

Vergaderjaar 2016–2017

30 196

Duurzame ontwikkeling en beleid

Nr. 480

BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 24 oktober 2016

Op 23 juni 2016 heb ik u geïnformeerd dat ik een wetsvoorstel voorbereid waarmee algemene gelding kan worden gegeven aan duurzaamheidsinitiatieven¹. Dit wetsvoorstel is onderdeel van een pakket aan maatregelen dat tot doel heeft bedrijven en maatschappelijke organisaties duidelijkheid te bieden rond mededingingswetgeving en ruimte te bieden voor het vaker en sneller tot stand komen van duurzaamheidsinitiatieven. In deze brief schets ik u de hoofdlijnen van het nog uit te werken wetsvoorstel. Bovendien ga ik – zoals toegezegd in het algemeen overleg over marktwerking en mededinging van 30 juni 2016 – nader in op enkele door mij overwogen alternatieven voor het wetsvoorstel. Deze heb ik in bijlage 1 bij deze brief opgenomen.

Context

Het is van belang dat consumenten in Nederland de beste prijs-kwaliteitverhouding krijgen voor hun producten en diensten. Concurrentie tussen bedrijven zorgt ervoor dat bedrijven hun best doen een steeds betere prijs-kwaliteitverhouding te realiseren. Het mededingingsbeleid beoogt dit proces te borgen, onder andere door kartelafspraken tussen ondernemingen te verbieden en de consumentenwelvaart te beschermen. Het mededingingsbeleid is daarmee een belangrijke pijler onder de concurrentiekracht van de Nederlandse economie en de Nederlandse welvaart.

Tegelijkertijd is het van belang de welvaart van toekomstige generaties veilig te stellen en oog te hebben voor belangen van anderen in de wereld. Deze belangen worden op mondiaal niveau ook nagestreefd en vinden hun weerslag in onder andere het Parijse klimaatakkoord en de duurzame ontwikkelingsdoelen van de VN. Overheden, maatschappelijk middenveld en ondernemingen spelen hierbij tezamen een belangrijke rol. De borging van publieke belangen is minder dan voorheen een exclusieve

¹ Kamerstuk 30 196, nr. 463.

verantwoordelijkheid van de overheid. Green deals, city deals en het energieakkoord zijn mooie voorbeelden van deze gedeelde verantwoordelijkheid op het gebied van duurzaamheid.

Hoewel mededinging en duurzaamheidsinitiatieven vanuit de maatschappij hand in hand kunnen gaan, is gebleken dat mededingingsregels de afweging tussen consumentenbelang en duurzaamheidsinitiatieven kunnen bemoeilijken. Dit bleek bijvoorbeeld tijdens het energieakkoord en discussies over «de kip van morgen». Het kunnen maken van een dergelijke afweging acht ik echter wel van belang. In dat kader heb ik daarom reeds diverse stappen ondernomen.

Een eerste stap was het aanscherpen van de beleidsregel mededinging en duurzaamheid. Ik beschreef in de geconsulteerde versie van de beleidsregel om die reden bijvoorbeeld dat de ACM niet alleen moest kijken naar de effecten van afspraken op gebruikers, maar ook naar de effecten op de samenleving als geheel. De maatschappelijke reacties op de geconsulteerde beleidsregel waren overwegend positief. Tegelijkertijd passen sommige van de in de beleidsregel voorgestelde maatregelen naar het oordeel van de toezichthouder ACM en de Europese Commissie niet binnen de Europese mededingingskaders. De ACM heeft daarop laten weten de geconsulteerde beleidsregel niet te kunnen toepassen, omdat zij dan in strijd met het Europees recht zou handelen. De beleidsregel mededinging en duurzaamheid kon hierdoor minder vergaand worden aangepast dan ik oorspronkelijk voor ogen had, en daarmee minder een oplossing bieden voor het sneller tot stand laten komen van wenselijke duurzaamheidsinitiatieven.²

Wel bleek het mogelijk meer duidelijkheid te scheppen over de mogelijkheden en onmogelijkheden van samenwerking binnen de Mededingingswet in het kader van duurzaamheid. De beleidsregel draagt hieraan bij en ook de ACM heeft mij laten weten de informatievoorziening hierover te verbeteren door haar uitgangspunten met betrekking tot toezicht op duurzaamheidsafspraken op haar website te publiceren. Deze uitgangspunten geven partijen meer handvatten om hun initiatieven aan te toetsen en bieden daardoor meer duidelijkheid vooraf.

Alternatieven voor de beleidsregel

Naast eerder genoemde acties heb ik mij afgelopen voorjaar bezonnen op andere mogelijkheden om duurzaamheidsinitiatieven vaker doorgang te kunnen laten vinden. Ik heb voor diverse alternatieven onder andere beken of deze ruimte en duidelijkheid voor duurzaamheidsinitiatieven bieden, of het consumentenbelang goed wordt geborgd, of de alternatieven juridisch haalbaar zijn en wat de uitvoeringsconsequenties zijn. Deze alternatieven beschrijf ik in bijlage 1. Op basis van deze exercitie ben ik tot de conclusie gekomen dat het in deze brief op hoofdlijnen beschreven wetsvoorstel de meest geschikte optie is om meer ruimte te kunnen bieden via Nederlandse wet- en regelgeving. In het vervolg van deze brief doe ik dan ook graag de hoofdlijnen van dit wetsvoorstel uit de doeken.

Hoofdlijnen wetsvoorstel algemene gelding duurzaamheidsinitiatieven

Het kerndoel van het wetsvoorstel is het bieden van ruimte aan partijen om duurzaamheidsinitiatieven te kunnen realiseren. Het wetsvoorstel zal

² De definitieve beleidsregel is op 5 oktober 2016 gepubliceerd. Zie Staatscourant 2016, nr. 52945.

daarom regelen dat partijen aan de regering kunnen verzoeken hun duurzaamheidsinitiatief, of een onderdeel daarvan, algemene gelding te geven. Dit betekent dat een duurzaamheidsinitiatief door de regering in een wettelijke regeling wordt omgezet. De Mededingingswet is op deze wettelijke regeling niet van toepassing. Europese en Nederlandse mededingingsregels beperken zich namelijk tot afspraken tussen ondernemingen, wettelijke maatregelen vallen daardoor in beginsel buiten de kaders van die regels. Het is in die gevallen aan de wetgever de afweging tussen het consumentenbelang en andere belangen te maken.

Daarbij wil ik benadrukken dat het wetsvoorstel geen afbreuk zal doen aan de bestaande duurzaamheidsinitiatieven die nu al zijn toegestaan omdat zij geen mededingingsrechtelijke bezwaren opleveren. Het wetsvoorstel biedt juist een extra optie om duurzaamheidsinitiatieven tot stand te laten komen waar spanning met het mededingingsrecht wel bestaat.

Voorzien is dat in het wetsvoorstel een grondslag wordt opgenomen waarmee een duurzaamheidsinitiatief kan worden verheven tot een wettelijke regeling, waardoor dit initiatief algemene gelding krijgt. Partijen kunnen hiertoe een verzoek indienen. In het wetsvoorstel worden randvoorwaarden waaraan een dergelijk verzoek moet voldoen opgenomen. De regering kan, na raadpleging van het parlement door middel van een voorhangprocedure, vervolgens besluiten al dan niet aan dat verzoek te voldoen en bij een positief oordeel het initiatief verheffen tot regelgeving. Als de Minister, al dan niet naar aanleiding van adviezen in het proces of op wens van het parlement, op onderdelen wijzigingen in die regelgeving wil aanbrengen, dan zal hij dit voorleggen aan de indienende partijen met de vraag of hiermee nog steeds aan hun wensen wordt voldaan. Als aan een initiatief algemene gelding wordt gegeven door dit initiatief te verheffen tot een wettelijke regeling wordt zekerheid geboden aan de initiatiefnemers dat het initiatief doorgang kan vinden.

Daarmee biedt dit wetsvoorstel een mogelijkheid om duurzaamheidsinitiatieven sneller en met maatwerk te realiseren. De regering of de beleidsverantwoordelijk Minister kan, na voorhang bij het parlement, een (onderdeel van een) duurzaamheidsinitiatief tot een wettelijke regeling verheffen. Algemene gelding van dergelijke breed gedragen voorstellen vergt daarmee geen apart, vaak tijdrovend, wetsvoorstel.

Daarnaast ligt het initiatief echt bij partijen en daarmee sluit het wetsvoorstel aan bij initiatieven in het kader van toekomstbestendige wetgeving³. Dergelijke wetgeving biedt meer ruimte aan, en kan flexibel inspelen op nieuwe ontwikkelingen vanuit de maatschappij.

Waarborgen belangenafweging

Voorwaarde voor het in aanmerking komen voor algemene gelding is dat er een duidelijk publiek belang moet zijn dat aanleiding geeft om te komen tot algemene gelding van (onderdelen) van het duurzaamheidsinitiatief. Het wetsvoorstel zal daarom regelen dat in het proces om te komen tot algemene gelding voldoende waarborgen worden ingebouwd om ervoor te zorgen dat de regering en het parlement een goede belangenafweging kunnen maken. Uitgangspunt is dat de regering en het parlement uiteindelijk over afwegingen gaan als die tussen het consumentenbelang en het duurzaamheidsbelang. Bovendien zal worden geborgd dat de effecten van de verschillende belangen voldoende in beeld worden gebracht zodat die afweging in de praktijk ook daadwerkelijk mogelijk is.

³ Zie ook brief over toekomstbestendige wetgeving, Kamerstuk 33 009, nr. 30, d.d. 6 juli 2016.

Concreet betekenen bovenstaande uitgangspunten dat ik de volgende drie waarborgen zal inbouwen.

1. *Draagvlak.* Partijen zullen bij de indiening van het verzoek tot algemene gelding moeten laten zien dat er draagvlak is bij betrokken organisaties voor het verzoek. Ondernemingen uit de sector waar de maatregel voor zal gelden, moeten het in hoge mate eens zijn met het algemene gelding geven aan de maatregel. Partijen zullen bovendien moeten laten zien dat er draagvlak is onder consumenten, bijvoorbeeld door het betrekken van consumentenorganisaties. Ook dient er oog te zijn voor de bezwaren van de partijen die niet meedoen.
2. *Inhoudelijke onderbouwing.* Indiening van een verzoek tot algemene gelding van een initiatief zal vergezeld moeten gaan van een goede inhoudelijke onderbouwing van de effecten op zowel duurzaamheid, als de prijs en andere voor het consumentenbelang relevante onderwerpen. Een indicatie van eventuele andere neveneffecten is bovendien van belang.
3. *Onafhankelijk advies.* De regering zal, na ontvangst van het verzoek tot algemene gelding van een duurzaamheidsinitiatief, informatie inwinnen bij onafhankelijke deskundigen. Over de duurzaamheidsaspecten kan daarbij gedacht worden aan universiteiten of adviesinstellingen als het planbureau voor de leefomgeving. Bij consumentenaspecten ligt een rol van de ACM voor de hand. De onderbouwing die de indieners aanleveren wordt zo op onafhankelijke wijze gestaafd en geverifieerd.

Verder proces

Over de uitwerking van het wetsvoorstel en de vraagpunten daarbinnen, bijvoorbeeld met betrekking tot handhaving, eisen aan draagvlak en conformiteit met internationale regelgeving, zal ik de komende maanden rondetafelgesprekken voeren met vertegenwoordigers van ondernemingen, organisaties die zich bezig houden met duurzaamheid, consumentenorganisaties, wetenschappers en eventuele andere belanghebbenden. Op basis hiervan verwacht ik in het eerste kwartaal van 2017 aan te vangen met de (internet)consultatie van het wetsvoorstel. In de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel zullen de uitkomsten van deze gesprekken worden beschreven.

Tot slot

Zoals in deze brief en eerdere brieven is beschreven, heb ik alle mogelijkheden om binnen het Europese kader meer ruimte te bieden aan duurzaamheidsinitiatieven onderzocht en benut. Naast het wetsvoorstel zie ik ook nog kansen op Europees niveau. Zoals ik ook schreef in mijn brief van 23 juni 2016, ben ik van mening dat er meer ruimte is voor duurzaamheidsinitiatieven binnen Europese mededingingsregelgeving dan de Europese Commissie doet voorkomen. Dit sterkt mij in mijn voornemen om te blijven inzetten op wijziging van de interpretatie die de Europese Commissie geeft aan de Europese mededingingsbepalingen. Daartoe zal ik het gesprek op Europees niveau blijven voeren. Begin 2017 zal ik u informeren over de resultaten van deze gesprekken.

De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp

Leer van de inherente beperkingen

Een belangrijke door mij onderzochte optie is de mogelijkheid aan te sluiten bij de zogenaamde «leer van de inherente beperkingen», ofwel de Wouters-leer. Het Europese Hof van Justitie heeft in enkele uitspraken aangenomen dat een mededingingsbeperking aanvaardbaar was vanwege het legitieme belang dat ermee werd gediend. De mededingingsbeperkende gevolgen van de besluiten van een ondernemersvereniging werden hierbij bijvoorbeeld als «inherent» geoordeeld aan het nastreven van een ander legitiem belang (in deze gevallen de uitoefening van de professie). Bovendien voldeden deze beperkingen aan de randvoorwaarden van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Hierdoor was het kartelverbod niet van toepassing. Dit wordt ook wel de «leer van de inherente beperkingen» genoemd.

Mijn conclusie is dat aan aansluiting op deze leer te veel risico's zijn verbonden.

Nederlandse wet- en regelgeving moet passen binnen de kaders van Europese regelgeving. Genoemde jurisprudentie is casusspecifiek. Per definitie zou de Nederlandse wet- of regelgeving deze jurisprudentie moeten veralgemeniseren. Daarbij zou de wetgever een (subjectieve) inschatting moeten maken van de relevante criteria uit die jurisprudentie. Een rechter hoeft het niet eens te zijn met die inschatting of vertaling. Hij kan hierdoor in voorkomende gevallen oordelen dat de Nederlandse regelgeving niet in lijn is met de Europese regelgeving en het nationale voorschrift buiten toepassing verklaren. Hierdoor zou voor ondernemingen die zich beroepen op de Nederlandse regelgeving alsnog sprake zijn van overtreding van het kartelverbod. Ik acht de kans aanzienlijk dat een rechter op een dergelijke wijze zal oordelen. 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. Partijen die zich op dergelijke wet- of regelgeving zouden beroepen lopen hierdoor een aanzienlijk risico een boete te krijgen. Ook de gevolgen voor de overheid in deze situatie zijn ongewis.

Toestemming vooraf

Een tweede door mij onderzochte optie is de mogelijkheid dat de ACM vooraf afspraken goed, dan wel afkeurt. Bij een dergelijke toestemming vooraf zullen andere belangen dan het consumentenbelang (zoals het belang voor de gehele samenleving) niet meegewogen kunnen worden. De ACM heeft daarvoor (ook Europeesrechtelijk) niet de bevoegdheid. Een eventuele toestemming door de ACM kan daarmee noodzakelijkerwijs alleen de duidelijkheid voor bedrijven en instellingen vergroten. Partijen krijgen zekerheid vooraf of hun afspraak is toegestaan, maar niet meer mededingingsrechtelijke ruimte om duurzaamheidsafspraken te maken. Een (ander) belangrijk bezwaar tegen een toestemming door de ACM is gelegen in het feit dat het mededingingsrecht Europees is vormgegeven als toezicht achteraf. Het geven van toestemming vooraf verhoudt zich niet tot dit toezicht achteraf en is daarom niet mogelijk. Ook vanuit het perspectief van de overheidsfinanciën ligt beoordeling vooraf niet in de rede. Als alle afspraken tussen marktpartijen in Nederland vooraf door de ACM beoordeeld zouden moeten worden, dan is het huidig toegekende budget van de ACM verre van toereikend. Zeker omdat óók achteraf nog

toezicht gehouden moet worden, bijvoorbeeld om te controleren of afgewezen afspraken niet alsnog worden nagevolgd.

Ontheffing

Ook heb ik onderzocht of het een mogelijkheid is dat een overheid (bijvoorbeeld de Minister van Economische Zaken) partijen vooraf een ontheffing biedt van mededingingstoezicht, specifiek het kartelverbod, voor specifieke duurzaamheidsafspraken. Dit zou zowel meer ruimte als duidelijkheid kunnen bieden aan duurzaamheidsafspraken. Deze route bleek Europeesrechtelijk niet haalbaar. Een dergelijke nationaal georganiseerde ontheffing ontslaat de ACM Europeesrechtelijk niet van de plicht om te onderzoeken of een dergelijke afspraak ingaat tegen het Europese mededingingsrecht. Gevolg hiervan is dat de ACM, ondanks de ontheffing, toch boetes op zou moeten leggen. Daarmee wordt de ontheffing een lege huls. Ik heb om die reden besloten deze optie niet verder te verkennen.