

Datum 29 januari 2016  
Aan Ministerie EZ - Internetconsultatie  
Van Walter Ruijgrok

Onderwerp Zienswijze op voorgenomen aanpassing  
beleidsregel Mededinging en Duurzaamheid

Energie-Nederland maakt graag gebruik van de gelegenheid om te reageren op de voorgenomen aanpassing van de beleidsregel Mededinging en Duurzaamheid. Wij maken daarbij gebruik van enkele ervaringen uit de toetsing van een afspraak over kolencentrales in het Energieakkoord.

#### **Vraag 1**

*Biedt de aangepaste beleidsregel (zowel artikelen als toelichting) meer duidelijkheid en handvatten om duurzaamheidsinitiatieven binnen het mededingingskader vorm te geven en een self assessment uit te voeren? Indien u van mening bent dat de aangepaste beleidsregel minder duidelijkheid en handvatten biedt, licht toe hoe dit verbeterd zou kunnen worden.*

#### **Lessen uit de toetsing van het Energieakkoord**

Tijdens de onderhandelingen over het Energieakkoord heeft Energie-Nederland in een vroegtijdig stadium contact gezocht met ACM om te overleggen in hoeverre de te maken afspraken over het sluiten van kolencentrales in overeenstemming zouden zijn met het mededingingskader. Wij hebben op dat moment ook de beoogde self assessment ter hand genomen. Een vraag die op dat moment zowel bij ons als ACM leefde was hoe beoordeeld moest worden of de voorgenomen afspraken in overeenstemming waren met het mededingingskader. Dat was voor beide partijen een zoektocht. In de geschiedenis die voorlag bij ACM waren geen vergelijkbare cases voor handen waar partijen op konden terugvallen. Energie-Nederland heeft in samenspraak met enkele juridische en economische adviseurs er toen voor gekozen om een dossier samen te stellen dat de toetsingsvragen deels kwantitatief en deels kwalitatief beantwoordde.

ACM heeft gaandeweg het proces zelf een toetsingskader opgesteld waarbij ACM een weegschaal ontwierp waarbij de kosten en baten voor de samenleving werden gemeten. De maatschappelijke baten werden daarbij door ACM consequent uitgedrukt in financiële termen.

Met de door ACM voorgestelde weegschaal konden wij in de case van de kolencentrales goed uit de voeten. De discussie betrof wat er op die weegschaal terecht kwam aan kosten en baten. In de uiteindelijke beoordeling verschilden ACM en wij op twee hoofdpunten met elkaar:

1. Welke voordelen konden wel of niet worden toegerekend aan de afspraak? De verschillen betreffen uiteindelijk de effecten op de CO<sub>2</sub>-uitstoot en enkele aspecten rond de bekostiging van duurzame energie.
2. Had de afweging uitsluitend betrekking op de afspraak over de kolencentrales of werden ook de voordelen van het totale Energieakkoord meegenomen?

Voor zowel ACM als voor ons ontbraken richtsnoeren hoe hier gehandeld kon worden. Op deze punten had meer duidelijkheid vooraf geholpen bij het beoordelen van de voorgenomen afspraak.

### **Aangepaste beleidsregel biedt meer duidelijkheid**

Energie-Nederland verwelkomt de voorgestelde aanpassingen van de beleidsregel, omdat daarmee meer duidelijkheid en handvatten worden geboden om duurzaamheidsinitiatieven vorm te geven binnen het mededingingskader. Vanwege het toenemende maatschappelijke belang van duurzaamheidsinitiatieven moeten belemmeringen in het mededingingskader zo veel mogelijk worden weggenomen. Dat geldt in het bijzonder voor duurzaamheidsinitiatieven waarbij een beoordeling complex is of waarbij de overheid een rol speelt, zoals het Energieakkoord.

De voorgestelde aanpassingen komen daarbij specifiek tegemoet aan de twee hoofdgeschilpunten die zich voordeden in de case rond de kolencentrales. Zo is in de nieuwe beleidsregel uitdrukkelijk opgenomen dat ACM bij de beoordeling breder moet kijken naar het totaalpakket van afspraken. Ook meldt de toelichting nu als voorbeeld dat verminderde CO<sub>2</sub>-uitstoot kostenvoordelen oplevert in de toekomst en meegewogen dient te worden.

De voorgestelde aanpassingen van de beleidsregels zouden voor de case met de kolencentrales waarschijnlijk hebben betekend dat de gemaakte afspraken wel verenigbaar zouden zijn geweest met het mededingingskader (op grond van de kosten en baten zoals die voor het Energieakkoord door ECN en PBL zijn berekend). De voorgestelde regels bieden daarmee dus niet alleen meer duidelijkheid, maar ook meer ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven. Dat vinden wij een goede zaak.

### **Aandachtspunt**

Het kwantificeren van voor- en nadelen blijft ook met de voorgestelde aanpassing van de beleidsregels een aandachtspunt. Behoudens een passage in de toelichting over Willingness to Pay, gaat de beleidsregel hier niet specifiek op in. Een van de lessen uit de toetsing van de afspraak over kolencentrales is dat het waarderen van voor- of nadelen gepaard gaat met onzekerheden. Er bestaan geen objectieve cijfers of maatstaven waar initiatiefnemer of ACM zich op kan beroepen. Om een voorbeeld te geven uit de case van de kolencentrales: voor deze afspraak had ECN berekend wat het milieuvoordeel is van de voorgenomen sluiting van centrales in absolute hoeveelheden vermeden uitstoot van SO<sub>2</sub>, NO<sub>x</sub> en fijn stof. Voor de financiële waardering daarvan hanteerden ACM en wij andere kengetallen, die beide ontleend waren aan wetenschappelijk onderzoek. In een later stadium heeft PBL ook nogmaals de vermeden schade berekend met wederom andere waarderingskengetallen. Dit pleit er voor om in de methodiek eerder met marges te werken dan met

één cijfer om daarmee uitdrukking te geven aan de onzekerheid die er is in waardering. Door onzekerheid mee te nemen kan uiteindelijk ook een andere afweging tussen kosten en baten tot stand komen.

## **Vraag 2**

*Zou de aangepaste beleidsregel ook moeten worden gebaseerd op artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (kartelverbod) door gebruik te maken van de zogenoemde leer van de inherente beperkingen? Wat zijn hierbij volgens u de voor- en nadelen? Licht toe, wanneer u van mening bent dat de beleidsregel ook op artikel 6 eerste lid moet worden gebaseerd, hoe dit volgens u concreet vorm zou moeten krijgen.*

Ja, Energie-Nederland is van mening dat het toenemende maatschappelijke belang en de brede steun voor duurzaamheidsinitiatieven rechtvaardigen dat het mededingingskader zo ruim mogelijk wordt toegepast. Daarbij past dat ook een beroep op de leer van de inherente beperkingen kan worden gedaan.

Wanneer een duurzaamheidsinitiatief wordt ondersteund of afgesloten door een brede coalitie van maatschappelijke organisaties, dan is naar ons oordeel door al deze partijen onderling al een afweging gemaakt van kosten en baten van de beoogde afspraken. Als partijen met elkaar tot een akkoord komen vinden ze met elkaar dat het de moeite waard is en de balans gunstig uitpakt. Daarmee hebben partijen met elkaar de toets gedaan en zou de ingewikkelde toetsing door ACM overgeslagen kunnen worden.

Als voorbeeld kan het Energieakkoord worden genoemd. Daar is sprake van zo'n brede coalitie waar niet alleen het bedrijfsleven en milieuorganisaties betrokken zijn, maar ook de overheid, vakbonden en vertegenwoordigende organisaties van consumentenbelangen.

## **Vraag 3**

*Welke behoeften en wensen bestaan er bij u voor duidelijkheid vooraf of mededingingsbeperkende afspraken t.b.v. duurzaamheid zijn toegestaan? Bijvoorbeeld een (in)formele uitspraak vooraf door de ACM of praktische ondersteuning d.m.v. tools voor betrokken partijen. Graag hierbij aangeven hoe deze duidelijkheid vooraf vormgegeven zou moeten zijn. Benoem hierbij ook de voor- en nadelen.*

Voor de leden van Energie-Nederland staat voorop dat het de verantwoordelijkheid is van partijen om zich norm-conform te gedragen. De vraag is echter of partijen die gedragslijn volledig zelfstandig kunnen waarmaken wanneer het complexe zaken betreft.

De ervaring met de afspraak over kolencentrales uit het Energieakkoord leert dat het beoordelen van de vraag of een duurzaamheidsafpraak in overeenstemming is met het mededingingskader geen sinecure is. Op dat moment ontbraken voor ACM en voor ons eerdere cases in de geschiedenis waar lering uit getrokken kon worden. Gaandeweg moesten wij beiden onze weg zoeken in de beoordeling van de afspraak.

Energie-Nederland is van mening dat de ACM een actievere rol kan spelen dan nu het geval is bij de totstandkoming van duurzaamheidsinitiatieven, in het bijzonder wanneer er een breed maatschappelijk draagvlak is of wanneer er een directie relatie is met overheidsbeleid.

Dat vraagt een actieve houding van ACM, voordat de afspraak tussen partijen definitief is. Vanuit haar expertise kan ACM bijdragen aan het tot stand komen van goede en volledige afspraken, bijvoorbeeld door partijen suggesties mee te geven om bepaalde belangen bij de afspraak te betrekken en inzichtelijk te maken. Op zichzelf lijkt dit uitstekend te passen in toezichtsfilosofie van ACM, die erop is gericht om problemen op te lossen en markten te laten werken en waarbij een juridische procedure geen doel op zich is.

Het generieke mededingingsrecht is 'open' geformuleerd. Daarbij geven jurisprudentie, literatuur en de beslispraktijk van mededingingsautoriteiten nadere invulling. Niettemin is veel expertise nodig om een inschatting te maken van de toelaatbaarheid van een concreet initiatief. Dat betekent een investering van tijd, energie en geld. Bij complexe of ingewikkelde afspraken komt daar nog eens bij dat de beoordeling niet eenvoudig is te maken (zoals bleek bij de cases over de kolencentrales en de Kip van Morgen). Voor partijen die stappen willen zetten met duurzaamheidsinitiatieven is het daarom van belang dat ze de risico's op strijdigheid met de mededinging goed kunnen overzien. Niemand wil dat een initiatief struikelt op die gronden.

Wij hebben de volgende suggesties voor de manier waarop de actieve rol van ACM vorm kan krijgen:

1. ACM houdt de toelichtingen op het beoordelingskader voor duurzaamheid steeds actueel op zijn website (waar mogelijk ook met voorbeelden uit het buitenland)
2. De ACM denkt vroegtijdig mee als partijen die werken aan een duurzaamheidsinitiatief daar om vragen
3. Partijen en ACM werken bij complexere afspraken in vooroverleg samen uit hoe toetsing en weging van belangen vorm kan krijgen
4. Als er een "weegschaal" voor de belangenafweging wordt gebruikt gaan partijen en ACM samen na welke elementen op de weegschaal komen en hoe deze kunnen worden uitgedrukt (waarbij ze ook aandacht hebben voor bijvoorbeeld de onzekerheden in cijfers)
5. ACM kan overwegen om vertrouwelijk een voorlopig oordeel te geven en eventueel adviezen hoe de afspraak aangepast zou kunnen worden mocht strijdigheid met de mededinging dreigen

#### **Vraag 4**

*Welke alternatieven of mogelijkheden, naast de aanpassing van deze beleidsregel, ziet u om duurzaamheidsinitiatieven mogelijk te maken? Licht toe hoe dit concreet vorm zou moeten krijgen en benoem daarbij ook de voor- en nadelen.*

Energie-Nederland verwacht dat naast de aanpassing van de beleidsregel een actievere rol van de ACM ertoe kan leiden dat meer duurzaamheidsinitiatieven slagen. Concreet zou de ACM in een vroeg stadium kunnen deelnemen bij het verkennen van de mogelijkheden voor duurzaamheidsinitiatieven. Een mogelijk nadeel is dat het onafhankelijke karakter van de ACM wordt beperkt, maar daar staat

tegenover dat de ACM kan bijdragen aan het realiseren van duurzaamheidsinitiatieven waarvoor een breed maatschappelijk draagvlak bestaat.

Een tweede spoor om duurzaamheidsinitiatieven mogelijk te maken is het verschaffen van meer duidelijkheid (met name voor de langere termijn) over de beleidsdoelen. In het geval van de energievoorziening voor doelen voor klimaat en energiebeleid. Daarbij dient ook duidelijk te worden aangegeven waarom voor de overheid deze doelen kiest, welke maatschappelijke voordelen hiermee worden behaald en welke rol de overheid toedicht aan onder andere het bedrijfsleven om deze doelen te realiseren. Duurzaamheidsinitiatieven die hier vervolgens op aansluiten zouden op basis hiervan vervolgens eenvoudiger tot de conclusie moeten kunnen komen dat afspraken niet strijdig zijn met het mededingingskader.

Een derde spoor betreft het regelen van de afspraak via de overheid (bijvoorbeeld door aanpassing van bestaande wet- en regelgeving). De overheid regelt dan de benodigde wijziging in plaats van een vrijwillige marktafpraak die anders mogelijk zou stuiten op mededingingsbezwaren. Dit vraagt politieke en bestuurlijke wil, maar bij breed maatschappelijk draagvlak voor de beoogde regeling zou dat geen probleem moeten zijn.