

# Dierenwelzijn in Nederland; civielrechtelijke regeling voor de ‘Kip van Morgen’

*mr. J.C.M. Jochemsen-Vernooij en mr. S. van der Heul<sup>1</sup>*

In Nederland worden bepaalde dieren voor hun product, zoals vlees, melk of vacht gehouden. Koeien, varkens en kippen zijn voorbeelden van deze productiedieren. Voor het houden, maar ook het verzorgen, voeden en vervoeren van deze productiedieren zijn regels vastgesteld, zodat een minimaal niveau voor het dierenwelzijn wordt gegarandeerd. De boeren, die deze productiedieren houden, ook wel producenten genoemd, moeten zich aan deze regels houden. Op de naleving van deze regels, die overigens steeds door nieuwe inzichten en mogelijkheden veranderen, wordt door de Nederlandse voedsel- en warenautoriteit (NVWA) toezicht gehouden.<sup>2</sup>

De basis voor de welzijnsregelgeving is op Europees niveau wordt gevormd in verordeningen en richtlijnen.<sup>3</sup> De nationale wetgeving is (grotendeels) gebaseerd op deze Europese verordeningen en richtlijnen. Hieruit volgt het zogenaamde minimaal niveau waaraan voldaan dient te worden in het kader van dierenwelzijn.<sup>4</sup> Thans is de Wet Dieren (gefaseerd) in werking getreden. Deze wet omvat een samenhangend stelsel van regels over vele aspecten van het houden van dieren en het voorkomen van dierenmishandeling. Op deze wet is een algemene maatregel van bestuur gebaseerd: het Besluit houders van dieren. Op de Wet Dieren wordt later in dit artikel teruggekomen.

Dierenwelzijn is een integraal onderdeel van de bedrijfsvoering in de veehouderij. De verantwoordelijkheid voor een goed dierenwelzijn ligt primair bij de houder van het dier. Feit is echter dat de eisen die gesteld worden aan dierenwelzijn veelal grote (financiële) gevolgen hebben voor de boeren. Uit de beleidsbrief dierenwelzijn van het Ministerie van Economische Zaken blijkt dat er op dit terrein een belangrijke stap in Nederland is gezet door het bedrijfsleven. Het bedrijfsleven heeft afspraken gemaakt die het basisniveau van welzijn van varkens- en pluimvee, wier vlees bestemd is voor Nederlandse supermarkten te verhogen.<sup>5</sup> Het betreft civielrechtelijke afspraken tussen verschillende partijen in het bedrijfsleven. Deze in die afspraken vervatte eisen zijn door het bedrijfsleven voorgesteld onder de noemer ‘Kip van Morgen’. Omdat de ‘Kip van Morgen’ een voorgenomen samenwerkingsafpraak tussen bedrijven is, dient de toelaatbaarheid ervan mededingingsrechtelijk te worden beoordeeld aan de hand van het kartelverbod. In een analyse heeft de ACM haar (informele) mening geformuleerd dat de afspraken in het kader van de ‘Kip van Morgen’ de kartelrechtelijke toets niet kunnen doorstaan.<sup>6</sup>

In dit artikel wordt ingegaan op de wettelijke minimeisen voor het (commercieel) houden van kippen en de verdergaande standaard van de ‘Kip van Morgen’. Ook wordt de mededingingsrechtelijke analyse door het ACM van de ‘Kip van Morgen’ besproken en ons commentaar daarop. Dit artikel wordt afgesloten met hoe nu verder te gaan met de ‘Kip van Morgen’.

- 
1. Mr. J.C.M. Jochemsen-Vernooij is advocaat Agrarisch Recht en mr. S. van der Heul is advocaat Mededingingsrecht, beiden zijn werkzaam bij Dirkwager advocaten en notarissen.
  2. [www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/dieren/dierenwelzijn](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/dieren/dierenwelzijn).
  3. Ten aanzien van het welzijn van landbouwhuisdieren bevatten richtlijn nr. 91/629/EEG, richtlijn nr. 91/630/EEG, richtlijn nr. 98/58/EG, richtlijn nr. 99/74/EG en richtlijn nr. 2007/43/EG minimumnormen met betrekking tot het houden, huisvesten en verzorgen van respectievelijk kalveren, varkens, productiedieren in het algemeen, legkippen en vleeskuikens.
  4. Prof. mr. D.W. Bruil, *Dierenwelzijn*, *Agr.r.* 2012, 5, p.118 e.v.
  5. Beleidsbrief Dierenwelzijn d.d. 4 oktober 2013 van staatssecretaris Dijkema aan vz. Tweede Kamer.
  6. Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken ‘De kip van Morgen’, kenmerk: ACM/DM/2014/206028.

## 1. Wettelijke minimumeisen voor het commercieel houden van pluimvee

Of er nu bedrijfsmatig of hobbymatig dieren worden gehouden, feit blijft dat de houder daarvan verantwoordelijk is voor het welzijn, de gezondheid en integriteit van die dieren. De regels hierover staan in de Wet Dieren, waarvan op 1 juli 2014 de laatste onderdelen in werking zijn getreden.<sup>7</sup>

In art. 2.2 lid 8 Wet Dieren is een zorgplicht voor houders van dieren opgenomen. Op grond van dat artikellid is het de houder van een dier verboden aan dat dier de nodige verzorging te onthouden. In de artikelen 1.6 tot en met 1.8 van het besluit Regeling handhaving en overige zaken Wet Dieren, zijn bepalingen opgenomen die mede invulling geven aan de verplichting uit art. 2.2 lid 8 van de Wet Dieren. Het gaat om bepalingen met algemene normen voor de verzorging en huisvesting van dieren, die gelden voor alle categorieën houders van dieren. Normen met een algemene gelding in Nederland waarvan het voor zich spreekt dat deze ook in acht moeten worden genomen bij andere dan productiedieren. In dat licht zijn die normen te beschouwen als basiseisen die bij het houden van dieren in ieder geval het minimum betreffen. Deze normen bieden een handvat om in voorkomend geval op te treden tegen onwenselijke situaties. Ten opzichte van de voorheen geldende regelgeving, zijn deze normen nieuw voor houders van niet voor productiedoel-einden gehouden dieren.

Ten opzichte van deze basiseisen voor het houden van kippen in Nederland, hebben meerdere marktpartijen de handen ineen geslagen. Zij beogen met onderlinge afspraken zowel de CO<sub>2</sub>-uitstoot bij de productie van kippenvlees te beperken als een verbetering van het welzijn van voor vlees bestemde kippen te bereiken. Daarvoor zijn onder meer ver-gaande eisen voorgesteld onder de noemer de 'Kip van Morgen'.

## 2. De Kip van Morgen

Supermarkten, producenten en verwerkers hebben onderling afspraken voorgenomen over de verkoop van kippenvlees afkomstig van kippen die geproduceerd zijn met inachtneming van meer dierenwelzijn; de 'Kip van Morgen'. Doel van de afspraken is verduurzaming van het kippenvleesassortiment in Nederlandse supermarkten. Onderdeel van die afspraak is dat kippenvlees dat niet voldoet aan de vereisten van de 'Kip van Morgen' uit de schappen wordt gehaald. Door de voorgenomen afspraken over de 'Kip van Morgen' zou een kip onder andere meer ruimte en meer strooisel op de stalvloer krijgen en zou de kip langer leven. Daarnaast zouden milieumaatregelen worden genomen.

7. Op 1 januari 2013 trad de Wet Dieren reeds gedeeltelek in werking. Hiervoor golden diverse wetten inzake dierenwelzijn. Het Besluit houders van Dieren speelt een prominente rol bij de Wet Dieren.

In aanloop naar voornoemde afspraken was reeds een intentieverklaring getekend waarin de verkoop van 'alleen duurzaam geproduceerd vlees' als doel is gesteld.<sup>8</sup> Het initiatief 'Al het vlees duurzaam'<sup>9</sup> hangt hiermee samen en geeft een verdere invulling aan deze intentieverklaring. Vervolgens is de Kip van Morgen gepresenteerd.

Onderdeel van de afspraken zijn onder meer het invoeren van een nieuw, trager groeiend kippenras, dat beter kan bewegen en minder antibiotica nodig heeft, een verlaging van het aantal kippen per vierkante meter in een stal, een goede bodembekking en extra afleidingsmateriaal voor kippen waardoor de kans op voetzoolbeschadigingen flink afneemt. Deze afspraken betreffen de inkoopvoorwaarden voor supermarkten, doordat zij alleen kippenvleesproducten kopen en verkopen die ten minste aan de kenmerken van de 'Kip van Morgen' voldoen.<sup>10</sup> De duurzaamheidsafspraken over de 'Kip van Morgen' gaan verder dan de wettelijke minimumeisen die gelden voor het commercieel houden van pluimvee in Nederland.

Omdat de 'Kip van Morgen' voorgenomen afspraken tussen (supermarkt)ondernemingen bevat, moeten zij worden beoordeeld op grond van het nationale<sup>11</sup> en Europese<sup>12</sup> kartelverbod.

## 3. Het kartelverbod en uitzonderingen

### 3.1. Kartelverbod

Het nationale kartelverbod verbiedt overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen twee of meer ondernemingen (hierna en hiervoor gezamenlijk ook: 'de afspraken') die het doel (ook: doelbeperkingen) of gevolg (ook: gevolgbepalingen) hebben dat de concurrentie op de relevante markt merkbaar wordt beperkt. Als zulke afspraken eveneens de handel tussen de lidstaten beïnvloeden, leveren zij (ook) een schending op van het Europees kartelverbod op.

Het verschil tussen doel- en gevolgbepalingen is van belang, aangezien een afspraak met mededingingsbeperkend doel al snel leidt tot een overtreding van het kartelverbod zonder dat de daadwerkelijke gevolgen behoeven te worden onderzocht als zij in haar juridische en economische context concreet in staat moet worden geacht om de concurrentie merkbaar te beperken. Dat bij een doelbeperking de gevolgen daarvan op de relevante markt

8. Het zogenaamde 'Verbond van Den Bosch', ondertekend door 27 partijen die de belangrijkste spelers genoemd worden in de keten van de vleesproductie.

9. Al het Vlees duurzaam, de doorbraak naar en gezonde, veilige en gewaardeerde veehouderij in 2020, Commissie Van Doorn.

10. Overigens gelden deze afspraken niet voor de productie van kippenvlees via andere kanalen dan de supermarkt of dat wordt geëxporteerd.

11. Art. 6 lid 1 van de Mededingingswet.

12. Art. 101 lid 1 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).

niet meer of niet meer volledig behoeven te worden onderzocht, rechtvaardigt in zijn algemeenheid niet de conclusie dat het merkbaarheidsvereiste dan in het geheel niet meer zou gelden.<sup>13</sup> Voor het vaststellen van een merkbaar effect is echter uitdrukkelijk geen uitvoerig marktonderzoek vereist, maar volstaat in de regel de constatering dat de bij de afspraak betrokken partijen geen onbeduidende positie innemen.<sup>14</sup> Hoewel alle afspraken in hun economische en juridische context moeten worden beoordeeld, geldt voor een aantal afspraken dat zij vrijwel altijd een doelbeperking zullen opleveren. Afspraken over prijzen of over de hoeveelheid te produceren producten (quoteringsafspraken) zijn voorbeelden daarvan.<sup>15</sup> Bij gebreke van een doelbeperking is het uitgangspunt andersom. Het kartelverbod wordt alleen overtreden als uit gedegen marktonderzoek blijkt dat de afspraak merkbare concurrentiebeperkende gevolgen sorteert.<sup>16</sup>

### 3.2. Uitzondering kartelverbod

Als een afspraak voldoet aan de voorwaarden van het kartelverbod, is deze uitsluitend toegestaan als de positieve effecten van de afspraak opwegen tegen de negatieve effecten die de overtreding van het kartelverbod meebrengt. Hiervan is sprake als de afspraak voldoet aan de uitzonderingsvoorwaarden uit een groepsvrijstelling,<sup>17</sup> en/of de wettelijke uitzondering op het kartelverbod.<sup>18</sup> Er is sprake van een tweetrapsraket. Een afspraak behoeft pas te worden getoetst aan de uitzonderingen nadat is vastgesteld dat de afspraak in strijd is met het kartelverbod. Om te bewijzen dat de positieve effecten opwegen tegen de negatieve, vereist de wettelijke uitzondering dat een afspraak:

- i. efficiëntievoordelen oplevert,
- ii. waarvan een redelijk deel de gebruikers ten goede komt, terwijl
- iii. de mededingingsbeperkingen noodzakelijk zijn om de voordelen te bereiken, en er
- iv. voldoende restconcurrentie overblijft.

Hoewel de wettelijke uitzondering niet a priori bepaalde soorten overeenkomsten uitsluit, is toepassing ervan op doelbeperkingen minst genomen lastig. De Europese Commissie gaat er namelijk van uit dat doelbeperkingen in beginsel niet voldoen aan de eerste twee voorwaarden uit de wettelijke uitzondering.<sup>19</sup> De Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) legt de wettelijke uitzondering zodanig uit dat deze in principe voorschrijft dat een eventuele concurrentiebeperking slechts dan is toegestaan als de welvaart van consumenten ondanks de concurrentiebeperking aantoonbaar toeneemt.

## 4. Analyse ACM van de 'Kip van Morgen'

Hoewel de 'Kip van Morgen' een initiatief is van private organisaties uit de pluimvee-sector, de verwerkende industrie en de supermarktsector, kwalificeert de ACM het initiatief als een inkoopafpraak. Alleen de betrokken supermarktketens passen hun inkoopvoorwaarden aan aan de criteria van de 'Kip van Morgen'. Zij beogen dientengevolge alleen kippenvleesproducten in te kopen (en dus te verkopen) die ten minste daaraan voldoen. De ACM heeft zonder uitvoerige motivering vastgesteld dat de 'Kip van Morgen' in strijd is met zowel het Europese als het nationale kartelverbod. De 'Kip van Morgen' is daardoor volgens de ACM uitsluitend toegestaan als wordt voldaan aan de voorwaarden voor de wettelijke uitzondering. De ACM concludeert dat aan géén van de vier cumulatieve uitzonderingsvereisten wordt voldaan.

De ACM is in de eerste plaats van mening dat de 'Kip van Morgen' geen economisch voordeel oplevert. Daartoe heeft ACM zowel de meerwaarde als de meerkosten van de 'Kip van Morgen' per kilo kipfilet gekwantificeerd. De meerwaarde per kilo bestaat volgens de ACM uit (i) de bereidheid van consumenten om EUR 0,68 meer te betalen voor de 'Kip van Morgen', en (ii) 0,14 EUR aan positieve milieueffecten. Deze meerwaarde weegt volgens de ACM niet op tegen de meerkosten van EUR 1,46 per kilo. De consument zou dus meer moeten betalen dan hij bereid is te doen. De ACM is er daarbij van uitgegaan dat alle meerkosten als gevolg van de 'Kip van Morgen' volledig worden afgewenteld op consumenten. Omdat de 'Kip van Morgen' geen economisch voordeel oplevert, kan ook niet aan de tweede uitzonderingsvoorwaarde worden voldaan. Zonder economisch voordeel is het niet mogelijk

13. HR 16 september 2011, r.o. 3.9.3, ECLI:NL:HR:2011:BQ2213.

14. CBb 7 december 2005, r.o. 6.5, ECLI:NL:CBb:2005:AU8309 en HR 16 januari 2009, r.o. 3.4, ECLI:NL:HR:2009:BG3582.

15. Zie p. 6 van de 'Guidance on restrictions of competition 'by object' for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, accompanying the De Minimis Notice' van 25 juni 2014, SWD (2014), 198 final.

16. HvJ 30 juni 1966 in zaak 56/65, ECLI:EU:C:1966:38.

17. Bijvoorbeeld de Verordening 1218/2010 van 14 december 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten, Verordening 316/2014 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht en Verordening 330/2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

18. De wettelijke uitzondering staat in art. 6 lid 3 Mw (de nationale uitzondering) respectievelijk 101 lid 3 VWEU (de Europese uitzondering).

19. Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81, lid 3, van het Verdrag Pb EU 2004, C 101, paragraaf 46.

om een billijk aandeel ervan aan gebruikers ten goede te laten komen.

Volgens de ACM zijn de afspraken evenmin noodzakelijk en proportioneel. De ACM wijst in dat kader op de mogelijkheid van supermarkten om zich van andere supermarkten te onderscheiden door er juist zelf voor te kiezen duurzaam kippenvlees met een keurmerk onder de aandacht van consumenten te brengen. De ACM benadrukt dat (een aantal) consumenten ook nu reeds bereid blijken om meer te betalen voor kipfilet met een 'Beter Leven' Keurmerk. De ACM veronderstelt dat er een dynamiek zichtbaar is die erop wijst dat partijen zich op de markt kunnen onderscheiden op het gebied van duurzaamheid en/of dierenwelzijn. Afspraken daarover zijn volgens de ACM juist daarom niet noodzakelijk.

Ook bij de toepasselijkheid van het vierde uitzonderingscriterium plaatst de ACM haar vraagtekens. Zij baseert haar oordeel dat voldoende restconcurrentie ontbreekt op het grote aandeel van de aan de 'Kip van Morgen' deelnemende supermarkten in de totale verkoop van kippenvlees. Andere afzetkanalen die geen deel uitmaken van de 'Kip van Morgen', zoals poeliers en markthandelaren, bedienen slechts 5% van de consumentenkopers.

## 5. Commentaar

Een niet vrijgestelde overtreding van het kartelverbod heeft zowel bestuursrechtelijke als civielrechtelijke consequenties voor de betrokken ondernemingen en de natuurlijke personen die opdracht (of feitelijke leiding) geven aan het kartel. Bestuursrechtelijk kunnen toezichthouders aan zowel ondernemingen als natuurlijke personen een boete opleggen.<sup>20</sup> Bovendien zijn met het kartelverbod strijdige afspraken nietig en dus niet afdwingbaar bij de civiele rechter.<sup>21</sup> Naast juridische consequenties kan een overtreding van het kartelverbod ook economische gevolgen hebben, bijvoorbeeld in de vorm van imago schade voor de betrokken ondernemingen (en natuurlijke personen).

Als gevolg van de omvang van de 'Kip van Morgen' en de politieke interesse ervoor, is de wijze waarop de ACM duurzaamheidsinitiatieven beoordeelt onder een maatschappelijk vergrootglas komen te liggen. Zo heeft op 4 juni 2015 nog een debat plaatsgevonden over duurzaamheidsinitiatieven<sup>22</sup> en hebben belangenorganisaties bij de voedselketen een oproep gedaan aan de minister om de ruimte

voor duurzaamheidsafspraken te vergroten.<sup>23</sup> Op 19 juni 2015 heeft de minister van Economische Zaken laten weten dat de ACM in het algemeen 'te streng' is bij de beoordeling van duurzame initiatieven van bedrijven.<sup>24</sup>

Voor de beoordeling van duurzaamheidsafspraken door de ACM heeft de Minister van Economische Zaken de Beleidsregel mededinging en duurzaamheid<sup>25</sup> opgesteld. Tegelijkertijd heeft de ACM in het Visiedocument Mededinging & Duurzaamheid verwoord hoe zij aankijkt tegen de verhouding tussen duurzaamheidsinitiatieven en het kartelverbod.<sup>26</sup> Zowel de wijze waarop de ACM duurzaamheidsinitiatieven toetst aan het bestaande mededingingsrechtelijke kader als het mededingingsrechtelijke toetsingskader waaraan de ACM is gebonden, lenen zich voor een kritische observatie.

### 5.1. Een publieke waarschuwing in plaats van een besluit

Een eerste observatie betreft de wijze van handhaving. Op basis van traditionele handhavingsmethoden stelt de ACM in principe op basis van een (boete)besluit vast dat het kartelverbod is overtreden. Sinds haar oprichting in 2013 hecht de ACM meer waarde (dan haar rechtsvoorgangers) aan informele handhavingsmethoden in de vorm van bijvoorbeeld publieke waarschuwingen en informele zienswijzen. Recent heeft de ACM een informeel oordeel geveld over diverse gezamenlijke duurzaamheidsinitiatieven zoals de sluiting van kolencentrales,<sup>27</sup> energiebesparende renovatie van woningen<sup>28</sup> en nu de 'Kip van Morgen'.

20. Alleen de ACM kan bij overtreding van het nationale kartelverbod een boete opleggen aan natuurlijke personen die opdracht of feitelijk leiding hebben gegeven aan het kartel. De Europese Commissie heeft die bevoegdheid niet bij toepassing van het Europese kartelverbod.

21. Art. 6 lid 2 Mededingingswet.

22. <http://www.tweedekamer.nl/vergaderingen/commissievergaderingen/details?id=2015A01517>.

23. Brief van 11 juni 2015 van coalitie van bedrijfsleven en maatschappelijke organisaties belangenorganisaties aan de Minister van Economische Zaken, te raadplegen via: <http://www.vno-ncw.nl/SiteCollectionDocuments/Brieven/BRF%20Minister%20Kamp%20ACM-brief%20MRO%203.pdf>.

24. *Het Financieel Dagblad* 19 juni 2015, p. 4.

25. Besluit van de Minister van Economische Zaken van 6 mei 2014, nr. WJZ / 14052830, houdende beleidsregel inzake de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt van art. 6, derde lid, van de Mededingingswet bij mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid.

26. Visiedocument Mededinging & Duurzaamheid Mei 2014.

27. Analyse van 26 september 2013 van de Autoriteit Consument en Markt met betrekking tot de voorgenomen afspraak tot sluiting van 80er jaren kolencentrales in het kader van het SER Energieakkoord, te raadplegen via: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12033/Notitie-ACM-over-sluiting-5-kolencentrales-in-SER-Energieakkoord/>.

28. *Guidance ACM inzake 'De Stroomversnelling'* van 5 december 2013, te raadplegen via: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12382/Guidance-ACM-inzake-De-Stroomversnelling/>, en *Reactie ACM De Stroomversnelling energieneutrale huurwoningen* van 15 januari 2015 te raadplegen via <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13741/Reactie-ACM-De-Stroomversnelling-energieneutrale-huurwoningen/>.

De alternatieve handhavingwijze van de ACM heeft als positief effect dat zij op korte termijn kan inspringen op actuele thema's. Bovendien worden boetes en de onvermijdelijk daaropvolgende procedures voorkomen.

Aan de publieke waarschuwingen van de ACM zit echter ook een onbevredigende keerzijde. Omdat de beweerde overtreding van het kartelverbod door de 'Kip van morgen' niet bij besluit is vastgesteld, is de ACM ook niet gebonden aan de voor een besluit geldende motiverings- en bewijsverplichtingen. Evenmin staat de analyse van de ACM open voor bezwaar en beroep. De publiciteit die gepaard gaat met een publieke waarschuwing naar aanleiding van een analyse van de ACM, heeft er wel toe geleid dat de 'Kip van Morgen' in zijn voorgestelde vorm is afgeblazen zonder dat bij onherroepelijk besluit is vastgesteld dat het kartelverbod erdoor wordt overtreden. Dat vinden wij onbevredigend, zeker nu de ACM maar heel summier motiveert waarom naar haar oordeel het kartelverbod wordt overtreden (waarover hierna meer).

## 5.2. ACM weegt publieke belangen niet mee bij toets aan kartelverbod maar uitsluitend bij uitzondering

Uit de analyse van de ACM over de 'Kip van Morgen' bevestigt de ACM de in het Visiedocument verwoorde lijn dat zij (min of meer categorisch) weigert om publieke belangen, zoals duurzaamheid, mee te wegen bij de toets of het kartelverbod überhaupt wordt overtreden. Dierenwelzijn kan volgens de ACM geen doel op zich zijn van het mededingingsrecht, maar moet worden vertaald naar de waarde die verhoogd dierenwelzijn voor consumenten vertegenwoordigt. Een fundamenteel bezwaar is dat het vanuit moreel oogpunt wellicht niet in het publieke belang is om dierenwelzijn te vertalen naar een louter economische waarde voor de consument.

Omdat de ACM sinds de invoering van de Beleidsregel en het Visiedocument niet meer bij besluit heeft geoordeeld over duurzaamheidsinitiatieven, is nog niet aan een rechter voorgelegd of het standpunt van de ACM juist is dat publieke belangen niet kunnen worden meegewogen in de beoordeling of het kartelverbod is overtreden. Voor de vaststelling van de Beleidsregel en het Visiedocument heeft de ACM wel duurzaamheidsinitiatieven getoetst aan de *uitzondering* op het kartelverbod nadat zij had vastgesteld dat het kartelverbod van toepassing is.<sup>29</sup> Er zijn echter handvatten om te betogen dat al in een eerder stadium, namelijk bij de beoordeling van afspraken op grond van het kartelverbod, ruimte bestaat om rekening te houden met publieke belangen die door de (al dan niet mededingingsbeperkende) afspraak worden gediend. Bij een positieve beoordeling zou in dat geval sowieso geen sprake zijn van een overtreding en is het

vanzelfsprekend ook niet langer noodzakelijk dat de afspraak voldoet aan (alle) voorwaarden uit de wettelijke uitzondering.

Het Hof van Justitie heeft in het Wouters-arrest geoordeeld dat bij de toepassing van het kartelverbod in een concreet geval telkens '*rekening moet worden gehouden met de algehele context waarbinnen het betrokken besluit is genomen of zijn werking ontplooit en meer in het bijzonder met de doelstellingen daarvan*'.<sup>30</sup> Als de belangrijkste doelstelling van de afspraak het publieke belang dient maar er wel concurrentiebeperkende gevolgen intreden, leidt de afspraak desondanks niet tot een overtreding van het kartelverbod als de concurrentiebeperkende gevolgen '*inherent zijn aan deze nagestreefde doeleinden*' (de ACM betitelt de Wouters-doctrine daarom als de leer van de inherente beperkingen).<sup>31</sup> De Wouters-doctrine kan niet worden toegepast op alle concurrentiebeperkende afspraken met een legitiem publiek doel. Als bijkomende voorwaarde heeft het Hof van Justitie namelijk gesteld dat de mededingingsbeperkende afspraken noodzakelijk en proportioneel moeten zijn om het beoogde legitieme maatschappelijke doel te bereiken. De afspraken over publieke doelstellingen behoeven daarentegen niet per definitie positieve welvaartseffecten voor consumenten te hebben.<sup>32</sup> Op grond van de Wouters-doctrine is van een overtreding van het kartelverbod daarom geen sprake als de publieke belangen die door de afspraak worden gediend aantoonbaar opwegen tegen een eventuele mededingingsbeperking. In feite zou toepassing van de Wouters-doctrine in zekere zin een weging tussen 'duurzaamheidswinst' en consumentenwelvaartsverlies meebrengen.<sup>33</sup> Deze rechtspraak impliceert dat bepaalde maatschappelijke doelen niet (goed) kunnen en hoeven te worden vertaald naar voordeel voor de consumentenwelvaart, maar desondanks toelaatbaar zijn omdat dat het kartelverbod gewoonweg niet wordt overtreden. Daarmee heeft het Hof van Justitie een ingang gecreëerd voor overwegingen van maatschappelijk belang om een (doorslaggevende) rol te spelen bij de juridische beoordeling van afspraken op grond van het kartelverbod. Toepassing van de Wouters-doctrine zou in vergelijking met de door ACM uitgevoerde analyse betekenen dat niet hoeft te worden aangetoond dat de 'Kip van Morgen' efficiëntievoordelen oplevert die ten goede komen aan de portemonnee van de eindgebruikers. Een positief maatschappelijk effect kan volstaan. Het Hof van Justitie laat twee belangrijke vragen over de mogelijke toepasselijkheid van de leer van

29. Zie bijvoorbeeld besluit van de NMa [ACM] van 19 juni 2003 in zaak 2495, Wit- en Bruingoed - NVMP - Zaanse Schroothandel.

30. HvJ van 19 februari 2002 in zaak C-309/99 (Wouters/Nederlands Orde van Advocaten), r.o. 97, zie ook: HvJ EG, 18 juli 2006, zaak C-519/04 (Meca Medina), HvJ EG, 18 februari 2013, zaak C-1/12 (OTOC), HvJ EG, 18 juli 2013, zaak C-136/12 (CNG).

31. Wouters r.o. 97.

32. Zie ook Mr. E.H. Pijnacker Hordijk, 'Beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod', *M&M* 2013-6, p. 187-195.

33. Dr. A. Gerbrandy, 'Duurzaamheidsbelangen in het mededingingsrecht', *NtER* 2013-9, p. 326-332.

inherente beperkingen op duurzaamheidsinitiatieven in het algemeen (en de 'Kip van Morgen' in het bijzonder) onbeantwoord. In de eerste plaats weten ondernemingen niet welke maatschappelijke belangen in aanmerking komen voor een beroep op de Wouters-doctrine. In de tweede plaats weten ondernemingen niet wanneer hun mededingingsbeperkende afspraak noodzakelijk en proportioneel (en dus inherent aan de afspraak) is om het beoogde maatschappelijke doel te bereiken. De ACM stelt zich in het Visiedocument op het standpunt dat zij de Wouters-doctrine niet kan toepassen omdat deze punten nog onvoldoende zijn uitgekristalliseerd.<sup>34</sup> Het risico bestaat echter dat een vicieuze cirkel ontstaat. Door de publieke waarschuwingen van de ACM wordt de mogelijkheid om rechtszekerheid te verkrijgen over de toepasselijkheid van de Wouters-doctrine op duurzaamheidsinitiatieven in de kiem gesmoord. Ondernemingen kunnen het (boete en publicitaire) risico niet nemen om hun duurzaamheidsinitiatief voort te zetten na een waarschuwing van de ACM. Daarmee blijft een besluit van de ACM en dus bestuursrechtelijke jurisprudentie uit.

Wij zijn het met de ACM eens zijn dat er nog weinig jurisprudentie bestaat over de toepassing van de Wouters-doctrine op duurzaamheidsafspraken. Er zijn echter wel degelijk argumenten om te betogen dat de 'Kip van Morgen' van de Wouters-doctrine kan profiteren.

In de eerste plaats dient te worden vastgesteld dat dierenwelzijn een legitiem publiek belang is. Hoewel deze horde laag lijkt, is het enige bekende beroep op de Wouters-doctrine door het Gerechtshof Arnhem verworpen. Het betrof een zaak waarbij een ondernemingsvereniging van paardenfokkers die aan haar leden een fokbeperking had opgelegd om inteelt te voorkomen. Omdat de ondernemingsvereniging onvoldoende had gemotiveerd dat 'het behouden, verbeteren en promoten van het Friese paard met zijn karakteristieke exterieur, gangen en karakter' een legitieme doelstelling was, diende de fokbeperking integraal aan het kartelverbod (en de uitzonderingen) te worden getoetst.<sup>35</sup>

Het is echter goed verdedigbaar dat voldoende gemotiveerd kan worden dat dierenwelzijn (in tegenstelling tot het behoud van het Friese paard) kan worden aangemerkt als legitieme publieke doelstelling. Bij het formuleren en uitvoeren van het beleid van de EU op het gebied van de interne markt zijn lidstaten verplicht om rekening te houden met dierenwelzijn.<sup>36</sup> Bovendien wordt aan ondernemingen de mogelijkheid geboden om die (Europese) publieke doelstelling (al dan niet naast de overheid) na te streven. Daartoe moet een voldoende duidelijk raamwerk bestaan dat ondernemingen in staat stelt om in onderling overleg gezamenlijk bevoor-

ring van het dierenwelzijn na te streven.<sup>37</sup> Dat lijkt in casu het geval. Naar het zich laat aanzien is de 'Kip van Morgen' namelijk tot stand gekomen in nauwe samenwerking met het (toenmalige) Productschap Pluimvee en Eieren, thans (onder meer) overgeheveld naar de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO). Daarenboven is er een duidelijke en uitgesproken nationale 'politieke wil' dat de sector door middel van private initiatieven tot overeenstemming komt over de wijze waarop dierenwelzijn bevorderd kan worden, zoals onder meer blijkt uit het regeerakkoord 'Bruggen slaan':

*'Dierenwelzijn is belangrijk en leeft breed onder de bevolking. De afgelopen jaren is veel verbeterd en die lijn trekken we door. De komende jaren wordt dierenwelzijn verder verankerd in de intensieve veehouderij. Uitgangspunt is het advies van de commissie Van Doorn. We ondersteunen samenwerking van organisaties binnen de voedselketen op het terrein van dierenbescherming, consumentenbelangen, landbouw en levensmiddelenhandel.'*<sup>38</sup>

Uit de teleurstelling die spreekt uit de kabinetsreactie op de publieke waarschuwing van de ACM lijkt te volgen dat naar het oordeel van het kabinet het publieke belang van dierenwelzijn op zijn minst kan worden gewogen tegen het mededingingsbelang.

*'Om ook economisch duurzaam te kunnen blijven produceren zijn nieuwe marktstrategieën en verdienmodellen nodig. [...] [Wij vinden] het jammer dat de ACM de Kip van Morgen in strijd acht met de mededingingsregels. Er bestaat veel waardering voor het bedrijfsleven dat de handschoen heeft opgepakt om van kippenvees een duurzaam product te maken. Wij hopen van harte dat partijen in staat zullen zijn de afspraken zodanig vorm te geven dat ze de mededingingstoets wel kunnen doorstaan. In ieder geval is het van belang dat de verbetering van het welzijn van de kippen doorgang vindt.'*<sup>39</sup>

Het enkele feit dat een maatschappelijk belang wordt nagestreefd is niet voldoende voor toepassing van de Wouters-doctrine. De beperking van de mededinging moet bovendien proportioneel en noodzakelijk zijn. De ACM heeft geoordeeld dat de

34. Visiedocument, p. 8 – 9.

35. Gerechtshof Arnhem van 17 november 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL7079.

36. Art. 13 VWEU.

37. J. Mulder, Op het snijvlak van onafhankelijkheid en openheid: wat is de rol van de ACM in een duurzame maatschappij, *SEW* nr. 12, december 2014, p. 576.

38. Bruggen slaan Regeerakkoord VVD – PvdA 29 oktober 2012, p. 39, te raadplegen via <http://www.parlement.com/9291000/d/regeerakkoord2012.pdf>.

39. Kamerbrief met reactie op analyse ACM over de Kip van Morgen met kenmerk DGETM-MC / 15019286 van 19 maart 2015, te raadplegen via <http://www.rijks-overheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2015/03/19/kamerbrief-met-reactie-op-analyse-acm-over-de-kip-van-morgen.html>.

'Kip van Morgen' niet aan dat criterium voldoet, omdat volgens haar analyse partijen ook zelfstandig zouden kunnen overgaan tot implementatie van de 'Kip van Morgen'. Hét probleem bij duurzaamheidsinitiatieven zoals de 'Kip van Morgen' is dat zij leiden tot verhoging van de productiekosten. Zonder bindende afspraken zullen er altijd partijen zijn die trachten een concurrentievoordeel te behalen door de duurzaamheidsinitiatieven te omzeilen. De dreiging van concurrentie die van de mogelijkheid van omzeilingsgedrag uitgaat, kan andere ondernemingen ontmoedigen de standaard zelfstandig in te voeren.

### 5.3. Beperkte motivering overtreding kartelverbod

Een derde observatie is dat de ACM maar heel summier motiveert waarom naar haar oordeel het kartelverbod wordt overtreden. Om een doelbeperking vast te stellen is de ACM verplicht om aan te tonen waarom de 'Kip van Morgen' in de relevante economische en juridische context een mededingingsbeperkend doel zou hebben. Daartoe is de ACM echter uitsluitend gehouden als zij een overtreding bij besluit vaststelt. In haar publieke waarschuwing over de 'Kip van Morgen' is de motivering van een overtreding van het kartelverbod beperkt. Dat wringt des te meer omdat de ACM de 'Kip van Morgen' aanmerkt als een inkoopafpraak.

Van inkoopafspraken wordt in het algemeen juist aangenomen dat zij geen mededingingsbeperkend doel hebben.<sup>40</sup> Een inkoopafpraak behoort in ieder geval niet tot de klassieke kartels, zoals prijs- en marktverdelingsafspraken, die door de Europese Commissie in het algemeen worden aangemerkt als doelbeperking.<sup>41</sup> Evenmin kan de 'Kip van Morgen' worden vergeleken met een klassiek (en in beginsel verboden) capaciteitsreductiekartel.<sup>42</sup> Zulke afspraken zijn namelijk uitdrukkelijk gericht op het permanent terugdringen van (over)capaciteit, waardoor zij worden ondersteund door afspraken om investeringen in uitbreiding aan banden te leggen. Dat gebeurt bij de 'Kip van Morgen' uitdrukkelijk niet, omdat kippenhouders de vrijheid behouden om hun productie te verhogen en te investeren in (duurzame) productiemethoden dan wel hun niet duurzame kip af te zetten aan andere partijen dan de deelnemende supermarkten.

Nu betoogd kan worden dat de 'Kip van Morgen' (voornamelijk) een niet concurrentiebeperkend doel beoogt, had het in de reden gelegen dat de ACM

de beweerde mededingingsbeperking nader had gemotiveerd. Bij gebreke van een concurrentiebeperkend doel zou een overtreding vervolgens pas kunnen worden vastgesteld na uitgebreid onderzoek naar de gevolgen ervan. De beperkte motivering van de ACM is des te onbevredigender in het licht van een zienswijze die de ACM heeft gegeven in een vergelijkbare casus over de 'Verklaring van Noordwijk'.<sup>43</sup>

In de 'Verklaring van Noordwijk' zijn supermarkten in breed overleg met belanghebbenden uit de varkenssector onderling overeengekomen dat zij geen niet-verdoofd gecastreerde varkens meer zullen in- en verkopen. Varkensslachterijen moesten daardoor extra (verdoovings)kosten dragen. Om varkensslachterijen in de gelegenheid te stellen om de verdoovingsapparatuur te kopen is door de supermarkten een fonds opgericht waarop varkensslachterijen hun investeringen konden verhalen. Door de bijdrage van de supermarkten in het fonds steeg de inkoopprijs van varkensvlees (tijdelijk) met EUR 0,03 per kilo.

De vergelijkingen tussen beide casus zijn treffend. Beide initiatieven zijn breed gedragen in de sector. De doelstelling en wijze van uitvoering is grotendeels identiek, aangezien supermarkten zich ertoe verbinden om een hogere inkoopprijs te betalen in ruil voor verhoogd dierenwelzijn. In beide gevallen stond het de verkopers (slachterijen respectievelijk pluimveehouders) bovendien vrij om vlees te produceren dat niet voldoet aan de 'Kip van Morgen' respectievelijk de 'Verklaring van Noordwijk' voor afzet via andere kanalen (reguliere slagers, buitenlandse supermarkten).

De belangrijkste verschillen tussen de 'Kip van Morgen' en de 'Verklaring van Noordwijk' zijn dat de door ACM vastgesteld meerprijs bij de 'Kip van Morgen' hoger is dan bij de 'Verklaring van Noordwijk' en dat de investering in de verdoovingsapparatuur in het kader van de 'Verklaring van Noordwijk' eenmalig was waardoor de ACM ervan uitging dat de kostprijs door de 'Verklaring van Noordwijk' slechts tijdelijk zou worden verhoogd. Ondanks de gelijkenissen tussen de casus kwam de ACM in haar informele zienswijze over de 'Verklaring van Noordwijk' tot een diametraal ander oordeel: *'[...] Op voorhand kan niet worden geoordeeld dat deze afspraken die voortvloeien uit de 'Verklaring van Noordwijk' de strekking hebben om de mededinging te beperken of evident mededingingsbeperkende effecten tot gevolg hebben, in ieder geval zolang de slachterijen de keuzevrijheid behouden om zowel vlees van verdoofd als van niet-verdoofd gecastreerde varkens te verkopen via het Out Of Home-kanaal, de slagerijen, de categorie overig en de export.'*

40. Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pb EU* 2011, C 11, rnr. 205-206.

41. *'Guidance on restrictions of competition 'by object' for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, accompanying the De Minimis Notice'* van 25 juni 2014, SWD (2014), 198 final.

42. HvJ van 20 november 2008 in zaak C-209/07 (BIDS e.a.), ECLI:EU:C:2008:643.

43. Informele zienswijze van de ACM [NMa] van 27 oktober 2008 in zaak 6456, verdoofd castreren van varkens.

#### 5.4. De ACM past de wettelijke uitzondering (te) streng toe

De ACM heeft de positieve effecten van duurzaamheidsafspraken zoals de 'Kip van Morgen' alleen maar in het kader van de wettelijke uitzondering op het kartelverbod beoordeeld, omdat zij van oordeel is dat de voorgestelde afspraak in strijd is met het kartelverbod. In haar onderzoek weegt de ACM slechts aantoonbaar positief effect op de consumentenwelvaart mee. Bij de toepassing van de wettelijke uitzondering wordt onderzoek gedaan 'naar de positieve economische gevolgen' van de afspraak, waarbij moet worden vastgesteld of de beperkingen objectieve economische voordelen opleveren die opwegen tegen de negatieve effecten van de mededingingsbeperking. De maatstaf die de ACM in haar analyse van de 'Kip van Morgen' hanteert lijkt – anders dan de Wouters-doctrine – ongeschikt voor de beoordeling van commerciële beperkingen die inherent zijn aan een niet-economisch belang als dierenwelzijn.<sup>44</sup> Als het hoofddoel duurzaamheid, is dan is het goed mogelijk dat er in het geheel geen sprake is van economisch voordeel. Door de nadruk te leggen op consumentenwelvaart worden niet-economische belangen slechts beperkt meegewogen in de Analyse van de ACM. Dierenwelzijn figureert niet in de beoordeling. Wel heeft de ACM het belang voor de volksgezondheid en het milieu in geldelijke waarde voor de consument proberen uit te drukken. Het probleem van deze benadering is uiteraard dat moet worden uitgegaan van bepaalde veronderstellingen en onvoorziebare (positieve) gevolgen op de lange termijn niet kunnen worden meegewogen. Bij de waardering van de milieueffecten houdt de ACM bijvoorbeeld uitsluitend rekening met de verminderde uitstoot van vervuulende stoffen als gevolg van de 'Kip van Morgen' (consumentenwaarde EUR 0,14), terwijl de waardering voor de gezondheidszorg is beperkt tot de waarde van de antibioticareductie (waarde nihil).<sup>45</sup> Minder tastbare en/of monetariseerbare positieve gevolgen, zoals behoud van de biodiversiteit, zijn niet in de Analyse betrokken. Daarmee lijkt de ACM af te wijken van haar eerdere beschikkingenpraktijk waarin de milieuwaarde niet uitdrukkelijk is gemonetariseerd maar is verondersteld dat deze zich op de lange(re) termijn zal openbaren: *'Ook afnemers zullen profiteren van de voordelen van het gebruik van minder milieubelastende verpakkingen. Enerzijds omdat daarmee een meer duurzame economische ontwikkeling wordt bevorderd, anderzijds omdat zij ook zullen profiteren van de kostenbesparingen die zeker op langere termijn kunnen worden gerealiseerd.'*<sup>46</sup>

44. M. Mulder, S. Zomer, T. Benning en J. Leenheer, *Economische effecten van 'Kip van Morgen', Kosten en baten voor consumenten van een collectieve afspraak in de pluimveehouderij*, Economisch bureau ACM, oktober 2014.

45. Idem, p. 18 – 23.

46. Besluit van de NMa van 9 juli 1999 in zaak 492, BVN,

De ACM wijkt in haar analyse bovendien af van eerdere beschikkingen door niet mee te wegen dat de hogere kosten van de 'Kip van Morgen' niet noodzakelijkerwijs zullen worden doorberekend aan volgende schakel in de productieketen. In het verleden is een duurzaamheidsinitiatief dat kostenverhogende gevolgen had namelijk onder meer door ACM verboden omdat het initiatief de deelnemers tevens verplichtte om die verhoogde productiekosten door te berekenen aan hun afnemers.<sup>47</sup> Het voorstel voor de 'Kip van Morgen' bevat uitdrukkelijk geen verplichting tot doorberekening van de kosten naar de opvolgende schakels. Pluimveehouders mogen ervoor kiezen om de hogere kosten al dan niet door te berekenen aan supermarkten. Voor zover pluimveehouders hogere prijzen zouden bedingen voor de 'Kip van Morgen', staat het supermarkten op hun beurt vrij om hun hogere inkoopprijs al dan niet door te berekenen aan de consument. Het feit dat zowel pluimveehouders als supermarkten de prijs van de 'Kip van Morgen' zelf bepalen, houdt naar ons inzien bovendien al in dat er (rest)concurrentie overblijft.

De consumentenwelvaart is volgens de ACM niet gediend met de 'Kip van Morgen'. In de analyse van de ACM is namelijk haar oordeel verrat dat de 'Kip van Morgen' de plofkip ook zonder afspraken tussen supermarkten uit het schap zou verdringen, namelijk als consumenten kippenwelzijn dusdanig belangrijk vinden dat zij de meerprijs ervoor willen betalen. Kennelijk is de bereidheid te betalen daarvoor volgens ACM niet groot genoeg. Het nastreven van dierenwelzijn wordt in handen van de consument gelegd en gezien als een louter geldelijke afweging. Hoewel de ACM een enquête heeft gedaan naar de bereidheid te betalen voor de 'Kip van Morgen', zal de doorsneeconsument die voor het schap met een aankoopbeslissing wordt geconfronteerd niet consequent dierenwelzijn in ogenschouw nemen. Daarmee wordt een situatie gecreëerd die doet denken aan een 'tragedy of the commons'. De maatschappij in zijn geheel streeft weliswaar naar de bevordering van dierenwelzijn en ondersteunt initiatieven zoals de 'Kip van Morgen', maar veel individuele consumenten streven naar zo laag mogelijk kosten waardoor zij bij vrije keuze veelal de goedkoopste optie (de plofkip) kiezen.

Hoe nu verder

Er lijken meerdere mogelijkheden om de 'Kip van Morgen' (al dan niet in aangepaste vorm) alsnog doorgang te kunnen laten vinden. Hierbij dient gedacht te worden aan de suggestie van het ACM dat supermarkten niet overeenkomen om geen kip meer te kopen die niet voldoet aan de eisen uit de 'Kip van Morgen'. Zelfstandig marktgedrag van ondernemingen valt namelijk niet onder het toepassingsbereik van het kartelverbod. In dat geval is het aan supermarkten om uitsluitend nog duurzame

rnr. 72. Zie ook besluit NMa [ACM] van 19 juni 2003 in zaak 2495 (Wit- en Bruingoed - NVMP - Zaanse Schroothandel), rnr. 102.

47. Besluit van de NMa [ACM] van 9 juli 1999 in zaak 4.



kip te verkopen maar zijn zij daartoe niet op grond van de 'Kip van Morgen' verplicht. Ook is volgens de ACM verdergaande samenwerking in de informatievoorziening mogelijk. Hierbij kan gedacht worden aan een gezamenlijke reclamecampagne ter promotie van duurzame kip.

Er kan ook voor gekozen worden om ondanks de publieke waarschuwing van de ACM door te gaan met het initiatief zoals door de ACM in haar analyse is beoordeeld. Natuurlijk dient dan het risico te worden afgewogen dat ACM handhavend zal gaan optreden. Op het eerste gezicht geen aantrekkelijk vooruitzicht, zelfs als partijen van mening zijn dat zij een mededingingsrechtelijk sterke zaak hebben. Om de voorgestelde afspraken in het kader van de 'Kip van Morgen' uit te voeren zonder aan mededingingsrechtelijke risico's te worden blootgesteld, kunnen partijen daarom overwegen om een verklaring voor recht te vragen over de rechtmatigheid van de voorgenomen afspraken over de 'Kip van Morgen'. Zij zouden zich met een beroep op de Wouters-doctrine op het standpunt kunnen stellen dat het Europese en het Nederlandse mededingingsrecht zich niet verzetten tegen de afspraken die supermarkten ertoe verplichten om uitsluitend kip te kopen die voldoet aan de vereisten van de 'Kip van Morgen'. Daarnaast kan een verklaring worden gevorderd dat de Staat zich onrechtmatig heeft gedragen jegens partijen bij de 'Kip van Morgen' door de publicatie van de Analyse van de ACM. De rechtszekerheid over de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van gezamenlijke duurzaamheidsinitiatieven zou met een procedure tot verkrijging van een verklaring voor recht zijn gebaat. De rechter zou zich namelijk moeten buigen over de vraag of duurzaamheidsinitiatieven met een beroep op de Wouters-doctrine buiten het toepassingsbereik van het kartelverbod kunnen vallen. Waarschijnlijk is wel een lange adem vereist. Naast de gebruikelijke (nationale) beroepsmogelijkheden, kan namelijk niet worden uitgesloten dat de nationale rechter zich daarom genoodzaakt zal zien om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie in Luxemburg.<sup>48</sup> De verklaring voor recht betreft immers (ook) de uitleg van Europees recht. De vergelijking kan worden getrokken met de verklaring voor recht die door FNV Kiem is gevraagd naar aanleiding van het Visiedocument van de ACM over *Cao-tariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet*.<sup>49</sup> In deze procedure betwist FNV Kiem het door de ACM in het Visiedocument ingenomen standpunt dat de Mededingingswet geen tariefafspraken voor zelfstandigen in cao's toestaat. Het Visiedocument dateert van december 2007 en hoewel het Hof van Justitie inmiddels prejudiciële vragen van het Gerechtshof Den Haag heeft beant-

woord<sup>50</sup>, is het einde van de door FNV Kiem aangevangen procedure nog niet in zicht.

Zoals uit ons commentaar op de analyse van de ACM blijkt, zijn wij van oordeel dat de duurzaamheidsafspraken over de 'Kip van Morgen' op basis van de Wouters-doctrine en de wettelijke uitzondering binnen het huidige mededingingsrechtelijke kader toelaatbaar kunnen zijn. Gelet op de onzekerheid daarover kan de wetgever overwegen om zekerheid te verschaffen door duurzame kip via wijzigingen in de wet en regelgeving te realiseren. Gedacht kan worden aan het vaststellen van zwaardere wettelijke eisen voor de productie van kippenvlees en/of aanpassing van de wettelijke uitzondering op het kartelverbod.

In beide gevallen dient rekening te worden gehouden met Europa. Strenge(re) nationale regelgeving op het gebied van duurzaamheid dan Europa voorschrijft, kan namelijk een (al dan niet toelaatbare) beperking van het vrij verkeer van goederen opleveren. Daarbij komt dat de Minister in zijn eerder aangehaalde reactie op de Analyse van de ACM juist uitdrukkelijk heeft vermeld dat het de voorkeur van het kabinet heeft dat duurzaamheidsdoelstellingen door private samenwerkingsinitiatieven en niet door wetgeving worden bewerkstelligd. Op het eerste gezicht ligt een wijziging van de wettelijke uitzondering om duurzaamheidsinitiatieven te faciliteren daarom meer in de rede. Voor aanpassing van de wettelijke uitzondering geldt dat die slechts betrekking mag hebben op duurzaamheidsafspraken die de interstatelijke handel niet beïnvloeden. Duurzaamheidsinitiatieven zijn in het algemeen echter slechts doeltreffend als zij sectorbreed worden geïmplementeerd. Aangenomen wordt dat de interstatelijke handel wordt beïnvloed bij sectorbrede plannen, ook al zijn bij die afspraken uitsluitend partijen uit een lidstaat betrokken.

In hun brief van 11 juni 2015 hebben de belangenorganisaties uit de pluimveesector de Minister opgeroepen om van het Nederlandse EU-voorzitterschap in 2016 gebruik te maken om de relatie tussen het mededingingsrecht en samenwerking op het gebied van duurzaamheid op de Europese agenda te zetten. Omdat zowel duurzaamheids- als samenwerkingsregulering veelal (ook) een Europeesrechtelijke component zullen hebben, is afstemming op Europees niveau zeker aan te bevelen als de minister beoogt de samenwerking op het gebied van duurzaamheid te bevorderen door middel van gewijzigde (nationale) wet- en regelgeving.

48. Gerechtshof Den Haag van 9 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5381.

49. Cao-tariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet Visiedocument van de Nederlandse Mededingingsautoriteit Den Haag, december 2007.

50. HvJ van 4 december 2014 in zaak C-413/13 (FNV Kiem tegen Staat der Nederlanden), ECLI:EU:C:2014:2411.