

Redactioneel

Urgentie, policentrische actie en klimaatverandering

Anna Gerbrandy en Wolf Sauter*

De *Urgenda*-uitspraken van Rechtbank en Hof Den Haag in 2015 en 2018 en het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2019 hebben eclatant vastgesteld dat de Nederlandse Staat ten opzichte van zijn verplichtingen een achterstand heeft ten aanzien van het bestrijden van klimaatverandering – de uitstoot van broeikasgassen – die met spoed dient te worden goedge maakt. Hoewel de publieke perceptie vaak anders is, hobbelt Nederland in Europees verband ook al jaren achteraan als het bijvoorbeeld gaat om de mate van duurzaam opgewekte energie. Het terugbrengen van de maximumsnelheid op de snelwegen naar 100 km per uur en zo mogelijk nog impopulairdere maatregelen in de bouw en de landbouw/bio-industrie om de stikstofuitstoot te beperken waren dit jaar het voorlopige en wat improvisationele resultaat van de opdracht van de rechter aan onze regering om de daad bij het woord van de diverse klimaatakkoorden te voegen. De bestrijding van klimaatverandering (en het mitigeren van de gevolgen daarvan) vergt echter gelijktijdige acties op verschillende politiek-bestuurlijke niveaus en van private partijen: policentrisch besturen.¹ In die setting maakt nu de Autoriteit Consument & Markt (ACM) met haar Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken van 9 juli 2020 ook

meer ruimte voor ondernemingen om duurzaamheid en klimaatvriendelijke initiatieven te ontplooiën, en ACM-bestuursvoorzitter Martijn Snoep plaatst dit in zijn bijdrage aan het huidige nummer ook uitdrukkelijk in de bovenstaande context. Met deze Leidraad speelt Nederland dankzij de ook internationaal opgemerkte *Urgenda*-nederlagen (respectievelijk -overwinningen voor het algemeen belang en het klimaat, die op zichzelf al een rechtsvergelijkende impuls bieden) alsnog een verloren gewaande voortrekkersrol in het klimaatdebat, zij het op bescheiden schaal en vanuit een bijzonder perspectief – dat van de concurrentiebeperkingen. Inmiddels volgt de Griekse Mededingingsautoriteit (HCC) een vergelijkbare route.² Franse regulators gezamenlijk hadden al eerder een voorzichtige aanzet gedaan,³ en de Britse CMA heeft aangegeven het voorbeeld van de ACM te willen volgen, nadat het ‘duurzaamheid’ al eerder als prioriteit had aangewezen.⁴ Deze voor mededingingsafficionado’s spannende ontwikkeling is voor de redactie van *M&M* dan ook aanleiding om een al langer gepland themanummer aan duurzaamheid en klimaatverandering te wijden. Gezien de belangstelling van verschillende auteurs om hieraan bij te dragen is het zelfs een dubbelnummer geworden.

In het bestek van dit redactioneel wijden wij kort enkele bespiegelingen aan twee onderling verwante dimensies die meer gaan over klimaat dan over duurzaamheid in bredere zin: het belang van policentrische actie om duurzaamheid en klimaat te bevorderen; en of het daarbinnen redelijk is om te veronderstellen dat hierin een

* Prof. mr. dr. A. Gerbrandy is hoogleraar Mededingingsrecht aan de Universiteit Utrecht, non-governmental advisor bij de ACM en Kroonlid bij de SER. Prof. mr. dr. ds. W. Sauter is verbonden aan de ACM en deels gedetacheerd bij de Vrije Universiteit Amsterdam.

1. Het concept *polycentricity* – of *polycentric governance* – staat centraal in het werk van Vincent en Elinor Ostrom, al werd het al eerder gebruikt door Polanyi. Zie V. Ostrom, C.M. Tiebout en R. Warren, ‘The Organization of Government in Metropolitan Areas: A theoretical inquiry’, *American Political Science Review* 1961; E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge: Cambridge University Press 1990; M. Polanyi, *The Logic of Liberty*, Abingdon: Routledge 1951.

2. Het gaat om een *staff document*: www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html.

3. Zie: www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/eight-french-regulators-publish-working-paper-their-role-and-tools-face-climate.

4. www.gov.uk/government/publications/competition-and-markets-authority-annual-plan-2020-to-2021/annual-plan-2020-to-2021.

rol is weggelegd voor ondernemingsafspraken, al dan niet mededingingsbeperkend van aard.

Ten aanzien van de eerste vraag is even duidelijk dat wereldwijd actie nodig is, als dat de akkoorden van Kyoto en Parijs nog weinig concreet resultaat hebben weten te genereren – niet in de laatste plaats vanwege de opstelling van de Verenigde Staten, vooral onder president Donald Trump, en van andere grondstoffenproducerende rijke landen. Opmerkelijk genoeg is het nu China dat enerzijds naast de EU in een aantal opzichten internationaal vooroploopt aan het klimaatfront maar anderzijds ook een zeer *eigen* beleid voert. Tegelijkertijd zou het terugbrengen van de uitstoot van schadelijke stoffen door de rijke (grosso modo: OECD-) landen het meest voor de hand liggen: per hoofd van de bevolking stoten zij over het algemeen vele malen meer uit dan de overige wereldbewoners, hun welvaartsniveau ligt gemiddeld genomen al op een comfortabel peil; en bovendien is die welvaartsgroei zeker sinds de industriële revolutie te danken/te wijten aan productiemethoden die gebaseerd zijn op fossiele brandstoffen die het klimaat schade toebrengen.

Hoewel actie op het wereldomspannend niveau nodig is, lijkt dat derhalve vooralsnog minder effectief. Daarom zijn regionale initiatieven, zoals de Green Deal van de Nederlandse Eurocommissaris Frans Timmermans in de EU – als echo van de Green New Deal in de VS en vergelijkbare initiatieven in het Verenigd Koninkrijk waar deze vooralsnog op het niveau van innovatieve ideeën blijven steken – een noodzakelijke aanvulling. In EU-verband betekent dit traditiegetrouw denkwerk en strategische prikkels, alsmede het bieden van ruimte binnen de regels op EU-niveau, terwijl de substantiële acties te voeren zijn door de lidstaten. Het begrip Green New Deal haakt echter ook aan bij de politieke nalatenschap van de grote Amerikaanse president Franklin Delano Roosevelt, die in 1933–1945 (weliswaar niet vanuit milieubewustzijn) met zijn New Deal het kapitalistische marktsysteem op democratische grondslag nieuw leven inblies door een destijds ongekende combinatie van solidariteit, regulering en stimulering van de economische groei. In hoeverre het wensdenken blijft dat de EU op dit vlak in ecologisch verantwoorde vorm succesvol zal zijn, en of de VS alsnog een draai in deze richting maakt, is op dit moment moeilijk te voorspellen (de afronding van dit redactioneel speelt zich af aan de vooravond van de Amerikaanse verkiezingen).

Economen zoals Kate Raworth (*Doughnut Economics: Seven Ways to Think Like a 21st century Economist*, Penguin Random House 2017) betwijfelen zelfs of economische groei überhaupt nog wel een wenselijk streven is.⁵ Liberale federale staten zoals Californië of zelfs kosmopolitische steden zoals Amsterdam (dat inmiddels in navolging van Raworth een circulaire *doughnut economy* nastreeft) zijn in dit verband in het policentrisch geheel

mogelijk effectieve organisatie-eenheden op een kleiner niveau: het subnationale en lokale niveau. Haviken als Anatol Lieven zien daarentegen juist de natie als het enige forum dat in staat is het hoofd te bieden aan de klimaatuitdaging, en wel vanuit veiligheidsbelang en overlevingsdrang.⁶ Zie ook het blad *Foreign Affairs* (mei/juni 2020), met als thema: ‘The Fire Next Time – How to Prevent a Climate Catastrophe’, waar *alle* smaken aan bod komen, zij het met een voelbare nostalgie naar een leidende rol van de Verenigde Staten die vooralsnog uitgespeeld lijkt.

Wat nu in deze context te vinden van ondernemingen die klimaatbescherming nastreven in Nederland en Europa? Veel economen zien met name (mededingingsbeperkende) samenwerking tussen ondernemingen als tweede keus ten opzichte van daadkrachtig regulerend overheidsoptreden en vrezen een mogelijk excuus om in ieder geval de prijzen maar alvast eens te verhogen. Ook de politieke filosofie, waar deze de basis vormt voor een democratische rechtstaat, lijkt het imperatief voor het afwegen van complexe algemene belangen te leggen bij de (democratisch gelegitimeerde) wetgever. Toch, zoals hierboven beschreven, is er twijfel of in de huidige context staten daadkrachtig (genoeg) kunnen optreden. Zoals hierboven genoemd kan de benadering van Elinor Ostrom, in 2009 de eerste vrouwelijke Nobelprijswinnaar voor economie, hier een ingang bieden voor het scherpen van de gedachten. Ostrom benadrukt dat een policentrische aanpak – dus niet primair, of alleen maar, op nationaal niveau en/of door regeringen – van complexe en dynamische sociale en fysieke omgevingen de meeste kansen biedt voor succes. Haar visie is gebaseerd op rijk bronnenmateriaal ten aanzien van op onderlinge samenwerking gebaseerde bescherming van de *commons* (in feite meestal: het milieu) waaruit blijkt dat de bekendere ‘tragedie van de meent’, die slechts opgelost kan worden door verkaveling, een theorie is die zeker niet algemeen opgaat.⁷ Het voordeel van policentrische oplossingen is volgens Ostrom dat zij draagkrachtiger zijn vanwege op participatie gebaseerde legitimiteit, en de mogelijkheid bieden tot experimenten en oplossingen op die schaal waarop effectieve actie daadwerkelijk mogelijk is. Dit model lijkt wonderwel aan te sluiten bij de soevereiniteit in eigen kring respectievelijk maatschappelijke subsidiariteit en het polderen die het Nederlandse politieke stelsel kenmerken, waar graag via hoofdlijnenakkoorden aan economische actoren verdere invulling wordt overgelaten. Alle gesputter ten spijt heeft dit in ons land een redelijk effectief economisch model opgeleverd, gekenmerkt door een in internationale vergelijking grote mate van onderling vertrouwen en participatie. In zeker zin wordt dit model nu ook in de praktijk gebracht met betrekking tot mede-

5. Eerder, vergelijkbaar ook o.a.: D. Coyle, *The Economics of Enough*, Princeton 2004; R. Skidelsky en E. Skidelsky, *How much is enough?*, Penguin 2012. Vanuit een heel ander perspectief vergelijkbaar: J. Diamond, *Collapse*, Penguin 2005.

6. *Climate Change and the Nation State: The Realist Case*, Penguin Random House 2020.

7. Zie specifiek met betrekking tot klimaatverandering bijvoorbeeld E. Ostrom, ‘A Polycentric Approach to Coping with Climate Change’, *Annals of Economics and Finance* 2014, nr. 1, p. 97-134 en ‘Polycentric Systems for Coping with Collective Action and Global Environmental Change’, *Global Environmental Change* 2010, nr. 4, p. 550-557.

dingingsbeperkende klimaatafspraken tussen ondernemingen, met de ACM Leidraad en het (mogelijke) wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven – waarover in dit nummer de bijdrage van Arnout Koe- man en Paul Deza de Massiac. De Leidraad past in een policentrisch model, waarin zowel wordt erkend dat klimaatverandering een mondiale problematiek betreft en derhalve ook op mondiaal en regionaal niveau dient te worden aangepakt, als het belang wordt ingezien dat op nationaal en lokaal niveau in een samenspel van publieke en private actoren actie wordt ondernomen.

Dat lijkt mooi, zo'n voortrekkersrol als natuurlijk experiment. Maar dit neemt niet weg dat het voor ondernemingen lastig zal zijn te weten waar zij zich aan te houden hebben totdat ook Europa op dit vlak kleur bekent. Iedere afspraak die het gehele Nederlandse grondgebied betreft, zal in principe immers een grensoverschrijdend effect geacht worden te hebben. Zal er hier een soort mededingingsrechtelijk *spillover* optreden over landsgrenzen heen, die op EU-niveau wordt opgepakt en verwerkt tot Europees beleid, zoals eerder ten aanzien van bijvoorbeeld de gegevens en privacybescherming vanuit de Bondsrepubliek Duitsland naar Europa? Pim Jansen en Sarah Beeston lijken het te hopen in hun bespreking van de Leidraad en de beide auteurs van het huidige redactioneel delen deze opvatting. Voorlopig kopte MLex op 21 augustus 2020 echter nog: 'Dutch leniency on sustainability rules helps companies, but divides authorities'. De stap van de Griekse mededingingsautoriteit is in dit verband bemoedigend, maar het zou wellicht helpen als zich snel goede nieuwe praktijkvoorbeelden voordoen.

Naast de al genoemde bijdragen biedt dit bijzondere nummer in het kader van de duurzaamheid artikelen over procedurele aspecten van Jori de Goffau en Greetje van Heezik, over concentratiecontrole van Elske Raedts en Inès Lulof, over staatssteun en capaciteitsmechanismen van Hans Vedder, en over balanceren onder lid 3 van artikel 6 Mw en 101 VWEU van Eva van der Zee. Daarnaast artikelen over duurzaamheid en aanbesteding van Willem Janssen en over de verenigbaarheid tussen duurzaamheid en concurrentie van Eric van Damme, evenals prikkelende columns van de hand van Barbara Baarsma en Rutger Claassen. Mede gezien de stijgende zeespiegel hopen wij dat het resultaat voor onze lezers geen *mer à boire* is geworden, maar een rijke verscheidenheid die een prettige, slechts subtiel ziltige, afdronk kent.