

Artikel

Duurzaamheidsinitiatieven en het kartelverbod – wie is aan zet?

Jori de Goffau en Greetje van Heezik*

Als onderdeel van dit speciale nummer van M&M over mededinging en duurzaamheid gaan wij in op de beperkte mogelijkheden die er zijn onder het kartelverbod voor ondernemingen die duurzaamheidsafspraken willen maken om definitieve rechtszekerheid te krijgen over de toelaatbaarheid van deze afspraken. In deze bijdrage bespreken wij waarom de procedurele instrumenten die in de huidige systematiek kunnen worden toegepast onvoldoende ruimte bieden voor checks and balances en daardoor ook niet tot rechtsontwikkeling kunnen leiden. Vervolgens doen wij suggesties voor de inzet van bestaande en nieuwe instrumenten om tot aanvullende rechtszekerheid te komen en/of rechtsontwikkeling mogelijk te maken, teneinde de totstandkoming van de genoemde samenwerkingen maximaal te stimuleren.

Inleiding

Eind 2019 presenteerde de Europese Commissie (hierna: Commissie) de Europese *Green Deal*, een ambitieus plan dat is gericht op het tot nul reduceren van de netto-uitstoot van broeikasgassen tegen 2050 en het loskoppelen van economische groei van het gebruik van grondstoffen.¹ Naast de ambities op Europees niveau ter implementatie van deze *Green Deal*, moet Nederland op

grond van de op internationaal niveau aangevane klimaatverplichtingen² flinke inspanningen verrichten.³ Zowel de invoering van wetgeving⁴ als het stimuleren van initiatieven door ondernemingen is wenselijk om de klimaatdoelen te halen. Derhalve moet worden voorkomen dat de mededingingsregels, en het kartelverbod in het bijzonder, ondernemingen ervan weerhouden samenwerkingsinitiatieven ten behoeve van duurzaamheid en klimaatverbeteringen (hierna: ‘duurzaamheidsinitiatieven’) op te zetten. Daartoe is het van groot belang dat de materiële regels en procedurele instrumenten (uiteindelijk) voldoende rechtszekerheid bieden over de toelaatbaarheid van dergelijke initiatieven. In de woorden van Verordening (EG) nr. 1/2003:⁵ ‘Rechtszekerheid voor ondernemingen die onder de mededingingsregels van de Gemeenschap werken, draagt bij tot meer innovatie en meer investeringen.’⁶

In de huidige systematiek waarin ondernemingen zelf de toelaatbaarheid van samenwerkingsinitiatieven moeten beoordelen (*self assessment*), moeten zij ten aanzien van duurzaamheidsinitiatieven een complexe belangenafweging maken tussen enerzijds de milieu- en duurzaamheidsvoordelen van de samenwerking en anderzijds de nadelen voor de mededinging. Dit is een lastige afweging mede doordat er weinig recente (positieve)

* Mr. J.C. de Goffau is advocaat bij Houthoff te Amsterdam en Brussel. Mr. M.C. van Heezik is advocaat bij Houthoff te Brussel.

1. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en#actions.

2. ACM, *Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken*, 2020, randnr. 3 (hierna: *Leidraad*).

3. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*); <https://nos.nl/artikel/2320040-nederland-heeft-minste-duurzame-energie-van-hele-eu-dit-jaar-wel-versnelling.html>.

4. Zie bijvoorbeeld de invoering van de importheffing op afval (Wet fiscale maatregelen Klimaatakkoord) en CO₂-heffingen voor de industrie (Wetsvoorstel wijziging van de Wet belastingen op milieugrondslag en de Wet Milieubeheer voor de invoering van een CO₂-heffing voor de industrie).

5. Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2003, L 1/1.

6. Overweging 38 Verordening (EG) nr. 1/2003.

precedenten zijn om deze afweging met voldoende zekerheid te maken. De bestaande kaders en richtsnoeren van de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten (hierna: NMA's) bieden bovendien tot nu toe weinig ruimte voor dergelijke initiatieven. Zo kunnen volgens deze beleidskaders alleen de directe voordelen voor gebruikers en consumenten van de samenwerking worden meegewogen in het kader van de mededingingsrechtelijke beoordeling, en niet indirecte voordelen op de langere termijn voor anderen dan de huidige gebruikers.⁷

De ACM heeft met de nieuwe concept-Leidraad Duurzaamheidsafspraken (hierna: Leidraad) het initiatief genomen om meer duidelijkheid te scheppen voor ondernemingen.⁸ De ACM stelt onder meer welkome inhoudelijke vernieuwing voor en toont daarmee de bereidheid om de grenzen van haar bevoegdheden op te zoeken.⁹ Onzes inziens is aanvullende rechtszekerheid echter wenselijk, met name omdat het beleid niet vastligt in bindende regelgeving en ook niet of nauwelijks door de rechter kan worden gecontroleerd. Ten aanzien van samenwerkingsinitiatieven die niet alleen onder het nationale kartelverbod van artikel 6 Mededingingswet (Mw), maar tevens onder artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) vallen (wat al snel het geval zal zijn) ligt bovendien een EU-wijde coherente toepassing voor de hand.

Voldoende rechtszekerheid vereist enerzijds voldoende duidelijke kaders. Deze kaders worden in de regel gevormd door precedenten en idealiter door wetgeving. Anderzijds stellen *checks and balances* ondernemingen in staat een eventueel negatief oordeel over hun duurzaamheidsinitiatief aan de rechter voor te leggen waardoor de rechtsvorming en de rechtsontwikkeling kan plaatsvinden. De rechter kan in een concreet geval en binnen de actuele feitelijke en economische context de duurzaamheids- en mededingingsbelangen tegen elkaar afwegen. Een onherroepelijk rechterlijk oordeel vormt een precedent dat *guidance* en daarom (tot op zekere hoogte) ook rechtszekerheid verschaft aan derden.

De decentralisering van de toepassing en handhaving van artikel 101 VWEU per 1 mei 2004 heeft ertoe geleid dat de hiervoor genoemde belangenafweging nu ook op het niveau van de NMA's moet worden gemaakt. De Commissie geeft geen 'lid 3-beschikkingen' meer, waar die vóór de decentralisering in belangrijke mate bijdroegen aan de rechtsontwikkeling. Dat betekent dat de huidige administratieve praktijk van de Commissie maar

weinig houvast biedt voor de beoordeling van voorgenomen duurzaamheidsinitiatieven. Bij gebrek aan besluiten zijn er ook geen rechtstreekse beroepen bij de Europese rechter, met als gevolg dat ook via de rechtspraak nauwelijks nog rechtsontwikkeling plaatsvindt. Rechtsontwikkeling kan in theorie plaatsvinden via prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, maar dat lijkt in de praktijk nauwelijks realistisch omdat de toelaatbaarheid van duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod niet snel onderwerp zal zijn van een nationale juridische procedure (zie hierna). Een ander gevolg van het ontbreken van recente precedenten is dat toetsing van duurzaamheidsinitiatieven plaatsvindt aan het beleid van de Commissie waarin een strikte interpretatie van lid 3 de boventoon voert. Er is weinig ruimte voor rechterlijke toetsing aan de vroege Europese rechtspraak, de oudere Commissiebeschikkingen of aan de actuele situatie en harde klimaatverplichtingen – die meer ruimte lijken te bieden. Daardoor lijkt er mededingingsrechtelijk (te) weinig ruimte te zijn voor milieu- en duurzaamheidsinitiatieven die kunnen bijdragen aan het halen van de Europese klimaatverplichtingen.¹⁰

Ondernemingen kunnen informele *guidance* van NMA's en de Commissie vragen over de toelaatbaarheid van hun samenwerkingsinitiatief, maar zij hebben vervolgens weinig andere keuze dan zich bij een informeel negatief oordeel neer te leggen.¹¹ Het is op dit moment nog lastig in te schatten hoeveel (potentiële) samenwerkingsinitiatieven daadwerkelijk gebaat zijn bij de aangekondigde informele *guidance* van de ACM en de Commissie.¹² Wij zijn echter van mening dat bij voorkeur meer duiding wordt gegeven door middel van bindende regelgeving, maar dat in ieder geval een rechterlijke toetsing mogelijk moet zijn, teneinde aanvullende rechtszekerheid aan ondernemingen te verschaffen en ruimte te bieden voor rechtsontwikkeling via de rechtspraak.

In deze bijdrage bespreken wij eerst onze uitgangspunten voor de benodigde rechtszekerheid en mogelijkheid tot rechtsontwikkeling. Vervolgens zetten wij uiteen in welke opzichten de huidige toegepaste procedurele instrumenten nog onvoldoende tegemoetkomen aan de behoefte aan rechtszekerheid en rechtsontwikkeling ten aanzien van de toelaatbaarheid van duurzaamheidsinitiatieven. Ten slotte doen wij op basis van onze uitgangspunten een drietal suggesties voor de inzet van bestaande en nieuwe instrumenten om tot (meer) rechtszekerheid en rechtsontwikkeling te komen en

7. Brief Commissie van 26 februari 2016, bijlage bij brief minister van Economische Zaken van 23 juni 2016, *Kamerstukken II* 2015/16, 30196, nr. 463; ACM, 'Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken "De Kip van Morgen"', 2014.

8. ACM, *Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken*, 2020 (hierna: *Leidraad*).

9. Het ter consultatie voorgelegde beleid biedt in diverse opzichten meer ruimte dan het huidige kader. Deze ruimte is met name gelegen in een ruimere interpretatie van lid 3 en in richtsnoeren met betrekking tot het kwantificeren van de lid 3-analyse. Ten aanzien van art. 101 VWEU zijn de bevoegdheden van de ACM gedeeld met de Commissie. De bevoegdheden van de ACM ten aanzien van art. 101 VWEU zijn beperkter dan ten aanzien van art. 6 Mw (zie hierna).

10. O. Brook, 'Struggling with article 101(3) TFEU: diverging approaches of the Commission, EU courts, and five competition authorities', *CMLR* 2019/1, p. 128.

11. ACM, 'Notitie ACM over de sluiting van 5 kolencentrales in het SER Energieakkoord', 2013; ACM, 'Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken "De Kip van Morgen"', 2014.

12. Recent heeft de Commissie bij monde van directeur-generaal Olivier Guersent bekendgemaakt dat de Commissie ook in de fase van het economische herstel van de coronacrisis bereid is *comfort letters* af te geven ten aanzien van de toelaatbaarheid van samenwerkingsinitiatieven op het gebied van de digitale en groene transitie.

daarmee de totstandkoming van duurzaamheidsinitiatieven maximaal te stimuleren.

Uitgangspunten voor meer rechtszekerheid en rechtsontwikkeling

De Verdragsbepalingen met betrekking tot het milieubeleid van de Unie bieden de ruimte de milieu- en duurzaamheidsdoelstellingen te betrekken bij de toepassing van de mededingingsregels.¹³ In het bijzonder bieden deze bepalingen ruimte om bij de toepassing van het kartelverbod een afweging te maken tussen duurzaamheids- en mededingingsbelangen. Aanvullende rechtszekerheid voor ondernemingen vereist een specifiekere invulling van het balanceren tussen beide belangen zowel ten aanzien van de toepasselijkheid van het kartelverbod op duurzaamheidsinitiatieven (lid 1) als ten aanzien van de reikwijdte en invulling van de voorwaarden voor een vrijstelling van dat verbod (lid 3). Deze specifiekere invulling kan op verschillende manieren worden bereikt.

Aangezien de toepassing van de verhouding tussen de milieubepalingen en de mededingingsbepalingen een beleidsmatig (en dus politiek) vraagstuk betreft, is de (Europese) wetgever de meest aangewezen actor om rechtszekerheid te creëren met een specifiekere invulling van milieubepalingen uit de Verdragen. Deze invulling kan bestaan uit specifieke procedures en/of materiele regels ten aanzien van de wenselijkheid en vormgeving van samenwerkingsinitiatieven die bijdragen aan het realiseren van de milieu- en klimaatdoelstellingen.¹⁴ De rechter zal bij de toetsing van duurzaamheidsinitiatieven immers zelf geen beleidsmatige invulling

aan de milieubepalingen uit de Verdragen geven, maar zal daarbij de bestaande relevante wettelijke kaders en de intentie van de (Unie)wetgever met deze kaders, betrekken.

De NMA's en de Commissie zijn als toezichthouders en uitvoerende organen evenmin aangewezen om een beleidsmatige invulling aan de milieubepalingen te geven. Ook passen de fundamentele beleidsafwegingen tussen de mededingingsrechtelijke Verdragsbepalingen en de milieubepalingen niet bij de rol van de toezichthouders. De positie van de Commissie moet daarbij worden onderscheiden van die van de NMA's nu de Commissie niet alleen toezicht houdt op de mededingingsregels, maar mede gelet op haar exclusieve initiatiefrecht tevens een aanjagersfunctie heeft met betrekking tot voorstellen voor nieuw beleid.¹⁵

Voor het creëren van rechtszekerheid als zodanig verdienen algemene oplossingen die in (milieu)wetgeving zijn vastgelegd, de voorkeur. Juridische *safe havens* op EU-niveau die zijn vastgelegd door de wetgever (zoals de minimisdrempels en groepsvrijstellingen) zijn hiervoor het meest geschikt. Idealiter zijn deze *safe havens* van toepassing op duurzaamheidsinitiatieven in alle relevante sectoren en voorzien zij in coherente regels voor samenwerkingsinitiatieven in de gehele Unie. Wij realiseren ons echter ook dat het wetgevingsinstrument een zwaar instrument is dat mogelijk niet in verhouding staat tot het aantal duurzaamheidsinitiatieven dat profiteert van deze rechtszekerheid. Bovendien biedt het wetgevingsinstrument ook maar zeer beperkte ruimte voor rechtsontwikkeling. Eigenlijk zou moeten worden voorzien in de mogelijkheid een voor beroep vatbaar besluit aan te vragen. Hierbij kan worden gedacht aan een mogelijkheid tot aanvraag van een zogenoemd 'negatief' besluit. Dat wil zeggen een besluit dat op grond van lid 1 of lid 3 van artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU vaststelt dat op basis van de in de aanvraag geschetste feiten geen sprake is van een overtreding. Tegen de afwijzing van een dergelijk besluit moet nationaal of Europees beroep openstaan zodat de rechterlijke uitspraken kunnen bijdragen aan de rechtsontwikkeling ten aanzien van de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van duurzaamheidsinitiatieven. Indien het beleidskader in de wet vastligt, zal een rechter ook een meer inhoudelijke beoordeling kunnen maken van de bijdrage van het samenwerkingsinitiatief aan de doelstellingen die in dat kader zijn vastgelegd.

Toepassing huidige instrumenten

Algemeen kader en historie

Sinds Verordening (EG) nr. 1/2003 deelt de Commissie haar bevoegdheid artikel 101 lid 3 VWEU toe te passen

13. Art. 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) verwijst naar het doel van de Unie om het welzijn van de volkeren te bevorderen (lid 1) en zich daartoe inzet voor een duurzame ontwikkeling van Europa (lid 3) en van de aarde en eerlijke handel (lid 5). Op grond van art. 7, 9 en 11 VWEU dient de Unie toe te zien op de samenhang tussen haar verschillende beleidsmaatregelen en optredens, rekening houdend met het geheel van haar doelstellingen en dient zij bij de uitvoering van het beleid onder andere rekening te houden met de bescherming van de volksgezondheid en moeten de eisen van milieubescherming worden geïntegreerd in het beleid. De doelstellingen van het milieubeleid zijn neergelegd in Titel XX VWEU. Ook art. 37 EU Handvest voor de grondrechten schrijft voor dat een hoog niveau van milieubescherming en de verbetering van de kwaliteit van het milieu in het beleid van de Unie worden geïntegreerd en overeenkomstig het beginsel van duurzame ontwikkeling worden gewaarborgd. Zie ook S. Holmes, 'Climate change, sustainability, and competition law', *Journal of Antitrust Enforcement* 2020/2, p. 354-405.
14. Vgl. de invulling van het landbouwbeleid, neergelegd in art. 39-42 VWEU in Verordening (EU) nr. 1308/2013. Zie ook HvJ EU 14 november 2017, zaak C-671/15, ECLI:EU:C:2017:860 (APVE) voor de verhouding tussen de mededingingsregels en de beleidsmatige invulling van de landbouwdoelstellingen. Hoewel uit art. 42 VWEU volgt dat de landbouwbeoordelingen primeren over de mededingingsregels, zijn wij van mening dat de milieubepalingen de Uniewetgever de mogelijkheid bieden om – zo nodig in combinatie met art. 103 VWEU – regels vast te stellen over de wijze waarop bij de toepassing van de mededingingsregels rekening dient te worden gehouden met het milieubeleid.

15. Commissie, *Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, De Raad, Het Europees en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's*, 2019, p. 12.

met NMA's en nationale rechters.¹⁶ Daarvoor had de Commissie op grond van Verordening nr. 17 een 'ontheffingenmonopolie'.¹⁷ Alleen de Commissie was bevoegd artikel 101 lid 1 VWEU overeenkomstig lid 3 buiten toepassing te verklaren.¹⁸ NMA's waren slechts bevoegd een ontheffing te verlenen van het nationale kartelverbod (voor zover er mededingingsregels waren ingevoerd).

In de praktijk gaf de Commissie voorafgaand aan de modernisering zowel ontheffingsbesluiten, negatieve verklaringen als *comfort letters* af.¹⁹ Deze praktijk heeft geleid tot Commissieprecedenten ten aanzien van de toepassing van lid 3 op specifieke duurzaamheidsinitiatieven.²⁰ Aangezien tegen de afgegeven besluiten beroep openstond, heeft dit regime ook tot Europese jurisprudentie geleid.²¹ In de periode vanaf de invoering van de Mededingingswet tot en met 2003 verleende ook de ACM (destijds NMa) vergelijkbare nationale ontheffingen van artikel 6 lid 1 Mw op grond van het toenmalige artikel 17 Mw.²² Met name vanwege de enorme werklast en de daardoor veroorzaakte achterstanden werd dit ontheffingensysteem zowel in Nederland als in de EU afgeschaft.²³

Sinds 2003 is de beoordeling van een samenwerking tussen concurrenten volledig komen te liggen bij de ondernemingen zelf (*self assessment*). Hoewel de werklast van de mededingingsautoriteiten inderdaad is verminderd, heeft het huidige systeem ook een vermindering van de rechtszekerheid en de rechtsontwikkeling tot gevolg.

Handhaving kartelverbod door NMA's en de Commissie

De handhaving door NMA's en de Commissie is in het decentrale stelsel sinds Verordening (EG) nr. 1/2003 met name gericht op het sanctioneren en beëindigen van

overtredingen van het kartelverbod. Deze verordening verleent NMA's de bevoegdheid artikel 101 VWEU in individuele gevallen te handhaven.²⁴ Zij mogen (1) de beëindiging van een inbreuk bevelen, (2) voorlopige maatregelen opleggen, (3) toezeggingen aanvaarden en (4) geldboeten, dwangsommen of andere sancties opleggen. De Commissie heeft vergelijkbare bevoegdheden, maar kan ook besluiten dat artikel 101 VWEU in een specifiek geval niet van toepassing is.²⁵ De NMA's mogen dat uitdrukkelijk niet.²⁶ De 'negatieve' bevoegdheden komen enkel toe aan de Commissie.

Een NMA mag derhalve niet besluiten dat een bepaald feitencomplex geen inbreuk van artikel 101 lid 1 VWEU vormt. Een NMA mag evenmin concluderen dat het verbod niet van toepassing is omdat aan de vrijstellingsvoorwaarden van lid 3 is voldaan.²⁷ Een NMA mag hooguit besluiten dat er 'geen reden bestaat om op te treden', bijvoorbeeld in het geval dat er op basis van beschikbare informatie geen sprake lijkt te zijn van een (evidente) inbreuk op artikel 101 lid 1 VWEU of dat aan de voorwaarden van lid 3 lijkt te zijn voldaan.²⁸ Zo neemt de ACM in het kader van haar prioriteringsbeleid wel besluiten (die vatbaar zijn voor bezwaar en beroep), maar zij geeft daarin geen inhoudelijke beoordeling omdat dat onderzoek zou vergen dat zij nu juist niet opportuun acht om te doen. Uit deze rolverdeling volgt ook dat een NMA niet het gewettigd vertrouwen kan wekken dat een bepaalde gedraging geen inbreuk op artikel 101 VWEU vormt.²⁹ Negatieve bevoegdheden hebben NMA's (uiteeraard) wel met betrekking tot het nationale kartelverbod, maar juist de meest impactvolle samenwerkingen tussen ondernemingen zullen in de regel ook de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden waardoor ook artikel 101 VWEU van toepassing is.³⁰

Omdat een NMA slechts 'positieve' bevoegdheden heeft, zal een kartelonderzoek slechts leiden tot een boetebesluit waartegen beroep openstaat indien een NMA van oordeel is dat het voldoende bewijsmateriaal heeft om de kartelovertrekking te onderbouwen.³¹ In de praktijk zal een NMA veelal kiezen voor 'kansrijke' kartelonderzoeken met voldoende bewijsmateriaal en een duidelijke (*hardcore*) overtreding. Indien een NMA tijdens het onderzoek op een volgens haar plausibel verweer op grond van lid 3 stuit dan kan zij het onderzoek staken of

16. Art. 3 Verordening (EG) nr. 1/2003, art. 88 Mw.

17. Verordening (EEG) nr. 17/62 Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, *PbEG* 1962, L 13/204.

18. F.O.W. Vogelaar, 'De nieuwe Raadsverordening (EG) 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag: Een eerste verkennend overzicht', *M&M* 2003, nr. 1, p. 21; art. 9 lid 1 Verordening (EEG) nr. 17/62; K. Cseres, 'Relationship between EU competition law and national competition laws', in: I. Lianos en C. Genakos, *Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, p. 541; met uitzondering van de overgangsregeling uit art. 23 Verordening (EEG) nr. 17/62.

19. Art. 2 jo. 6 Verordening (EEG) nr. 17/62.

20. Bijvoorbeeld: Besluit van de Commissie van 24 januari 1999 in zaak nr. IV.F.1/36.718 (*Ceced*); Besluit van de Commissie van 18 mei 1994 in zaak nr. IV/33.640 (*Exxon/Shell*).

21. Bijvoorbeeld: HvJ EG 25 oktober 1977, zaak C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167 (*Metro I*); Gerecht 11 juli 1996, zaak T-528/93, ECLI:EU:T:1996:99 (*Métropole télévision*); Gerecht 15 september 1998, zaak T-374/94, ECLI:EU:T:1998:198 (*European Night Services*).

22. Bijvoorbeeld: Besluit van de NMA van 10 december 2003 in zaak nr. 3007 (*Stichting papier recycling Nederland*); Besluit van de NMA van 9 juli 1999 in zaak nr. 492 (*Vereniging bloemenveilingen in Nederland*), Besluit van de NMA van 18 december 1998, zaak nr. 51 (*Stibat*).

23. Commissie, *Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag*, 1999, randnr. 43 en 44; A. Ortega González, *The enforcement of EU Competition Law in cartel cases: seeking effectiveness in divergence*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen, p. 122.

24. Art. 5 Verordening (EG) nr. 1/2003.

25. Art. 7-9 jo. 23-24 Verordening (EG) nr. 1/2003.

26. HvJ EU 3 mei 2011, zaak C-357/09, ECLI:EU 2011:270 (*Tele2/Polska*), r.o. 22.

27. W.P.J. Wils, 'Independence of Competition Authorities: The Example of the EU and Its Member States', *World Competition* 2019, p. 150; Brook 2019, p. 139.

28. Brook 2019, p. 139.

29. HvJ EU 18 juni 2014, zaak C-681/11, ECLI:EU:C:2013:404 (*Schenker & Co e.a.*), r.o. 42.

30. *Schenker & Co e.a.*, r.o. 42; art. 3 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003.

31. Ondernemingen kunnen in bepaalde gevallen in beroep tegen de weigering van de ACM een boetebesluit te nemen naar aanleiding van een klacht (of handhavingsverzoek). Wij vinden een klachtprocedure geen realistische procedurele optie in het geval van duurzaamheidsafspraken. Ondernemingen zullen niet over hun eigen afspraken klagen of een handhavingsverzoek indienen om rechtszekerheid te krijgen over de toelaatbaarheid daarvan. De risico's zijn daarvoor te groot.

besluiten dat er geen reden bestaat om op te treden. Er komt in dat geval geen besluit met een definitief oordeel, terwijl een dergelijk besluit juist een waardevol precedent zou kunnen vormen en/of zou kunnen bijdragen aan de rechtsontwikkeling.

Uit het voorgaande volgt dat de handhavingsbevoegdheden van de NMA's er niet op ingericht zijn een zogenoemde 'negatieve lid 1- of lid 3-beoordeling' te maken ten aanzien van de verhouding tussen duurzaamheidsdoelstellingen en het kartelverbod en die beoordeling vast te leggen in een besluit waartegen beroep openstaat. Marktpartijen zijn in de praktijk ook niet bereid een duurzaamheidsinitiatief tot stand te brengen en bewust het risico te nemen van een boetebesluit, teneinde toegang te krijgen tot de rechter. De Commissie heeft de hierboven genoemde bevoegdheid tot een 'negatieve lid 1- of lid 3-beoordeling' wel gekregen met artikel 10 Verordening (EG) nr. 1/2003, maar heeft er tot op heden geen gebruik van gemaakt.³² De huidige bevoegdheden van NMA's en de Commissie om boetebesluiten te nemen en de inzet daarvan, kunnen daarom onzes inziens geen volledige rechtszekerheid bieden noch bijdragen aan de gewenste rechtsontwikkeling.

Informeel advies en informeel niet-bindend advies

Het is in bepaalde gevallen³³ mogelijk een informele zienswijze bij de ACM of een informeel niet-bindend advies (adviesbrief)³⁴ van de Commissie te vragen over de toelaatbaarheid van een (voorgenomen) samenwerking. De ACM geeft regelmatig informele zienswijzen af, maar de Commissie heeft voor zover bekend nog geen adviesbrieven afgegeven.³⁵ Wel heeft de Commissie met het Tijdelijk Raamwerk naar aanleiding van de COVID-19-uitbraak de mogelijkheid tot het aanvragen van *comfort letters* geïntroduceerd, zodat ondernemingen de toelaatbaarheid van samenwerkingen waarmee zij het hoofd kunnen bieden aan de gevolgen van de crisis informeel aan de Commissie kunnen voorleggen.³⁶ Zoals hiervoor weergegeven heeft de Commissie aangegeven dat *comfort letters* ook kunnen worden aange-

vraagd voor de beoordeling van samenwerkingen gericht op het herstel en specifiek de digitale en groene transitie. Onzes inziens is het 'van gedachten wisselen' met ondernemingen (zoals de ACM voorstelt in de Leidraad) in individuele gevallen een aan een informele zienswijze vergelijkbare optie.³⁷

Een informele zienswijze of informeel niet-bindend advies kan nuttig zijn om inzicht te verkrijgen in het (handhavings)beleid van de autoriteit. Dit geldt niet alleen voor de betrokken ondernemingen, maar door publicatie ook voor andere ondernemingen. Een informele zienswijze of informeel niet-bindend advies levert echter slechts beperkt rechtszekerheid op. De ACM geeft aan: 'De informele zienswijze belet de ACM niet om in een later stadium een onderzoek te starten of alsnog een (andersluidend) besluit te nemen'.³⁸ Het voorgaande geldt ook voor de Commissie.³⁹ Een informele zienswijze is dus niet bindend, maar zal in de praktijk veelal het einde van een voorgenomen duurzaamheidsafspraken inluiden, omdat in beginsel geen rechtsmiddel openstaat voor partijen. Dat was het geval in zowel *Kolencentrales* als de *Kip van Morgen*.⁴⁰

In Nederland is in beginsel wel een civielrechtelijk rechtsmiddel beschikbaar tegen restrictief beleid van de ACM in de vorm van het vorderen van een verklaring voor recht. Een voorbeeld is de zaak *FNV Kiem/Staat* waarin een verklaring voor recht werd gevorderd dat een beleidsmatig standpunt van de ACM met betrekking tot collectieve arbeidsovereenkomsten in strijd was met het geldende (EU-)mededingingsrecht. *FNV Kiem/Staat* heeft zelfs geleid tot het stellen van prejudiciële vragen en dus tot ontwikkeling van het EU-recht.⁴¹ Het betreft onzes inziens dus een interessante optie. Deze route is echter nog niet vaak genomen in het mededingingsrecht. Het vorderen van een verklaring voor recht lijkt ook alleen kansrijk indien de ACM zich – met te strikt beleid of het verbieden van een duurzaamheidsafspraken – materieel (evident) buiten de huidige kaders van artikel 101 VWEU begeeft. Ook moet sprake zijn van voldoende rechtsbelang. Het is daarom vraag of dit het meest geschikte instrument is.

ACM-beleidsregels en -richtsnoeren

Met de Leidraad (en de huidige beleidsregels) is de ACM de enige mededingingsautoriteit in de EU die beleid heeft gepubliceerd op het gebied van duurzaamheidsafspraken en het kartelverbod.⁴² Het is onzes

32. Holmes 2020, p. 403.

33. De ACM hanteert een aantal criteria om in aanmerking te kunnen komen voor een informele zienswijze. Een van de voorwaarden is dat sprake is van nieuwe of onopgeloste rechtsvragen. Aan dat criterium lijken duurzaamheidsafspraken in de regel te voldoen; ACM, 'Werkwijze informele zienswijzen', *Stcr.* 2019, 11177.

34. Mededeling van de Commissie over informeel advies betreffende nieuwe vragen met betrekking tot de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven).

35. De adviesbrieven (*guidance letters*) moeten worden onderscheiden van de zogenoemde *comfort letters* die voor de invoering van Verordening (EG) nr. 1/2003 regelmatig werden afgegeven. Zie ook DG Competition, 'Regulation 1/2003 and the Modernisation Package fully applicable since 1 May 2004', *Competition News Letter*, 2004/2 (https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2004_2_1.pdf).

36. Tijdelijk raamwerk voor de beoordeling van mededingingskwesties met betrekking tot samenwerking tussen bedrijven in respons op noodsituaties voortvloeiend uit de huidige COVID-19-uitbraak, *PbEU* 2020, C 116 I/02). Zie de gepubliceerde *comfort letter* van 8 april 2020 die is afgegeven aan Medicines for Europe in verband met COVID-19, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/medicines_for_europe_comfort_letter.pdf.

37. Leidraad, randnr. 61.

38. ACM, 'Werkwijze informele zienswijzen', *Stcr.* 2019, 11177.

39. Mededeling van de Commissie over informeel advies betreffende nieuwe vragen met betrekking tot de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven), randnr. 11.

40. ACM, 'Notitie ACM over de sluiting van 5 kolencentrales in het SER Energieakkoord', 2013; ACM, 'Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken "De Kip van Morgen"', 2014.

41. HvJ EU 4 december 2014, zaak C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden*), r.o. 10-13.

42. De Griekse mededingingsautoriteit heeft onlangs een *Staff Discussion Paper* over duurzaamheid en mededinging gepubliceerd. Dit betreft echter (nog) geen officieel beleid. Zie www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability/item/download/1896_9b05dc293adb88a7bb6cce37d1ea60.html.

inziens echter de vraag of met alleen ACM-beleid voldoende aanvullende rechtszekerheid wordt geboden. Zoals hiervoor aangegeven is de ACM, als toezichthouder, niet de meest aangewezen entiteit om de fundamentele beleidsafweging te maken tussen de milieu- en duurzaamheidsdoelstellingen en de doelstellingen van het mededingingsbeleid. Hoewel het ACM-beleid medegestoeld is op oude Commissieprecedenten kunnen de Commissie en andere NMA's nog steeds wel een boete op leggen – ook in het geval dat de Leidraad te goeder trouw is gevolgd. Ook is het niet uitgesloten dat een (EU-)rechter tot een andere conclusie zou komen. De voorrang van het Unierecht en de leidende positie van de Commissie bij de handhaving van het Europese mededingingsrecht brengen mee dat pas echt sprake zal kunnen zijn van rechtszekerheid als de Commissie haar beoordelingskader ten aanzien van duurzaamheidsinitiatieven duidelijk vastlegt. De toezegging van de ACM geen boetes op te leggen indien de ACM geen problemen ziet of indien de Leidraad en eventuele aanwijzingen van de ACM te goeder trouw zijn gevolgd, biedt dan ook alleen rechtszekerheid ten aanzien van handhaving door de ACM.⁴³

Wij verwachten dat ondernemingen in de regel informele afstemming met de ACM zullen zoeken om te verifiëren of aan de voorwaarden van de Leidraad wordt voldaan. Leidt dat tot een negatief signaal, dan zullen partijen naar verwachting zich daar in de meeste gevallen aan conformeren en hun initiatief aanpassen of afblazen. Wij achten het om die reden niet aannemelijk dat de ACM snel handhavend zal (moeten) optreden en een boetebesluit zal nemen wegens het tot stand brengen van duurzaamheidsinitiatieven in strijd met deze voorwaarden. Een negatief neveneffect daarvan is dat het beleid, neergelegd in de Leidraad, niet snel getoetst zal worden in een bestuursrechtelijke procedure. Het is in theorie niet ondenkbaar dat een civiele rechter te maken krijgt met dit beleid indien een van de partijen zich op contractuele nietigheid beroept vanwege een inbreuk op het mededingingsrecht. In een dergelijke procedure zou de ACM, maar ook de Commissie, als *amicus curiae* kunnen tussenkomen en zouden in principe ook prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie kunnen worden gesteld.⁴⁴ Het lijkt niet realistisch dat ondernemingen een dergelijke kostbare en risicovolle procedure vrijwillig zullen voeren teneinde rechtszekerheid te verkrijgen over de toelaatbaarheid van hun samenwerkingsinitiatief.

Hoewel de ACM-beleidsregels en -richtsnoeren, zoals opgenomen in de Leidraad, een nuttige en voor de praktijk zeer welkome *guidance* bieden, kunnen zij slechts beperkte rechtszekerheid bieden en kunnen zij slechts een beperkte bijdrage leveren aan de rechtsontwikkeling. Ook blijft de rechtspositie van ondernemingen die niet aan deze *guidance* voldoen of het niet eens kunnen worden met de ACM onduidelijk.

43. Leidraad, randnr. 62.

44. Zie art. 15 Verordening (EG) nr. 1/2003.

Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven

De Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven is al geruime tijd in voorbereiding.⁴⁵ Het wetsvoorstel biedt ondernemingen de mogelijkheid een voorgenomen samenwerking te laten omzetten in algemeen verbindende voorschriften (algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling).⁴⁶ Hiermee worden de risico's van het kartelverbod vermeden. De wet lijkt marktbreed gedragen duurzaamheidsafspraken een aanzienlijke mate van rechtszekerheid te kunnen bieden. De wet is echter niet van toepassing op minder breed gedragen initiatieven en geldt slechts voor duurzaamheidsinitiatieven die uitsluitend onder het nationale kartelverbod vallen. Verder is bezwaar of beroep tegen (een afwijzing van) een verzoek niet mogelijk,⁴⁷ zodat evenmin verdere rechtsontwikkeling via de jurisprudentie kan plaatsvinden.

Drie mogelijkheden voor meer rechtszekerheid en rechtsontwikkeling

Wij zien vanuit het perspectief van het creëren van meer rechtszekerheid voor duurzaamheidsinitiatieven – op basis van onze hiervoor genoemde uitgangspunten – drie opties. De mate waarin deze opties een mogelijkheid bieden tot het introduceren van meer rechtszekerheid en *checks and balances* verschilt echter. De optie die de meeste rechtszekerheid en de mogelijkheid tot rechtsontwikkeling biedt, betreft een nieuw wettelijk *ex ante* ontheffingsysteem specifiek voor duurzaamheidsinitiatieven, vergelijkbaar met het ontheffingsysteem zoals dat bestond vóór de modernisering van de mededingingsregels. Vervolgens zou een nieuwe algemene wettelijke vrijstelling van het kartelverbod specifiek voor duurzaamheidsafspraken in belangrijke mate kunnen bijdragen aan de rechtszekerheid maar niet snel leiden tot rechtsvorming. Als laatste bespreken wij hoe en in welke mate de Commissie op basis van haar huidige bevoegdheden aanvullende rechtszekerheid kan bieden.

Nieuw *ex ante* ontheffingsysteem speciaal voor duurzaamheidsafspraken

De optie die onzes inziens het beste bijdraagt aan de rechtszekerheid en een mogelijkheid tot rechtsontwikkeling via de rechtspraak betreft de herintroductie van een

45. Wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven, *Kamerstukken II* 2018/19, 35247, nr. 2; reeds in 2017 is de wet ter consultatie gelegd en in juli 2019 is het definitieve wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer (na aanpassingen wegens kritiek van de Raad van State). Het is onduidelijk wat deze vertraging te betekenen heeft – deze wet lijkt in ieder geval geen hoge prioriteit te krijgen in de coalitie. De ACM verwijst wel naar dit wetsvoorstel in haar Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken.

46. MvT bij wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven, *Kamerstukken II* 2018/19, 35247, nr. 3, par. 4.1.2.

47. Zie MvT bij wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven, *Kamerstukken II* 2018/19, 35247, nr. 3, par. 8.2.4.

systeem van *ex ante* ontheffingen en negatieve verklaringen zoals dat gold ten tijde van Verordening (EEG) nr. 17/62,⁴⁸ maar enkel voor afspraken die het bevorderen van de duurzaamheidsdoelstellingen tot doel hebben. De procedurele mogelijkheid om een ontheffing of negatieve verklaring van de Commissie te vragen, zou moeten openstaan voor alle ondernemingen die meer rechtszekerheid wensen met betrekking tot de verenigbaarheid van hun duurzaamheidsinitiatief met artikel 101 lid 1 en lid 3 VWEU. Doordat sprake is van een positief of negatief besluit van de Commissie naar aanleiding van het ontheffingsverzoek, is de rechtspositie van belanghebbenden gewaarborgd en is er ruimte voor *checks and balances* bij het nemen van een besluit en de toetsing daarvan door de (Europese) rechter. Naar onze verwachting zal deze optie bruikbare precedentes voor in de praktijk opleveren en tevens leiden tot rechtsontwikkeling via de jurisprudentie.

Wij verwachten echter dat de Commissie niet snel bereid zal zijn de ontheffingspraktijk weer in te voeren vanwege de gronden die haar er destijds toe hebben gebracht voor te stellen om het centralistische stelsel van ontheffingen op te geven.⁴⁹ Het feit dat het ontheffingsregime uitsluitend zou gelden voor duurzaamheidsinitiatieven zal dit onzes inziens niet veranderen. Om hoge werkdruk en achterstand te voorkomen zou er in beginsel vastgehouden kunnen worden aan het systeem van *self assessment* ondersteund met *comfort letters* en zouden ondernemingen alleen onder nader uit te werken voorwaarden een ontheffingsverzoek moeten kunnen doen teneinde aanvullende rechtszekerheid te verkrijgen. Bovendien zou er beleid kunnen worden gemaakt ten aanzien van de gevallen waar een kwalitatieve analyse door de Commissie volstaat (naar voorbeeld van de Leidraad van de ACM).⁵⁰

Om deze optie mogelijk te maken is het in ieder geval noodzakelijk dat Verordening (EG) nr. 1/2003 wordt aangepast. Ook zullen de randvoorwaarden voor indiening en de inhoud van de beoordeling moeten worden verduidelijkt. Een verdergaande optie is deze bevoegdheid ten aanzien van het nationale kartelverbod alsmede artikel 101 VWEU ook aan de NMA's te geven. Ondernemingen kunnen hun initiatieven in dat geval (ook) aanmelden bij een NMA. Hierin schuilt het risico van een inconsistente toepassing van artikel 101 VWEU.⁵¹ Dit risico kan worden beperkt door bepaling van helder beleid door de Commissie en afstemming van de toepassing van de ontheffingsmogelijkheid van de NMA's in ECN-verband. Dit risico kan ook worden beperkt als de Commissie actief gebruikmaakt van haar bevoegdheid controle uit te oefenen op de conceptbesluiten van de betrokken NMA's.⁵²

48. Verordening (EEG) nr. 17/62 Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag.

49. Vogeljaar 2003, p. 21.

50. Leidraad, randnr. 45 e.v.

51. Art. 5 Verordening (EG) nr. 1/2003; *Tele2/Polska*, r.o. 22.

52. Art. 11 lid 4 Verordening (EG) nr. 1/2003.

Nieuwe wettelijke vrijstelling van het kartelverbod

Een wettelijke vrijstelling is de optie die – op basis van de hiervoor beschreven uitgangspunten – in de praktijk de meeste rechtszekerheid biedt. Wij zien twee opties voor een vrijstelling. Enerzijds kan deze worden gebaseerd op de mededingingsrechtelijke Verdragsbepalingen als aanvulling op de bestaande groepsvrijstellingen. Anderzijds kan de vrijstelling (mede) worden gebaseerd op de milieubepalingen in de Unieverdragen⁵³ en worden opgenomen in de specifieke EU-milieuwetgeving.

Wat de eerste optie betreft, zou de Commissie naast de huidige twee horizontale groepsvrijstellingen⁵⁴ een derde groepsvrijstelling kunnen uitvaardigen speciaal voor horizontale duurzaamheidsafspraken. Voor een dergelijke specifieke groepsvrijstellingsverordening is een aanvullende machtigingsverordening van de Raad nodig aangezien de huidige machtigingsverordeningen niet strekken tot het uitzonderen van duurzaamheidsafspraken.⁵⁵ Op grond van artikel 103 VWEU kan de Raad op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement een dergelijke verordening vaststellen.

De tweede optie behelst een vrijstelling van artikel 101 VWEU in EU-milieuwetgeving in een zelfstandige verordening die (mede) op milieugrondslag is gebaseerd. Uiteindelijk verschilt deze optie niet wezenlijk van een op een mededingingsrechtelijke rechtsgrondslag gestoelde groepsvrijstelling. Beide instrumenten hebben tot doel onder specifieke voorwaarden te voorzien in een vrijstelling van artikel 101 lid 1 VWEU en zullen (impliciet of expliciet) zijn gebaseerd op een weging van de milieubelangen neergelegd in milieubepalingen in de Unieverdragen enerzijds en de belangen van de marktwerking anderzijds. Het opnemen van een vrijstelling in milieuwetgeving benadrukt mogelijk meer dan een specifieke groepsvrijstelling dat de vrijstelling is ingegeven door het milieubeleid. Hierbij kunnen de specifieke vrijstellingen van het kartelverbod zoals de uitzonderingen voor samenwerking tussen landbouwers en landbouwcoöperaties opgenomen in Verordening (EU)

53. Art. 3 VEU, art. 7, 9, 11 en Titel XX VWEU en art. 37 EU Handvest voor de grondrechten.

54. Verordening (EU) nr. 1217/2010 van de Commissie van 14 december 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, *PbEU* 2010, L 335/3 en Verordening (EU) nr. 1218/2010 van de Commissie van 14 december 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten, *PbEU* 2010, L 335/43.

55. Verordening (EEG) nr. 2821/71 van de Raad van 20 december 1971 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PbEG* 1971, L 285/46 (voor onderzoek-, ontwikkelings- en specialisatieovereenkomsten) en Verordening (EEG) nr. 19/65 van de Raad van 2 maart 1965 betreffende de toepassingen van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PbEG* 1965, L 36/533 (voor verticale overeenkomsten).

nr. 1308/2013⁵⁶ als voorbeeld worden genomen. Artikel 209 en 210 van deze verordening voorzien in specifieke vrijstellingen van het kartelverbod. Artikel 209 lid 2 van deze verordening voorziet bovendien in de mogelijkheid voor marktpartijen om de Commissie om advies te vragen over de toelaatbaarheid van de samenwerking in het licht van de landbouwdoelstellingen van artikel 39 VWEU. Deze ‘landbouwuitzonderingen’ zijn niet volledig vergelijkbaar met een eventuele vrijstelling in de milieuwetgeving. Ten aanzien van het milieubeleid bevat het VWEU immers geen vergelijkbare ‘primaatbepaling’ als in artikel 42 VWEU ten aanzien van het landbouwbeleid is opgenomen. Op grond van deze bepaling gelden de mededingingsregels slechts op het terrein van de landbouw voor zover deze regels door de Europese wetgever van toepassing zijn verklaard in overeenstemming met de in artikel 39 VWEU verwoorde landbouwdoelstellingen.⁵⁷ Voor een dergelijke rangorde op het gebied van Europese milieuwetgeving zou een Verdragwijziging noodzakelijk zijn. Niettemin bevatten artikel 7, 9 en 11 VWEU en artikel 37 EU Handvest voor de grondrechten de expliciete verplichting om het milieubeleid ook in de mededingingsregels te integreren.⁵⁸

In specifieke milieuwetgeving zou deze integratie en de betekenis daarvan voor de toepassing van artikel 101 VWEU nader kunnen worden geduid. Deze benadering ligt voor de hand indien slechts voor één of meer zeer specifieke situaties wordt voorzien in een vrijstelling. Gedacht kan worden aan het terugdringen van CO₂-uitstoot op specifieke terreinen, zoals bijvoorbeeld energiegebruik of recycling van afval.

De inzet van het wetgevingsinstrument ten behoeve van een vrijstelling is mogelijk een te zwaar en inflexibel middel en zal uiteindelijk moeten worden gebaseerd op de hoeveelheid (potentiële) duurzaamheidsinitiatieven die niet uitgezonderd kunnen worden onder het huidige kader. Er bestaat ook een zeker risico dat de Commissie een bureaucratisch en dichtgetimmerd keurslijf optuigt met de nodige ‘veiligheidskleppen’ waardoor het uiteindelijk weinig ruimte biedt. Bovendien biedt een specifieke wettelijke vrijstelling geen directe mogelijkheid voor de rechtsontwikkeling, wat met name relevant is als niet aan de vrijstellingsvoorwaarde wordt voldaan. Wel biedt het wetgevingsinstrument de waarborg dat de vrijstelling door middel van periodieke evaluaties wordt geactualiseerd en waar nodig wordt aangepast aan de relevante ontwikkelingen op het gebied van klimaat en duurzaamheid.

Gebruik door de Commissie van de huidige bevoegdheden

Na de Uniewetgever is de Commissie de meest voor de hand liggende partij om het voortouw te nemen bij het

doen van voorstellen voor vernieuwing van het mededingingsbeleid. Met de *Green Deal* heeft de Commissie een ambitieuze beleidsagenda vastgesteld die eveneens tot herziening van de toepassing van de mededingingsregels zal leiden. In het kader van de herziening van de twee horizontale groepsvrijstellingen en de richtsnoeren horizontale samenwerkingen heeft de Commissie bekendgemaakt ook duurzaamheid mee te nemen; zij ziet dat als implementatie van de Europese *Green Deal*.⁵⁹ Nieuw Commissiebeleid lijkt de meest kansrijke optie, aangezien het relatief snel door te voeren is en er geen nieuwe wetgeving nodig is. Commissiebeleid zorgt meer dan NMA-beleid voor een coherente toepassing van het materiële recht door de lidstaten en de Commissie zelf. Nieuw beleid van de Commissie, bijvoorbeeld in de vorm van een concreet richtsnoer voor duurzaamheidsinitiatieven, schept aanvullende rechtszekerheid omdat Commissiebeleid een gezaghebbende bron is voor de interpretatie en uniforme toepassing van artikel 101 lid 1 en lid 3 VWEU. Nationale rechters en NMA's zullen bij helder Commissiebeleid eventuele duurzaamheidsafspraken die onder de werking van artikel 101 VWEU vallen niet snel kunnen verbieden.⁶⁰

De behoefte aan rechtsontwikkeling via de jurisprudentie blijft echter bestaan, omdat de (definitieve) interpretatie van de mededingingsregels is voorbehouden aan de Europese rechter. De Commissie zou dus ook daadwerkelijk gemotiveerde ‘negatieve’ besluiten moeten nemen om rechtsontwikkeling door de Europese rechter mogelijk te maken. In geval van afwezigheid van voor beroep vatbare besluiten van de Commissie zal de rechtsontwikkeling zeer beperkt zijn, omdat deze uitsluitend zal kunnen plaatsvinden via de civiele rechters van de lidstaten bij geschillen tussen samenwerkende partijen of via beroepsprocedures tegen boetebesluiten van de Commissie of NMA's.

Op grond van artikel 10 Verordening (EG) nr. 1/2003 heeft de Commissie reeds de exclusieve competentie in ‘uitzonderlijke gevallen’ declaratoire beschikkingen te nemen waarin zij verklaart dat artikel 101 lid 1 VWEU op een bepaald geval niet van toepassing is of voldoet aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU. Een dergelijk besluit heeft tot doel rechtsregels te verduidelijken en voor een samenhangende toepassing van rechtsregels in de EU te zorgen. Deze bevoegdheid is in het bijzonder gecreëerd om rechtszekerheid te bieden ten aanzien van nieuwe soorten overeenkomsten en feitelijke gedragingen.⁶¹ Hoewel de Commissie deze bevoegdheid nog niet eerder heeft gebruikt,⁶² is de bijbehorende procedure wel uitgewerkt in haar *Antitrust*

56. Verordening (EU) nr. 1308/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten, *PbEU* 2013, L 347/67.

57. Vgl. ook art. 206 Verordening (EU) nr. 1308/2013.

58. Zie ook voetnoot 13. Zie tevens Holmes 2020, p. 358-365.

59. Commissie, ‘Statement on ACM public consultation on sustainability guidelines’, 2020, <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/news.html>.

60. Art. 3 lid 2 Verordening (EG) nr. 1/2003.

61. Overweging 14 Verordening (EG) nr. 1/2003; Commissie, *Antitrust Manual of Procedures*, november 2019, p. 239; Zie ook *Tele2/Polska*, r.o. 24 en 25.

62. R. Whish en D. Bailey, *Competition Law: Ninth Edition*, Oxford: Oxford University Press 2018, p. 175.

Manual of Procedures.⁶³ Commissaris Vestager heeft dit voorjaar ook daadwerkelijk de intentie van de Commissie bekendgemaakt deze bevoegdheid te zullen inzetten ten einde duurzaamheidsinitiatieven maximaal te stimuleren.⁶⁴

Het geven van declaratoire beschikkingen kan het hiervoor beschreven gemis aan ‘negatieve’ besluiten opvullen. De Commissie zou met een dergelijk besluit helderheid en rechtszekerheid verschaffen aan zowel ondernemingen als NMA’s. Indien de motivering tevens houvast biedt aan vergelijkbare samenwerkingsvormen, kan worden voorkomen dat de werklast van de Commissie al te explosief toeneemt. Bovendien kan de toepassing van de bevoegdheid worden aangevuld met *comfort letters*. Aangezien het om een ambtshalve declaratoir besluit gaat, wordt hiermee slechts beperkte ruimte geboden aan rechtsontwikkeling via de Europese rechter. Indien de samenwerking niet in aanmerking komt voor een positief declaratoir besluit, biedt dit instrument derhalve geen oplossing voor het gebrek aan rechtszekerheid en rechtsontwikkeling.

Conclusie

De onmogelijkheid voor ondernemingen een besluit aan te vragen met een oordeel over de verenigbaarheid van duurzaamheidsinitiatieven met de mededingingsregels heeft een ‘remmende’ werking op de rechtsontwikkeling ten aanzien van dergelijke initiatieven. Hoewel in de toekomst meer (informele) *guidance* zal worden geboden waarmee mogelijk reeds in belangrijke mate zal worden voorzien in de behoefte aan rechtszekerheid, is het juist voor (potentiële) duurzaamheidsinitiatieven die volgens deze *guidance* niet zijn toegestaan essentieel dat de mogelijkheid bestaat de rechter om een oordeel te vragen.

De Uniewetgever zou meer rechtszekerheid kunnen verstrekken door middel van nieuwe wetgeving die voorziet in een specifieke vrijstelling waaraan een duidelijke (beleidsmatige) afweging tussen de milieu- en mededingingsdoelstellingen ten grondslag ligt. Een ‘wettelijke’ vrijstelling is in verhouding tot het – waarschijnlijk – beperkte aantal samenwerkingsinitiatieven dat niet via de informele *guidance* voldoende rechtszekerheid kan verkrijgen, een relatief zwaar en inflexibel instrument en voorziet bovendien slechts in beperkte mate in de gewenste mogelijkheid tot rechtsontwikkeling.

Het actief gebruiken van de bestaande bevoegdheid van de Commissie om op grond van artikel 10 Verordening (EG) nr. 1/2003 ambtshalve declaratoire ‘negatieve’ besluiten te nemen waarin zij verklaart dat artikel 101

VWEU op bepaalde gevallen niet van toepassing is, vormt onzes inziens de snelste oplossing voor het gebrek aan rechtszekerheid. Hoewel een dergelijk oordeel een belangrijke bijdrage levert aan de rechtszekerheid, biedt deze mogelijkheid geen ruimte voor rechterlijke controle en rechtsontwikkeling ten aanzien van de duurzaamheidsinitiatieven waarvoor geen negatief besluit kan worden afgegeven. Niettemin lijken op duurzaamheidsinitiatieven toegespitste richtsnoeren de meest realistische optie aangezien deze optie een mogelijkheid voor evenwicht tussen rechtszekerheid en flexibiliteit biedt en relatief snel kan worden doorgevoerd zonder dat aanpassing van wetgeving nodig is. Net als in de huidige situatie blijven de mogelijkheden tot rechtsontwikkeling via de rechtspraak in deze optie echter beperkt.

Een beter alternatief is onzes inziens het introduceren van een *ex ante* ontheffingsmogelijkheid specifiek voor duurzaamheidsinitiatieven. Enerzijds biedt deze optie rechtszekerheid aan ondernemingen doordat zij een bindend besluit kunnen krijgen voordat zij aanvangen met hun duurzaamheidsinitiatief. Anderzijds biedt het ruimte aan rechtsontwikkeling via de rechtspraak, die in de huidige systematiek grotendeels ontbreekt. Indien grotendeels wordt vastgehouden aan de huidige systematiek van *self assessment* door deze mogelijkheid slechts onder voorwaarden open te stellen voor ondernemingen kan de werkdruk voor de Commissie of NMA’s worden beperkt en achterstanden worden voorkomen.

De praktijk van *self assessment* sinds de decentralisatie van het mededingingsrecht heeft tot gevolg gehad dat het zwaartepunt van de interpretatie van het mededingingsbeleid ten aanzien van de toelaatbaarheid van samenwerkingsinitiatieven bij de Commissie is komen te liggen en de ruimte voor *check and balances* – en daarmee de mogelijkheid tot rechtsontwikkeling – zeer beperkt is. De herinstructie van appellabele (positieve en negatieve) besluiten ten aanzien van duurzaamheidsinitiatieven kan het evenwicht weer enigszins herstellen door een rechterlijke controle op het door de Commissie (en de NMA’s) gevoerde beleid mogelijk te maken. Een dergelijke controlemogelijkheid is onzes inziens cruciaal om aanvullende rechtszekerheid te bieden aan ondernemingen en de toekomstbestendige toepassing van het kartelverbod op duurzaamheidsinitiatieven.

63. Commissie, *Antitrust Manual of Procedures*, november 2019, p. 208 e.v.

64. Commissaris Vestager, ‘Keeping the EU competitive in a green and digital world’, speech gegeven te Brugge, 2 maart 2020 (https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/keeping-eu-competitive-green-and-digital-world_en).