namelijk kippenvlees dat is geproduceerd met toepassing van lagere standaarden, weggenomen. Voordat een dergelijk mededingingsbeperkend besluit genomen kan worden moeten ondernemingen, volgens de ACM, een beoordeling maken waarin duidelijk wordt of de beperkingen op de mededinging kunnen worden gerechtvaardigd vanwege de voordelen die het de consument oplevert. Daarvoor heeft de ACM in deze zaak, bij wijze van leidraad, een zogenaamde *willingness-to-pay*-analyse gemaakt.¹¹ Dat wil zeggen dat de verbeteringen op dierenwelzijn in het kader van de vrijstellingscriteria alleen ‘positief’ kunnen worden geacht

indien sprake is van een hoger consumentensurplus dat wordt bepaald aan de hand van de bereidheid van consumenten om voor de toevoeging in het dierenwelzijn te betalen. Consumentenpanels, bestaande uit 2000 huishoudens, zijn vervolgens door de ACM gevraagd een keuze te maken tussen verschillende soorten kippenvlees. De consumenten konden een keuze maken tussen typen kippenvlees die van elkaar verschillen voor wat betreft dierenwelzijn. Daarbij werden de respondenten met name gewezen op de effecten van hun keuze op het maandelijkse boodschappenbudget zodat kon worden gekwantificeerd hoeveel waarde zij hechtten aan dierenwelzijn. Uit dit economische onderzoek van de ACM volgde uiteindelijk dat de bereidheid om te betalen voor de Kip van Morgen niet groot genoeg zou zijn om de verhoging in de consumentenprijs daarvan te rechtvaardigen. Om deze reden kon wederom niet voldaan worden aan de vrijstellingscriteria van artikel 6 lid 3 Mw en artikel 101 lid 3 VWEU.¹²

2.3. De opvulling van de institutionele leemte

In eerdere bijdrages heb ik betoogd dat deze kwesties vooral duiden op een institutionele leemte waarin duurzaamheidsbelangen tussen wal en schip dreigen te vallen.¹³ Op het moment dat consumentenwelzijn, in termen van *willingness to pay* of *avoided costs*, leidend wordt voor de vaststelling van het maatschappelijk belang kan het goed zijn dat bepaalde doelstellingen gewoonweg niet meer nagestreefd kunnen worden. De afwijzende opinie van de ACM in deze kwesties heeft minister Kamp er dan ook toe genoopt te bekijken of de toepasselijke regels kunnen worden aangepast om het nastreven van duurzaamheidsbelangen door ondernemingen meer ruimte te geven binnen het mededingingsrecht.¹⁴ Daarvoor was reeds in 2014 een beleidsregel geïntroduceerd.¹⁵ Op basis van deze beleidsregel werd de ACM geïnstrueerd om bij beoordelingen waaraan duurzaamheidsbelangen ten grondslag liggen, specifiek rekening te houden met: (i) de langetermijneffecten van de duurzaamheidsinitiatieven en (ii) tevens de voordelen voor toekomstige gebruikers (generaties) mee te wegen. Daarbij werd de ACM specifiek verzocht rekening te houden met de eerdergenoemde *free-riding*- en *first-mover*-problematiek. Deze beleidsregel was reeds van toepassing ten tijde van de bovengenoemde analyses van de ACM. De ACM heeft in haar analyses dan ook expliciet rekening gehouden met de langeretermijneffecten van de duurzaamheidsafspraken, althans voor zover de effecten daadwerkelijk

9 Zie voor een verdere toelichting bijvoorbeeld de Richtsnoeren inzake de toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU, *PbEU* 2004, C 101/97.

10 Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken ‘De Kip van Morgen’ (kenmerk ACM/DM/2014/206028), januari 2015, p. 3-4 (gepubliceerd op www.acm.nl). De minimumvoorwaarden binnen het Kip-van-Morgen-initiatief zagen vooral op afspraken over het houden van een trager groeiend kippenras, meer ruimte door een verlaging van de bezettingsgraad met 10%, goede bodembedekking van de stal, strenge controle op dierenwelzijnsnormen, een natuurlijk dag- en nachtritme, verlaging van het antibioticagebruik, aanwending van 100% duurzame soja en diverse milieumaatregelen.

11 ‘Economische effecten van “Kip van Morgen” – Kosten en baten voor consumenten van een collectieve afspraak in de pluimveehouderij’, Machiel Mulder, Sigourney Zomer (ACM) & Tim Benning en Jorna Leenheer (CentERdata), oktober 2014 (beschikbaar op de website van de ACM).

12 Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken ‘De Kip van Morgen’ (kenmerk ACM/DM/2014/206028), januari 2015, p. 7.

13 Zie Mulder *supra* noot 1.

14 Zie onder meer de Kamerbrief van minister Kamp waarin het gehele proces nog eens wordt samengevat. Zie Kamerbrief Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer inzake Mededinging en Duurzaamheid d.d. 13 juli 2015 (*Kamerstukken II* 2014/15, 30196, 354).

15 ‘Beleidsregel mededinging en duurzaamheid’, *Stcrt.* 2014, 13375.

(monetair) meetbaar waren. De Minister is daarna op zoek gegaan naar mogelijkheden om nog meer ruimte te creëren voor duurzaamheidsbelangen.¹⁶ Dit resulteerde, in eerste instantie, in een nieuwe beleidsregel waarin de ACM zou worden geïnstrueerd rekening te houden met, waar van toepassing, een geheel pakket aan maatregelen en niet enkel één mededingingsbeperkend onderdeel daarin.¹⁷ Daarnaast zouden niet alleen de voordelen voor de directe gebruikers/consumenten moeten worden gewogen maar tevens de voordelen voor de *maatschappij als geheel*.

Het is evident dat met deze criteria de beoordelingen van de ACM ten aanzien van het Energieakkoord en de Kip van Morgen anders zouden uitvallen. Met betrekking tot het Energieakkoord zou de ACM niet alleen hebben kunnen kijken naar het sluiten van de kolencentrales maar tevens het gehele Energieakkoord in ogenschouw hebben moeten nemen. Met betrekking tot de Kip van Morgen zou het onderzoek van de ACM naar enkel de bereidwilligheid van consumenten om te betalen voor een prijsstijging onvoldoende zijn geweest voor het in kaart brengen van de positieve gevolgen voor 'de samenleving als geheel'.

Echter, tijdens de consultatiefase van deze nieuwe beleidsregel ontving het Ministerie van Economische Zaken een brief van de Europese Commissie over deze kwestie.¹⁸ Volgens de Europese Commissie zou de nieuwe beleidsregel in strijd zijn met de Europese mededingingsregels. In de brief benadrukte de Europese Commissie dat de eerdere analyses van de ACM volledig in overeenstemming waren met de Europese mededingingsregels. Ten aanzien van de nieuwe instructie oordeelde de Commissie echter dat het niet mogelijk is om in het kader van artikel 101 lid 3 VWEU de effecten voor de maatschappij als geheel in ogenschouw te nemen. Dit zou in tegenspraak zijn met de letterlijke tekst van artikel 101 lid 3 VWEU waarin staat dat alleen rekening gehouden kan worden met de directe gebruikers van de goederen of diensten:

'If certain policy goals are considered valuable for society as a whole, while not by the consumers in the relevant market, *regulation* is the right tool to safeguard them and not competition law. In other words, competition law does not stand in the way of regulation to achieve these goals, but cannot substitute for the absence of such regulation'¹⁹ (cursivering toegevoegd).

In deze brief hanteert de Commissie een traditioneel perspectief op de verhouding overheid-markt-maatschap-

pij. In simpele termen: de overheid is via regulering verantwoordelijk voor het bereiken van maatschappelijke doelstellingen en waar geen sprake is van regulering dient de markt te regeren. De brief van de Europese Commissie was aanleiding voor minister Kamp om wederom op zoek te gaan naar een alternatief.²⁰

Het voorstel dat nu op tafel ligt is de laatste poging om het spanningsveld tussen het mededingingsrecht en duurzaamheidsbelangen voor eens en altijd op te lossen. Het Hoofdlijnen Wetsvoorstel zal moeten resulteren in een wet die het mogelijk maakt duurzaamheidsinitiatieven van ondernemingen algemeen gelding te geven. Op deze basis worden private duurzaamheidsinitiatieven in wetgeving omgezet en, zo is de gedachte, zal het mededingingsrechtelijke kader kunnen worden omzeild. Dit is de onderliggende ratio van het voorstel.²¹ Het is interessant in het kort een parallel te trekken met het vergelijkbare, aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid toegekende, instrument algemeenverbindendverklaring van collectieve arbeidsovereenkomsten. Deze bevoegdheid is reeds sinds 1937 opgenomen in de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (hierna: Wet). Het doel van het algemeen verbindend verklaren van cao's is het bevorderen van een gelijke rechtspositie van werknemers en het tegengaan van ongelijke concurrentie op basis van arbeidsvoorwaarden. Bovendien gaat het hier om private overeenkomsten die algemeen verbindend verklaard worden. Overeenkomsten die, met deze doelstelling, in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten zijn wegens hun aard en hun doel uitgesloten van de werking van het mededingingsrecht.²² Dit is een belangrijk verschil met het wetsvoorstel waarmee private initiatieven algemene (*publiekrechtelijke*) gelding kunnen krijgen.

Het kerndoel van het wetsvoorstel ziet daarmee expliciet op het faciliteren van ruimte voor partijen om duurzaamheidsinitiatieven te kunnen realiseren en het gepercipiëerde obstakel van de Mededingingswet uit te sluiten. Desalniettemin zijn de maatschappelijke ordeningseffecten vergelijkbaar met de Wet Cavv. Private partijen worden namelijk in staat gesteld een maatschappelijk belang vorm te geven dat vervolgens vastgelegd wordt in wetgeving.

De belangrijkste voorwaarde voor de toepasselijkheid van de nieuwe wet is dat er een 'echt' publiek belang aanwezig is. Om de aanwezigheid van dat publieke belang te garanderen zijn in het voorstel vooral procedurele waarborgen

16 Zie onder meer 'Kamp wijzigt regels voor duurzame afspraken', *SC Krant* 30 juni 2015, nr. 12, p. 3, en de reactie van ACM voorzitter Fonteijn in *Het Financieel Dagblad* 2 juli 2015, p. 9, 'Aanpassen mededingingsregels voor duurzamere producten is onnodig'.

17 'Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016', *Stcrt.* 2016, 52945.

18 Zie bijlage bij Kamerbrief Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer inzake Mededinging en Duurzaamheid d.d. 23 juni 2016 (*Kamerstukken II* 2015/16, 30196, 463).

19 *Ibid.*, p. 2.

20 Vooralsnog is de beleidsregel echter wel in werking getreden maar hij zal door de ACM niet worden toegepast. De definitieve beleidsregel is op 5 oktober 2016 gepubliceerd. Zie *Stcrt.* 2016, 52945.

21 Kamerbrief Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer inzake Mededinging en Duurzaamheid d.d. 24 oktober 2016 (*Kamerstukken II* 2016/17, 30196, 480, p. 1-6).

22 Zie bijvoorbeeld HvJ EG, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*). Zie voor een verdere analyse van deze lijn van rechtspraak A. Gerbrandy, 'Duurzaamheidsbelangen in het mededingingsrecht', *NtEr* 2013, afl. 9, p. 326-333 en J. Mulder, 'Op het snijvlak van onafhankelijkheid en openheid: wat is de rol van de ACM in een duurzame maatschappij?', *SEW* 2014, afl. 12, p. 565-578.

geïntroduceerd op basis waarvan de uitkomsten van private initiatieven daadwerkelijk het publieke belang zullen moeten gaan dienen. Door middel van het invoeren van een aantal procedurele waarborgen wordt het vervolgens mogelijk gemaakt voor de overheid en het parlement om uiteindelijk de belangenafweging te maken en een initiatief al dan niet algemeen geldend te verklaren. De procedurele waarborgen zijn (i) draagvlak; (ii) inhoudelijke onderbouwing; en (iii) onafhankelijk advies. Draagvlak ziet op een verplichting voor partijen om aan te tonen dat het voorstel wordt ondersteund door ‘betrokken organisaties’. Daarnaast moeten ondernemingen ‘het in hoge mate eens zijn’ met de plannen en moeten partijen aantonen dat ze rekening hebben gehouden met de belangen van partijen die het niet eens zijn met een algemene gelding. De inhoudelijke onderbouwing ziet op de beschrijving van de effecten op duurzaamheid, prijs en ‘andere voor het consumentenbelang relevante onderwerpen’. Ten slotte ziet het onderdeel ‘onafhankelijk advies’ op het inwinnen van informatie bij onafhankelijke deskundigen. Dit zal geschieden door de regering zelf. Als voorbeeld worden ‘universiteiten of adviesinstellingen als het planbureau voor de leefomgeving’ genoemd en de ACM (voor ‘consumentenaspecten’). Op deze wijze streeft het voorstel ernaar het spanningsveld tussen het mededingingsrecht en duurzaamheid op te lossen. Zoals gezegd is het achterliggende idee dat mededingingsrecht vervolgens niet van toepassing is op wetgeving.

Het wetsvoorstel is innovatief en vooruitstrevend. Echter, het is opmerkelijk dat dit wetsvoorstel gezien wordt door de Minister als de meest niet-problematische oplossing voor het spanningsveld – in tegenstelling tot sommige van de andere opties die werden geïdentificeerd en zijn afgewezen. Het meest vanzelfsprekende – afgewezen – alternatief wordt geboden door de zogenaamde *inherent-restricties*-doctrine, oftewel de *Wouters*-rechtspraak.²³ In deze zaak heeft het Hof een besluit van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOVA) dat zag op een verbod op een multidisciplinaire samenwerking tussen advocaten en accountants gekwalificeerd als niet-mededingingsbeperkend in de zin van artikel 101 lid 1 VWEU. Het Hof besloot dat voor een toetsing van dergelijke deontologische maatregelen een bepaalde beperking van de concurrentie in de beroepsgroep noodzakelijk kan zijn voor de bescherming van de integriteit van het vrije beroep. Hiermee heeft het Hof een mogelijkheid gecreëerd om de toepassing van de mededingingsregels uit te sluiten indien mededingingsbeperkingen inherent zijn aan het nastreven van een ‘legitieme doelstelling’.²⁴ Meer recentelijk in de zaak *API* bevestigde het Hof deze *Wouters*-route nogmaals en specificeerde dat de toets

daarin is of ‘beperkingen (...) niet verder gaan dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van legitieme doelstellingen’.²⁵ De inherente beperkingenleer biedt daarmee een evidente route voor mededingingsbeperkende duurzaamheidsinitiatieven. Indien we kunnen aannemen dat het nastreven van duurzaamheid een ‘legitieme doelstelling’ is dan zijn beperkingen op de mededinging die noodzakelijk zijn voor het bereiken van die doelstelling onthouden van de toepassing van artikel 101 VWEU. Deze route is echter afgewezen door de Minister vanwege de te verwachten rechtsonzekerheid die verbonden is aan deze route:

‘De bekende jurisprudentie rond de leer van de inherente beperkingen gaat over afspraken binnen de sport en de advocatuur, die noodzakelijk zijn voor de uitoefening van professies binnen die sectoren. Het is met het oog op het beperkte aantal casus, in deze bovendien niet direct aan duurzaamheid gerelateerde sectoren, moeilijk vooraf vast te stellen welke criteria een rechter van belang zou vinden bij de beoordeling van afspraken rond duurzaamheid.’²⁶

De toepassing van de inherente beperkingenleer is inderdaad casusspecifiek en met name toegepast in sport en de advocatuur.²⁷ Echter, bijvoorbeeld in de reeds genoemde zaak *API* ging het om verkeersveiligheid (hetgeen expliciet werd erkend als een mogelijke legitieme doelstelling).²⁸ Uit de rechtspraak kan voorts niet zonder meer worden afgeleid dat het concept ‘legitieme doelstelling’ restrictief moet worden uitgelegd. Lidstaten hebben een ‘zekere mate van discretie’ om vast te stellen wat een legitieme doelstelling is. Het klopt wel dat het idee van een ‘legitieme doelstelling’ in de rechtspraak niet is gespecificeerd dus dat daar enige onduidelijkheid rondom speelt.²⁹ Echter, zoals ik hierna zal toelichten is de juridische status van de nu gekozen optie op zijn minst net zo onduidelijk. Dat er mogelijkheden bestaan binnen de Europeesrechtelijke jurisprudentie om wetgeving te gebruiken als een manier om de toepassing van het EU-mededingingsrecht uit te sluiten is correct. Echter, dat daar vervolgens nog enige haken en ogen aan zitten is tevens evident. De vaststelling dat het wetsvoorstel zonder meer conform het Europese mededingingsrecht is kan daarom als bijzonder opmerkelijk worden gezien. Bovendien lijkt in het geheel voorbijgegaan te worden aan het potentiële conflict dat een algemene gelding kan opleveren in het licht van de Europese regels die zien op het vrije verkeer van goederen. In de volgende paragrafen zal ik de rechtspraak bespreken waarin het Hof van Justitie heeft toegelicht wanneer dit soort constructies toe-

23 Zie HvJ EG, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*). Tevens J.W. van de 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; E. Kloosterhuis, ‘*Wouters*: All in the Family?’, *M&M* 2016, afl. 3, p. 113-118.

24 *Ibid.*, r.o. 97.

25 Zie HvJ EU, gevoegde zaken C-184/13-C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, ECLI:EU:C:2014:2147, r.o. 48 (*API*).

26 Kamerbrief Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer inzake Mededinging en Duurzaamheid d.d. 24 oktober 2016 (*Kamerstukken II* 2016/17, 30196, 480, p. 3).

27 HvJ EG, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*); HvJ EG, C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492 (*Meca-Medina en Majcen/Commissie*).

28 Zie tevens HvJ EU, C-136/12, ECLI:EU:C:2013:489 (*Consiglio nazionale dei geologi en Autorità garante della concorrenza e del mercato*), waarin in r.o. 53 de ‘garanties voor de eindgebruikers van de diensten van de geologen’ tevens werd aangemerkt als een legitieme doelstelling.

29 Zie tevens E. Kloosterhuis, ‘*Wouters*: All in the Family?’, *M&M* 2016, afl. 3, p. 113-118.

laatbaar zijn.³⁰ Vervolgens zal het wetsvoorstel binnen dat licht besproken worden.

3. De ‘nuttig-effect’-rechtspraak van het Hof

Kunnen lidstaten wetgeving gebruiken als middel om het kartelverbod van artikel 101 lid 1 VWEU te ontwijken? Om deze vraag te beantwoorden moeten we kijken naar een lijn van rechtspraak waarin het Hof heeft geoordeeld onder welke omstandigheden een wetgevende maatregel het zogenaamde *nuttig effect* van de mededingingsregels ondermijnt.³¹ De nuttig-effect-rechtspraak bestaat uit de gelijktijdige toepassing van artikel 101 VWEU en artikel 4 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU). Omdat artikel 101 VWEU alleen ziet op het gedrag van ondernemingen heeft het Hof met de gelijktijdige toepassing van de ‘loyale samenwerkingsplicht’ die voortvloeit uit artikel 4 lid 3 VEU beslist dat wetgeving van lidstaten in strijd kan komen met de verplichting van lidstaten om te goeder trouw te handelen en de effectieve werking van het Unierecht te garanderen. Er is sprake van strijd met deze verplichting wanneer:

‘(...) een lidstaat het tot stand komen van met artikel 101 VWEU strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt, of aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te laten’³² (cursivering toegevoegd).

De kern van de eerste voorwaarde is dat lidstaten niet via vormen van wetgeving een afspraak van ondernemingen kunnen ‘beschermen’ tegen de toepassing van het Europese mededingingsrecht. Dat zou mogelijke protectionistische maatregelen in de hand werken en als zodanig de effectieve werking van het Europese mededingingsrecht beperken. De tweede voorwaarde ziet op de situatie waar ondernemingen worden voorzien van regulerende macht. Op basis van de gehanteerde formulering van het Hof lijkt het alsof het enkele overdragen van regulerende macht aan particuliere marktdeelnemers reeds strijd met het nuttig effect van de mededingingsregels oplevert. In de eerste zaken over de nuttig-effect-rechtspraak leek dit inderdaad zo te worden toegepast door het Hof.³³ Echter, recentelijk in de zaak *API* verduidelijkte het Hof dat het delegeren van regulerende macht alleen een inbreuk op

de nuttig-effect-rechtspraak vormt indien, *in casu*, tevens voldaan is aan de voorwaarden van artikel 101 lid 1 VWEU.³⁴ Vervolgens analyseerde het Hof, mede aan de hand van de *Wouters*-route, of er sprake was van een inbreuk op artikel 101 lid 1 VWEU. De werking van de nuttig-effect-rechtspraak kan verder worden geïllustreerd aan de hand van de uitspraak van het Hof in de zaak *Arduino*.

Deze uitspraak zag op Italiaanse wetgeving betreffende de vaststelling van vergoedingen voor advocaten. Op basis van een Italiaanse wet werd de vaststelling van minimum- en maximumtarieven voor advocaten gedelegeerd aan een comité dat exclusief bestond uit leden van de Italiaanse orde van advocaten. Een van de vragen voor het Hof was of de delegatie van prijsregulering waarin deze wet voorzag een inbreuk constitueerde op het nuttige effect van de mededingingsregels.³⁵

In de praktijk wordt de eerste voorwaarde (‘wanneer een lidstaat het tot stand komen van met artikel 101 VWEU strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt’) beantwoord aan de hand van een beoordeling die nagaat of een nationale regeling procedurele of materiële voorschriften bevat die verzekeren dat de betrokken ondernemingen zich gedragen ‘als een verlengstuk van het openbaar gezag dat handelt in het algemeen belang’.³⁶ Als dit is gegarandeerd dan is artikel 101 VWEU namelijk nooit van toepassing geweest. In andere woorden: voor een inbreuk op artikel 101 VWEU is het noodzakelijk dat ondernemingen daadwerkelijk de ruimte hebben gehad om op enig moment te handelen in hun eigen belang. In het geval van *Arduino* zou het vastleggen van een tariefafpraak in wetgeving dan bijvoorbeeld kunnen kwalificeren als het versterken van een prijsafpraak tussen ondernemingen waarbij het publieke belang niet te allen tijde gewaarborgd is geweest.

In *Reiff* oordeelde het Hof bijvoorbeeld met betrekking tot tariefcommissies voor goederentransport in Duitsland dat geen sprake was van een prijskartel omdat de leden van het platform geacht werden te handelen als ‘onafhankelijke experts’ en niet gebonden konden worden door opdrachten of instructies van de betrokken ondernemingen.³⁷ De leden werden weliswaar aangedragen door de betrokken ondernemingen binnen de sector maar vervolgens werden zij formeel benoemd door het ministerie en zij zouden worden geacht te handelen op basis van enkel het publieke belang op basis van het toepasselijke wettelijke raamwerk. Het Hof oordeelde aldus in deze zaak dat de vertegenwoordigers geen onderdeel waren van de ondernemingen maar handelden als een verlengstuk van het openbaar gezag en in het algemeen belang.

³⁰ Voor een weergave van de alternatieve routes zie Mulder *supra* noot 1.

³¹ Zie tevens H. Schepel, ‘Delegation of regulatory powers to private parties under EC competition law: towards a procedural public interest test’, *CML Rev.* 39, 2002, p. 31-51.

³² Zie gevoegde zaken C-184/13-C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, ECLI:EU:C:2014:2147, r.o. 29 (*API*); HvJ EG, C-96/94, ECLI:EU:C:1995:308, r.o. 21 (*Centro Servizi Spediporto*); HvJ EG, C-35/99, ECLI:EU:C:2002:97, r.o. 35 (*Arduino*) en HvJ EG, ECLI:EU:C:2006:758, r.o. 47 (*Cipolla e.a.*).

³³ Zie HvJ EG, 267/86, r.o. 16, ECR 1988, 4769 (*Van Eycke*); HvJ EG, C-185/91, ECLI:EU:C:1993:886, r.o. 14 (*Reiff*); HvJ EG, C-153/93, ECLI:EU:C:1994:240, r.o. 14 (*Delta Schifffahrts- und Speditionsgesellschaft*); HvJ EG, C-96/94, ECLI:EU:C:1995:308, r.o. 20 (*Centro Servizi Spediporto*).

³⁴ Zie gevoegde zaken C-184/13-C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, ECLI:EU:C:2014:2147, r.o. 45-46 (*API*).

³⁵ C-35/99, ECLI:EU:C:2002:97 (*Arduino*).

³⁶ C-35/99, ECLI:EU:C:2002:97, r.o. 35 (*Arduino*).

³⁷ C-185/91, ECLI:EU:C:1993:886, r.o. 14 (*Reiff*).

In *Arduino* lag dit anders. De betrokken advocaten die verantwoordelijk waren voor het bepalen van de tarieven werden niet benoemd, noch was er sprake van enige materiële regels die ervoor zouden kunnen zorgen dat het publieke belang zou zijn gewaarborgd.³⁸ In *Arduino* oordeelde het Hof echter dat, ondanks het feit dat het vaststellen van de advocatentarieven was gedelegeerd, de tarifiering als zodanig nooit haar overheidskarakter had verloren omdat de Italiaanse Orde van Advocaten de Minister van Justitie enkel voorzag van een concept dat vervolgens nog kon worden aangepast en afgekeurd door de minister.³⁹ Zonder overheidsvalidatie zou de tarifiering nooit juridisch van kracht kunnen worden. In de zaak *Mauri* heeft het Hof geoordeeld dat dergelijk overheids-toezicht in ieder geval potentieel doorslaggevend moet zijn binnen een besluitvormingsproces waarbij een dergelijk voorstel inhoudelijk wordt besproken en nog kan worden aangepast.⁴⁰ Dat wil zeggen, voor zover een maatregel afhankelijk is van overheidsvalidatie, is het nog wel van belang dat het toezicht en de betrokkenheid wel inhoudelijk relevant zijn en niet dienst doen als hamerstuk.⁴¹

4. Beperkingen op het vrij verkeer van goederen of diensten

Het is ten slotte belangrijk om te benadrukken dat naast het mededingingsrecht tevens de regels betreffende het vrij verkeer van goederen of diensten relevant zijn. Deze rechtsregels komen in beeld vanwege het feit dat een algemeen geldende duurzaamheidsregeling kan worden gekwalificeerd als een nationale overheidsmaatregel die waarschijnlijk beperkingen oplevert voor de tussenstaatse handel. Aldus kan, voor zover nationale maatregelen geen inbreuk vormen op het nuttig effect van de mededingingsregels, alsnog sprake zijn van strijdigheid met de Europese regels betreffende bijvoorbeeld het vrije verkeer van goederen. Zo zal een minimumstandaard voor dierenwelzijn leiden tot beperkingen voor goederen uit andere lidstaten die zijn geproduceerd tegen lagere standaarden en geen toegang meer kunnen krijgen tot de Nederlandse markt. In dat geval zal de Nederlandse overheid de beperkingen moeten kunnen rechtvaardigen op basis van de binnen artikel 36 VWEU omschreven gronden van algemeen belang of op basis van de in de rechtspraak ontwikkelde 'dwingende vereisten'.⁴² In beide gevallen dient de nationale maatregel, overeenkomstig het evenredigheids-

beginsel, geschikt te zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en mag hij niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is. In rechtspraak van het Hof is bevestigd dat duurzaamheidsgerelateerde onderwerpen zoals dierenwelzijn of milieubescherming kunnen worden geschaard onder zowel de in artikel 36 VWEU omschreven gronden van algemeen belang als de genoemde 'dwingende vereisten'.⁴³ De toetsing van een algemeen geldend verklaarde duurzaamheidsregeling zou vervolgens dus alleen nog de evenredigheids-toetsing van het Hof moeten kunnen doorstaan. Dat is echter een stap waarbinnen restrictieve overheidsmaatregelen regelmatig alsnog sneuvelen.⁴⁴ In de beslissingspraktijk van het Hof wordt het evenredigheidsvereiste veelal ingevuld door te toetsen of de maatregelen de verwezenlijking van doelstellingen op 'de minst beperkende' en op een 'coherente en systematische' manier nastreven.⁴⁵

Dit zijn strikte vereisten, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de zaak *Commissie/Oostenrijk* waarin het Hof oordeelde over de toelaatbaarheid van een milieugerelateerde maatregel in Oostenrijk. Vrachtwagens van een bepaalde omvang en gewicht werd verboden nog langer gebruik te maken van een belangrijke doorgangssnelweg tussen Oostenrijk en Italië. Het oogmerk van de maatregel was ingegeven om luchtvervuiling tegen te gaan en transportondernemingen ertoe te bewegen goederen met de trein te gaan vervoeren in plaats van in vrachtwagens. Hoewel de doelstelling, milieubescherming, werd erkend als legitiem, overwoog het Hof dat:

'(...) in casu niet afdoende [is] aangetoond dat de Oostenrijkse autoriteiten bij de opstelling van de litigieuze verordening afdoende hebben nagegaan of het doel, de emissies van verontreinigende stoffen te verminderen, kon worden bereikt met andere maatregelen die het vrije verkeer minder beperken (...).'⁴⁶

Naast deze stringente toetsing kijkt het Hof in toenemende mate tevens naar de 'geschiktheid' van een maatregel. Zoals reeds genoemd is daarvoor vereist dat een legitieme doelstelling op 'coherente en systematische' manier wordt benaderd. Aan deze vereisten is ook niet zonder meer voldaan. Zo heeft het Hof bijvoorbeeld gekeken naar de vraag in hoeverre het invoeren van een kansspelmonopolie zich verhoudt tot de algemene standaard van consumentenbescherming binnen een lidstaat. Alleen indien de lidstaat op een coherente en systematische wijze dat belang, dus tevens in andere beleidsgebieden, in hoge

38 C-35/99, ECLI:EU:C:2002:97, r.o. 39 (*Arduino*).

39 Ibid., r.o. 41.

40 C-250/03, ECLI:EU:C:2005:96 (*Mauri*).

41 Ibid., r.o. 33-36.

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

43 Bijvoorbeeld in HvJ EU, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037, r.o. 77 (*Ålands Vindkraft/AB Energimyndigheten*); HvJ EG, C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160, r.o. 73-75 (*Preussen Elektra AG/Schleswig*); HvJ EG, C-320/03, ECLI:EU:C:2005:684, r.o. 70 (*Commission/Austria*). Zie tevens Armin Steinbach & Robert Brückmann, 'Renewable Energy and the Free Movement of Goods', *J Environmental Law* 2015, 27 (1), p. 1-16.

44 Zie bijvoorbeeld N. Nic Shuibhne & M. Maci, 'Proving Public Interest', *CML Rev.* 50, 2013, p. 965-1005.

45 Bijvoorbeeld HvJ EG, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141, r.o. 55 (*Hartlauer*) en HvJ EU, C-384/08, ECLI:EU:C:2010:133, r.o. 51 (*Attanasio Group*). Zie ook G. Mathisen, 'Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement', *CML Rev.* 47, 2010, p. 1021-1048.

46 HvJ EG, C-320/03, ECLI:EU:C:2005:684, r.o. 89 (*Commission/Austria*).

mate nastreeft zou voldaan worden aan de vereiste 'coherentie van beleidsdoelstellingen'.⁴⁷ Ook dit vereiste zou bij een toetsing van een algemeen geldende duurzaamheidsregeling nog wel eens problematisch kunnen worden. In de volgende paragraaf zal ik hier verder op ingaan.

5. Reflectie in het licht van het wetsvoorstel

In paragraaf 3 heb ik besproken dat de nuttig-effect-rechtspraak ziet op situaties waarin een lidstaat mededingingsbeperkende maatregelen 'oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt' of regulerende bevoegdheden delegeert aan particuliere economische actoren die met behulp daarvan vervolgens de mededingingsregels overtreden. Onder de eerste test beoordeelt het Hof in feite of het van toepassing zijnde procedurele of materiële juridische raamwerk in voldoende mate garandeert dat enkel het publieke belang wordt gediend en dat de reguleringsbevoegde ondernemingen niet toch in staat worden gesteld om hun eigen belangen te dienen. In de praktijk is dit door het Hof getoetst door na te gaan of de betrokken individuen kunnen worden gekwalificeerd als 'onafhankelijke experts' of dat er sprake is van beslissende invloed door de betrokken ondernemingen. Daarnaast speelt het materieelrechtelijke raamwerk een rol. Indien besluiten enkel kunnen worden genomen in het publieke belang dan worden de betrokken ondernemingen namelijk mogelijk gezien 'als een verlengstuk van het openbaar gezag dat handelt in het algemeen belang'.⁴⁸

Op basis van de hoofdlijnen van het wetsvoorstel kan worden gedestilleerd dat een belangrijk facet van het voorstel betreft dat duurzaamheidsinitiatieven worden ontwikkeld door de economische sectoren zelf. De verwachting is dat daarmee dichter kan worden aangesloten bij daadwerkelijke prangende maatschappelijke behoeftes. Het wetsvoorstel ziet expliciet op *initiatieven* en daarop wordt ook de nadruk gelegd in het wetsvoorstel. De achtergrond hiervan is waarschijnlijk dat daarmee kan worden voorkomen dat de plannen worden gekwalificeerd als een mededingingsbeperkende *overeenkomst*. Dat is een interessante poging om de werking van het mededingingsrecht uit te sluiten. Immers, er is enkel een initiatief en geen overeenkomst. Tegelijkertijd wordt echter wel verlangd dat ondernemingen een 'hoge mate van overeenstemming' hebben bereikt over de plannen. Bovendien ziet de nuttig-effect-rechtspraak tevens op situaties waar regulerende bevoegdheden worden overgedragen aan ondernemingen die vervolgens de mededinging be-

perken. Dit wringt reeds en de vraag is tevens of dit überhaupt voldoende is om de nuttig-effect-rechtspraak te omzeilen. Naar mijn mening ligt de essentie van de nuttig-effect-rechtspraak in een beoordeling die nagaat in hoeverre het publieke belang gegarandeerd wordt in situaties waar concurrerende ondernemingen actief door de overheid betrokken worden bij een wetgevingsproces. De essentie van de nuttig-effect-rechtspraak betreft namelijk de gedachte dat ondernemingen, in de basis, enkel hun eigen belang nastreven. Zonder procedurele en materiële publiekrechtelijke waarborgen in het proces waarin initiatieven tot stand komen kan, op basis van de rechtspraak van het Hof, niet worden aangenomen dat een publiek belang wordt gediend. Op het moment dat concurrerende ondernemingen in staat worden gesteld initiatieven in te dienen die de doelstellingen van artikel 101 VWEU kunnen ondermijnen, *enkel* omdat ze worden vastgelegd in wetgeving, zal sprake zijn van een inbreuk op de nuttig-effect-rechtspraak. Daarom zal uiteindelijk in voldoende mate moeten worden gegarandeerd dat concurrerende ondernemingen exclusief een publiek belang nastreven. De doorslaggevende vraag wordt vervolgens, gezien de eerste voorwaarde van de nuttig-effect-rechtspraak, of de procedurele en materiële voorwaarden die zijn opgenomen in het voorstel in voldoende mate 'met een redelijke mate van waarschijnlijkheid'⁴⁹ kunnen garanderen dat bij de ontwikkeling van de duurzaamheidsinitiatieven enkel en alleen het publieke belang wordt gewaarborgd.⁵⁰ Er bestaan duidelijke redenen om de criteria van het Hof, die bepalen of sprake is van een verlengstuk van openbaar gezag, *restrictief* te interpreteren. Wederom, simpelweg vanwege het feit dat 'particuliere ondernemers normaal gesproken in hun eigen belang [handelen] en niet in het algemeen belang, wanneer zij onderling overeenkomsten sluiten'.⁵¹ Het is daarom belangrijk na te gaan of de procedurele criteria die nu worden genoemd in het Hoofdlijnen Wetsvoorstel voldoende precies zijn om te garanderen dat ondernemingen niet toch (deels) in hun eigen belang handelen bij het opstellen van duurzaamheidsinitiatieven. Zoals gezegd gaat het Hof ervan uit dat, in afwezigheid van stringente criteria, ondernemingen in de regel zullen handelen in hun eigen belang. Dat betekent overigens niet dat er tevens een duurzaamheidsbelang gediend wordt. De ratio achter de rechtspraak van het Hof is echter dat *indien ondernemingen ruimte hebben* om hun eigen belang te dienen, de mededingingsregels van toepassing moeten blijven op de ondernemingen. Het is bovendien uiterst ingewikkeld om te bepalen en te testen wat de eigenlijke intenties zijn van ondernemingen die een voorstel indienen wanneer

47 Zie HvJ EU, gevoegde zaken C-316/07, C-358/07, C-360/07, C-409/07 en C-410/07, ECLI:EU:C:2010:504 (*Stoßen anderen*). Zie tevens aangaande dit vereiste van coherentie D. Damjanovic, 'The EU Market Rules as Social Market Rules: Why the EU Can Be a Social Market Economy', *CML Rev.* 50, 2013, p. 1685-1717 en F. de Witte, 'Sex, Drugs & EU Law: The Recognition of Moral and Ethical Diversity in EU Law', *CML Rev.* 50, 2013, p. 1545-1578; G. Mathisen, 'Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement', *CML Rev.* 47, 2010, p. 1021-1048; J. Mulder, 'A New Chapter in the European Court of Justice Gambling Saga: A Stacked Deck?', 2011 38 *Legal Issues of Economic Integration*, p. 243-262.

48 C-35/99, ECLI:EU:C:2002:97, r.o. 35 (*Arduino*).

49 *Ibid.*, r.o. 39.

50 Overigens is het in de eerste plaats nog van belang voor de toepassing van artikel 101 VWEU dat er sprake is van een effect op de tussenstaatse handel. Daarvan zal in de regel sprake zijn bij een vrag aangezien daarmee de afspraak zal gelden voor alle relevante ondernemingen in Nederland. Een maatregel die het grondgebied van een gehele lidstaat betreft zal een effect hebben op de tussenstaatse handel.

51 Conclusie A-G F.G. Jacobs in C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, r.o. 184 (*Albany*).

in het totstandkomingsproces geen enkel overheidstoezicht heeft plaatsgevonden.

Bijvoorbeeld, met betrekking tot de hypothetische vvag van het Energieakkoord kan de vraag gesteld worden in hoeverre het overheersende maatschappelijke belang niet zou kunnen dienen als een verkapte mogelijkheid voor de energiemaatschappijen om gezamenlijk de capaciteit te beperken van een gedateerde energiebron. Ook zonder de afspraak zouden de energiemaatschappijen op termijn moeten besluiten naar een meer efficiënte energievoorziening over te stappen. Alleen dan in een situatie van volledige concurrentie. Daarmee zou het Energieakkoord een sluier kunnen bieden om dat eindresultaat op een stuk eenvoudigere wijze te bereiken. Een vergelijkbaar probleem zou opkomen met betrekking tot de Kip van Morgen waarbij het niet is uitgesloten dat de ‘kiloknallers’ voor dermate veel concurrentie zorgen dat de sector, onder het mom van verduurzaming, een eigen belang had om de markt te ‘stabiliseren’. Onder deze omstandigheden kan niet worden betoogd dat de procedurele en materiële voorwaarden noodzakelijkerwijze garanderen dat bij de ontwikkeling van de duurzaamheidsinitiatieven enkel en alleen het publieke belang leidend is. Ik verwacht daarom niet dat aan de eerste voorwaarde van de nuttig-effect-rechtspraak tegemoet kan worden gekomen.

Een mogelijke oplossing zou kunnen zijn om een zogenaamd duurzaamheidsplatform op te richten als een intermediaire stap tussen de ontwikkeling van plannen door de betrokken ondernemingen en de formele indiening van de plannen voor een vvag. Op dat platform zouden, naast vertegenwoordigers van de ondernemingen zelf, tevens ‘publiek-belang’-vertegenwoordigers kunnen worden aangesteld die de ontwikkeling van de plannen zouden kunnen overzien om te garanderen dat in alle stappen van het proces een publiek belang leidend is geweest.

De volgende vraag is in hoeverre zou kunnen worden beargumenteerd dat een algemeen geldend verklaard duurzaamheidsinitiatief nooit zijn overheidskarakter heeft verloren en op die basis niet onder het toepassingsbereik van artikel 101 VWEU komt. Het Hoofddlijnen Wetsvoorstel voorziet dat het parlement en de regering uiteindelijk de belangenafweging maken en tevens zullen besluiten om al dan niet een algemene gelding te geven aan een initiatief. Daarnaast is opgenomen in het Hoofddlijnen Wetsvoorstel dat de regering informatie en validatie zal inwinnen bij onafhankelijke experts. Als zodanig is het overheidstoezicht zeker inhoudelijk te noemen en tevens noodzakelijk om een initiatief algemene gelding te geven. Daarmee wordt voldaan aan een aantal van de vereisten in de hierboven besproken rechtspraak. Desalniettemin lijkt het mij op basis van de huidige opzet onwaarschijnlijk dat kan worden beargumenteerd dat een algemeen geldend duurzaamheidsinitiatief nooit zijn overheidskarakter heeft verloren. De meest evidente reden hiervoor is dat de duurzaamheidsinitiatieven om te beginnen op geen enkel moment een overheids-

karakter hebben gekregen. Aangezien een duidelijk uitgesproken intentie van het wetsvoorstel is om het identificeren en ontwerpen van initiatieven volledig over te laten aan de private sector is het vervolgens moeilijk om nog vol te houden dat deze maatregelen vervolgens nooit hun overheidskarakter hebben verloren.

Dit zou mogelijk anders kunnen zijn indien er een publiekrechtelijk raamwerk (bijvoorbeeld een kaderwet) zou bestaan waarbinnen de concrete doelstellingen worden gedefinieerd die vervolgens in aanmerking zouden kunnen komen voor een vvag. In die situatie zou wellicht kunnen worden beargumenteerd dat de nagestreefde doelstellingen nooit hun overheidskarakter hebben verloren en de private sector enkel om enige input is gevraagd. Op basis van enkel het huidige voorstel is het echter twijfelachtig of de verwachting van minister Kamp dat mededingingsrechtelijke problemen kunnen worden opgelost via de route van een verklaring van algemene gelding terecht is. Het is niet uitgesloten dat een beoordeling van een vvag vanuit het perspectief van de nuttig-effect-rechtspraak zal worden gezien als het versterken of begunstigen van een mededingingsbeperkende afspraak. De consequentie daarvan is tweezijdig. In het arrest *CIF* heeft het Hof geoordeeld dat nationale mededingingsautoriteiten in voorkomende gevallen op basis van een combinatie van artikel 4 lid 3 VEU en artikel 101 VWEU niet alleen bevoegd maar ook verplicht kunnen zijn om dergelijke overheidsmaatregelen te toetsen en zo nodig buiten werking te plaatsen.⁵² De betrokken ondernemingen kunnen vervolgens aangesproken worden voor een overtreding van de mededingingsregels.

Ten slotte is het nog van belang na te gaan in hoeverre de VWEU-vrijverkeersregels roet in het eten kunnen gooien. Zoals reeds werd vastgesteld in de vorige paragraaf moet in een hypothetisch geval waar een vvag niet leidt tot strijd met de nuttig-effect-rechtspraak alsnog worden nagegaan of wel wordt voldaan aan de vereisten van de regels die zien op het vrij verkeer van goederen en diensten. Stel bijvoorbeeld dat de Kip-van-Morgen-afpraak algemeen geldend verklaard zou zijn. In die situatie zal het voor bijvoorbeeld een Poolse aanbieder van kippenvlees moeilijker worden om op de Nederlandse markt te concurreren. De beperking die dit oplevert voor het vrij verkeer van goederen zal vervolgens moeten worden gerechtvaardigd in het licht van de criteria die het Hof daarvoor heeft ontwikkeld.⁵³ Zoals reeds werd vastgesteld kunnen deze vereisten behoorlijk stringent worden toegepast. Met betrekking tot de Kip-van-Morgen-afpraak zou bijvoorbeeld kunnen worden betoogd dat er een minder beperkende maatregel beschikbaar is. Zo zou overwogen kunnen worden dat een efficiëntere manier om het welzijn van de kip te adresseren is via bijvoorbeeld etikettering en individuele concurrentie op dierenwelzijn. Vervolgens, met betrekking tot de vereisten van coherentie van beleid, zou in het licht van een vvag van een afspraak zoals de Kip van Morgen, de vraag gesteld kunnen worden: ‘Waarom wel een hoog dierenwelzijn

52 Zie HvJ EG, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430, r.o. 58 (*Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*).

53 Bijvoorbeeld C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141, r.o. 55 (*Harilauer*) en C-384/08, ECLI:EU:C:2010:133, r.o. 51 (*Attanasio Group*).

voor de kip maar niet voor het varken?’ Zoals besproken heeft het Hof dergelijke vereisten geformuleerd voor handelsbeperkend beleid van de lidstaten. Op het moment dat belangrijke beleidsvraagstukken worden overgedragen aan de private sector zal alsnog voldaan moeten worden aan deze vereisten van beleidscoherentie en dat is niet zonder meer het geval.⁵⁴ Zo zou bijvoorbeeld kunnen worden vereist dat met ‘nauwkeurige informatie’ wordt onderzocht of de bevoegde ondernemingen ‘met inachtneming van transparante en objectieve criteria’ op de juiste wijze gebruik hebben gemaakt van de door de wet geboden bevoegdheden, teneinde de doelstellingen verband houdende met de bescherming van een bepaald belang ‘op het gehele betrokken grondgebied op coherente en systematische wijze te verwezenlijken’.⁵⁵ Op deze basis zal de private sector zich moeten gaan gedragen als een transparant en coherent overheidsorgaan. Uiteraard zal een uiteindelijke analyse afhangen van initiatieven die daadwerkelijk in aanmerking komen voor een vvag.

6. Conclusie

De onderliggende ratio van de nuttig-effect-rechtspraak is duidelijk. Uiteindelijk gaat het in deze rechtspraak om een legitimiteitsvraag. Private maatregelen die publieke belangen nastreven maar in dat proces een ander publiek belang opzijzetten, namelijk het belang van effectieve mededinging, zijn toegestaan indien de beperkingen op de mededinging kunnen worden gerechtvaardigd vanuit het perspectief van consumentenwelvaart. Indien dergelijke maatregelen aantoonbaar leiden tot een verhoging van de consumentenwelvaart, biedt het mededingingsrechtelijke raamwerk daar ruimte voor. Het mededingingsrechtelijke raamwerk biedt daarmee een validering vanuit de markt. Echter, op het moment dat consumentenwelvaart niet aantoonbaar verbetert zal een alternatieve bron van legitimiteit moeten worden aangeboord. Daar-

voor heeft het Hof enige aanknopingspunten geboden in zijn rechtspraak aangaande de inherente beperkingen. Voorts is een mogelijke alternatieve bron van legitimiteit, uiteraard, wetgeving. Lidstaten kunnen ervoor kiezen publieke belangen via wetgeving te adresseren. Daarmee is het mededingingsrechtelijke raamwerk uitgespeeld aangezien het toepassingsbereik daarvan is beperkt tot ondernemingen. Echter, op het moment dat wetgeving wordt ingezet om de mededingingsrechtelijke regels te omzeilen en kartelafspraken worden versterkt of indien regulerende bevoegdheden worden overgedragen aan ondernemingen met hetzelfde effect dan is mogelijk sprake van strijd met de nuttig-effect-rechtspraak van het Hof. Het Hoofdpijn Wetsvoorstel lijkt op dit moment niet volledig te voldoen aan de voorwaarden die zijn gecreëerd in deze rechtspraak. In het voorgaande heb ik een tweetal oplossingen geïdentificeerd die overwogen zouden kunnen worden bij de verdere institutionele vormgeving van het wetsvoorstel. Een duurzaamheidsplatform waarbinnen speciale ‘publieke’ afgevaardigden worden aangesteld (bijvoorbeeld op projectbasis) om reeds bij de vormgeving van een duurzaamheidsinitiatief betrokken te worden zou het, te allen tijde, nastreven van het publieke belang verder kunnen garanderen. Voorts zou het vastleggen van een aantal duurzaamheidsbelangen in wetgeving kunnen bijdragen aan het argument dat een vvag nooit het overheidskarakter verloren heeft. Daarnaast komen de vrijverkeersregels nog in beeld. De uiteindelijke beoordeling van de maatregelen vanuit het perspectief van de vrijverkeersregels zal uiteraard afhangen van de specifieke omstandigheden van een concrete vvag. Desalniettemin kan op basis van de rechtspraak van het Hof reeds worden geconcludeerd dat de private sector in de context van een vvag zal moeten voldoen aan dezelfde vereisten van evenredigheid en beleidscoherentie die gelden voor overheidsorganen. Alles overziend is de conclusie dat nog enige aanvullende institutionele vormgeving vereist zal zijn voordat de zo gewenste rechtszekerheid voor private duurzaamheidsinitiatieven kan worden gegarandeerd.

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-316/07, C-358/07-C-360/07, C-409/07 en C-410/07, ECLI:EU:C:2010:504, r.o. 81-83 (*Stoßen anderen*).

⁵⁵ Zie HvJ EU, C-539/11, ECLI:EU:C:2013:591, r.o. 56 (*Optica New Line*).