

# Artikel

## Responsief mededingingsrecht

Wolf Sauter\*

### Inleiding

In dit artikel bespreek ik het concept van de responsiviteit van het mededingingsrecht. Daarbij is mijn stelling dat effectieve handhaving van het mededingingsrecht responsief toezicht vereist dat open staat voor maatschappelijke en economische ontwikkelingen en inspeelt op het gedrag van ondernemingen. Daarbij wordt van het gedrag van ondernemingen zelf ook iets verwacht. En wel meer dan alleen het respecteren van de letter van de wet. Niet alles wat niet letterlijk verboden is, moet ook worden uitgetoet. Ook de geest van de norm moet worden gerespecteerd, mede met oog op de belangen van derden.

Ondernemingen hebben ten aanzien van hun gedrag dan ook verantwoordelijkheden ten opzichte van een groeiende kring belanghebbenden. In bredere zin is er voor ondernemingen sprake van een toenemend aantal zorgplichten en in toenemende mate van een verantwoordingsplicht. Denk bijvoorbeeld aan milieuaansprakelijkheid zoals die in de Shell-klimaatzaak in eerste aanleg door de rechtbank Den Haag is vastgesteld en nu door het Hof Den Haag opnieuw wordt beoordeeld, en die nu wordt ingeroepen tegen ING.<sup>1</sup>

\* Prof. mr. dr. ds. W. Sauter maakt deel uit van de directie mededinging van de Autoriteit Consument & Markt en is hoogleraar Law Markets and Behaviour aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Dit artikel is een bewerking van zijn oratie, uitgesproken op 26 april 2024. <https://hdl.handle.net/1871.1/3ba737ea-a458-45ef-aa8b-7c10cf158276>. Met dank aan Jotte Mulder, Mariska van de Sanden, Martijn Snoep en Rein Wesseling voor commentaar.

1 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (Klimaatzaak tegen Royal Dutch Shell). Zie L. Smeehuijzen, 'De veroordeling van Shell tot 45% CO<sub>2</sub>-reductie in 2030: Over legitimiteit en effectiviteit', *NJB* 2022, 97, p. 541-548; W. van Veen e.a., *De klimaatzaak tegen Shell* (Zifo Reeks), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

In dit artikel concentreer ik mij op de twee quasistrafrechtelijke componenten van het mededingingsrecht, het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie. De meer administratieve en daarom andersoortige component concentratiecontrole laat ik hier omwille van complexiteit en ruimtegebrek buiten beschouwing. Ik zal ingaan op de volgende drie vragen:

- Wat is responsief mededingingsrecht?
- Welke ruimte biedt het mededingingsrecht om in te spelen op maatschappelijke ontwikkelingen?
- Wat is daarbij de rol van het gedrag van ondernemingen zelf?

### Responsieve regulering en responsieve handhaving van het mededingingsrecht

#### Responsieve regulering

Om te duiden wat ik onder responsief mededingingsrecht versta, ga ik eerst in op het concept responsieve regulering dat hieraan ten grondslag ligt. Ondernemingen functioneren in dit wereldbeeld binnen een sociale context, en markten zijn sociale constructen die in belangrijke mate vormgegeven worden door het recht en regulering. Behalve positief recht speelt verantwoording naar de samenleving daarbij een rol: iedere onderneming heeft een zogenoemde *license to operate* nodig, met andere woorden een maatschappelijk draagvlak om zijn bestaan te kunnen verantwoorden. Het gedrag van ondernemingen en de mate waarin dit aanvaardbaar is, spelen vanzelfsprekend een rol bij het verwerven en behouden van die *license to operate*.

Eenzijds worden ondernemingen dus geacht zich te gedragen binnen de grenzen van wat maatschappelijk

aanvaardbaar wordt geacht. Anderzijds beïnvloeden ondernemingen zelf ook de perceptie van wat maatschappelijk aanvaardbaar is. Dit pleit voor responsieve regulering en handhaving die reageert op de opstelling van de ondernemingen die het aangaat. De ervaring leert dat de meerderheid van de ondernemingen in lijn met de geldende regels wil handelen, een kleinere groep af en toe over de schreef gaat, en een kleine minderheid bewust en systematisch de regels overtreedt zolang dat economisch gezien rationeel is. Responsieve regulering en responsieve handhaving zijn begrippen uit een regulerings­theorie die oorspronkelijk werd ontwikkeld in de jaren negentig van de vorige eeuw. Deze theorie probeerde een brug te slaan tussen rationeel en moreel handelen. Zij probeerde ook een brug te slaan tussen de scepsis over het nut van regulering dat in die jaren opgang deed en eerdere ideeën over het primaat van de staat.

De theorie van de responsieve regulering is vooral ontwikkeld door de Australische criminoloog John Braithwaite.<sup>2</sup> Hij benadrukt het belang van het combineren van overreding en dwang, samenwerking en afschrikking in een dynamisch spel van handhaving waarbij de gehele markt wordt betrokken, en niet slechts individuele ondernemingen. Responsieve regulering reageert op de wijze waarop ondernemingen met handhaving van normen omgaan. Dat wil zeggen dat welwillende ondernemingen vooral geïnformeerd moeten worden over wat normconform gedrag vereist. Bewuste overtredingen verdienen lik op stuk en recidivisten moeten onder uit de zak krijgen. De tussenliggende twijfelgevallen daarentegen moeten met milde dwang richting het rechte pad begeleid worden.

Figuur 1 Handhavingspiramide algemeen



Bron: Ayres & Braithwaite 1992, figuur 2.1 en 2.3 gecombineerd.

De handhavingspiramide van Braithwaite illustreert hoe dit werkt. Behalve een escalatie en de-escalatieladder is dit ook een weergave hoe ondernemingen verdeeld zijn naar hun mate van nalevingsbereidheid. De

grootste groep zit aan of dicht bij de basis van normconform gedrag en heeft baat bij overreding en *advocacy*. In het midden zitten partijen die baat hebben bij afschrikking. De piek van normovertreders wordt steeds smaller naarmate de overtredingen extremer en systematischer worden en eindigt met het uitschakelen van de betreffende ondernemingen.

Het streven is de welwillende ondernemingen die een misstap begaan naar de brede basis van *compliance* ofwel naleving toe te bewegen door eerst te escaleren en ze vervolgens een kans te geven hun leven te beteren. Wie zich daarentegen willens en wetens steeds verder naar boven in de piramide begeeft, verliest uiteindelijk zijn *social license to operate* en staat daarmee op de nominatie om te verdwijnen. Omdat het model uitgaat van het activeren van het leervermogen van ondernemingen werkt het goed voor bedrijven die herhaaldelijk met toezicht in aanraking komen en in het spel dus *repeat players* zijn. Dat lijkt mij echter geen voorwaarde. Ondernemingen leren ook van elkaars ervaringen.

Responsieve regulering is omwille van effectiviteit en legitimiteit zowel aantrekkelijker dan de klassieke focus op handhavingsdwang als aantrekkelijker dan een op volledige economisch rationaliteit gebaseerde benadering. Ik wil nu eerst kijken in hoeverre het Europese mededingingsrecht in deze zin al responsief genoemd kan worden.

### Responsiviteit van het mededingingsrecht

Het mededingingsrecht is een van de ingrijpendste instrumenten waarover de samenleving beschikt om ondernemingen te disciplineren, met boetes die kunnen oplopen tot miljarden euro's, het verbieden of juist opleggen van specifieke gedragingen en zelfs het opsplitsen van bedrijven als uiterste consequentie. Bovendien kan het in zijn mildere registers worden gebruikt om markten te onderzoeken, transparanter te maken, ondernemingen en consumenten effectiever te laten kiezen, en gedragsaanpassingen te bekrachtigen. Ook vormt het de basis voor private handhavingsacties, met name voor schadevergoeding. Het is dan ook mogelijk om een handhavingspiramide voor het mededingingsrecht te schetsen.<sup>3</sup>

2 Zie J. Braithwaite, 'Convergence in models of regulatory strategy', *Current Issues in Criminal Justice* 1990, p. 59-66; I. Ayres & J. Braithwaite, *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*, Oxford: Oxford University Press 1992; J. Braithwaite, *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2002.

3 W. Sauter, 'Towards responsive EU antitrust enforcement regarding pharmaceuticals', in: W. Sauter, M. Canoy & J. Mulder (red.), *EU competition law and pharmaceuticals*, Cheltenham: Edward Elgar 2022, p. 246-261, figuur 16.1.

Figuur 2 Handhavingspiramide voor het mededingingsrecht



Bron: Sauter 2022, figuur 16.1.

Deze schets is hier gedaan met een ruwe indeling in stoplichtkleuren. Aan de groene basis van de piramide ligt effectieve mededinging.<sup>4</sup> Waar die in het gedrang komt, zien we hoe vanaf informeren en waarschuwen wordt geëscaleerd naar toezeggingsbesluiten. Daarna volgen in oranje de last, clementiebesluiten, en schikkingen. Vervolgens het rood van gewone sanctiebesluiten tot dwanglicenties en structurele remedies – het gedwongen afstoten van bedrijfsonderdelen. Dit laatste is meteen al de overtreffende trap.

– Een goed voorbeeld van de responsieve handhaving van het mededingingsrecht is het gebruik van toezeggingsbesluiten. Hierbij wordt naar aanleiding van een mededingingsonderzoek formeel geen overtreding vastgesteld en ook geen sanctie of last opgelegd maar zegt de onderneming een gedragsverandering toe die vervolgens direct gehandhaafd kan worden omdat zij in een besluit wordt vastgelegd. Zo nam de Europese Commissie in 2021 een toezeggingsbesluit waarbij een excessieveprijzenzaak op het gebied van essentiële medicijnen ter bestrijding van bepaalde vormen van kanker tegen het farmaciebedrijf Aspen werd gestaakt in ruil voor prijsdalingen in de gehele Europese Ruimte van meer dan 70% en leveringsgaranties voor een periode van tien jaar.<sup>5</sup> Het toezeggingsbesluit bevatte een uitgebreide uitleg waarom het risico van investeringen en de mate van innovatie van belang zijn bij het

bepalen van een excessieve prijs, als handreiking voor volgende zaken. De toezeggingen zijn bovendien direct handhaafbaar met boetes.

- De Commissie nam eind 2022 een vergelijkbaar toezeggingsbesluit ten aanzien van misbruik van data en zelfbevoordeling van eigen diensten en van verkopers die gebruikmaakten van extra diensten op haar verkoopplatform door Amazon.<sup>6</sup>
- Een voorbeeld buiten de sfeer van de toezeggingsbesluiten is het Ad Blue kartelbesluit van de Commissie uit 2021 met boetes van in totaal € 875 miljoen aan een aantal Duitse autofabrikanten voor mededingingsbeperkende afspraken over selectieve katalytische reductiesystemen die zij maakten voor dieselauto's. Daarbij belemmerden zij de innovatie bij het terugdringen van stikstofuitstoot door het bereik en het volume van de mengstof Ad Blue bij die dieselauto's te beperken. Daimler genoot clementie omdat zij het kartel onder de aandacht van de Commissie had gebracht, terwijl BMW en Volkswagen korting kregen op hun boete omdat zij zich schikten in het besluit. Dit boetebesluit werd in een combinatie van bestraffing en aanmoediging vergezeld van een adviesbrief van de Europese Commissie over samenwerking bij standaardisatie tussen diezelfde fabrikanten, die wel diende om milieuschade te beperken.<sup>7</sup>

4 Zie HvJ EU 12 mei 2022, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379 (*Servizio Elettrico Nazionale SpA e.a./Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e.a.*).

5 Samenvatting van het besluit van de Commissie van 10 februari 2021 inzake een procedure op grond van artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 54 van de EER-overeenkomst (zaak AT.40394, ASPEN) (*PbEU* 2021, C 435/4). Zie H. Mische, 'The EU Aspen Decision: The European Commission's first excessive pricing decision in the pharmaceutical market', in: Sauter, Canoy & Mulder 2022, p. 149-171.

6 Samenvatting van het besluit van de Commissie van 20 december 2022 in verband met een procedure op grond van artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 54 van de EER-overeenkomst (zaken AT.40462, Amazon Marketplace en AT.40703, Amazon Buy Box) (*PbEU* 2023, C 87/7).

7 Samenvatting van het besluit van de Commissie van 8 juli 2021 betreffende een procedure op grond van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 53 van de EER-overeenkomst (zaak AT.40178, Emissies van personenauto's) (*PbEU* 2021, C 458/16); zie ook [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202146/AT\\_40178\\_8022302\\_3050\\_5.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202146/AT_40178_8022302_3050_5.pdf).

Zoals deze voorbeelden laten zien is het mededingingsrecht vandaag de dag al responsief, ook al wordt dit meestal niet expliciet benoemd.<sup>8</sup>

Tot nu toe heb ik het gehad over responsiviteit in de zin van de reactie van de toezichthouder op het gedrag van ondernemingen binnen de handhavingsspiramide. Ik zal nu het responsiviteitsbegrip op twee manieren verder ontwikkelen.

- In de eerste plaats vereist responsiviteit van het recht dat het voldoende open staat voor maatschappelijke ontwikkelingen om antwoord te kunnen geven op de relevantste vragen. Ik zal dan ook eerst ingaan op de doelen en normen van het mededingingsrecht.
- In de tweede plaats is de vraag welke eisen er binnen het mededingingsrecht worden gesteld aan het gedrag van ondernemingen. Die eisen zijn volgens mij in ontwikkeling. Ondernemingen moeten met name steeds zorgvuldiger met de belangen van derden omgaan.

## De brede doelen en open normen van het mededingingsrecht

Het doel van het mededingingsrecht is niet eenduidig. Er bestaan meerdere categorieën relevante doelen. Ik zal bij de bespreking daarvan een onderscheid maken in ten eerste de consumentenwelvaart, ten tweede de structuur van de markt en mededinging als zodanig, en ten derde bredere doelen van het mededingingsrecht. Vervolgens ga ik kort in op de normen.

### Ten eerste: consumentenwelvaart

Dit eerste doel is afkomstig uit de economie. In navolging van de neoliberale rechtseconomische Chicago School, heeft de Europese Commissie in de afgelopen decennia herhaaldelijk geponereerd dat het doel van het mededingingsrecht de bevordering van de consumentenwelvaart zou zijn.<sup>9</sup> Het gaat hierbij om de baten van de individuele consumptie van goederen en diensten en komt in feite neer op positieve kortetermijnprijseffecten voor individuele consumenten.<sup>10</sup>

Een probleem van die aanpak is dat deze weinig tot geen ruimte biedt voor het meewegen van externaliteiten. Dit

zijn kosten die niet in prijzen verwerkt zijn zoals de kosten van milieueffecten. Denk aan de kosten van sojabonen die worden verwerkt in veevoer ter productie van kiloknallers en massale vleesexport in de Nederlandse bio-industrie terwijl het Amazonegebied wordt afgebrand om deze soja goedkoop te kunnen verbouwen. Bovendien wordt alleen naar het hier en nu gekeken, en niet naar de toekomst of toekomstige generaties. De kring van belanghebbenden wordt in deze visie dan ook beperkt tot directe consumenten.

Een nauwe interpretatie van de consumentenwelvaart is dan ook bij uitstek ongeschikt om duurzaamheidsbelangen en mensenrechten mee te wegen.<sup>11</sup> Zij is wel bij uitstek geschikt om de relevantie van het mededingingsrecht te beperken.

### Ten tweede: de structuur van de markt en mededinging als zodanig

Dit tweede doel komt voort uit de context van de Europese integratie en het scheppen van een gezamenlijke binnenmarkt. In dit verband trekt het Hof van Justitie de doelen van het mededingingsrecht veel breder dan de Europese Commissie dat deed. Het wijst naast het belang van consumenten en concurrenten op het belang van de structuur van de markt en daarmee van mededinging als zodanig.<sup>12</sup> Er hoeft helemaal geen direct verband met consumentenprijzen te zijn, zodat deze doelen een ruime reikwijdte hebben.<sup>13</sup> Bovendien volgt de bijzondere verantwoordelijkheid van dominante ondernemingen om de resterende mededinging niet te verstoren – die later ook aan de orde zal komen – uit deze doelstellingen.

### Ten derde: bredere doelen

In de literatuur worden sinds jaar en dag aanverwante maar nog bredere doelen voor het mededingingsrecht geïdentificeerd. Oxford-hoogleraar mededingingsrecht Ariel Ezrachi benoemde in 2018 voor de Europese consumentenorganisatie Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) naast consumentenwelvaart ook consumentenwelzijn, efficiëntie en innovatie, een effectieve mededingingsstructuur, marktintegratie, pluraliteit en economische vrijheid, en ten slotte billijkheid.<sup>14</sup> In 2022 wees ook Eurocommissaris Vestager erop dat een mededingingsrecht gebaseerd op de principes

8 Uitzonderingen: M. Ioannidou, '“Responsive” Remodelling of Competition Law Enforcement', *Oxford Journal of Legal Studies* 2020, nr. 4, p. 846-877; S. Makris, 'European competition law as responsive law', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2021, vol. 23, p. 228-268; en Sauter 2022.

9 Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (*PbEU* 2009, C 45/7). Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (*PbEU* 2011, C 11/1).

10 Zie de kritiek van E. van Damme in 'De betovering van de consumentenwelvaart', *Economisch Statistische Berichten (ESB)* 2014, 4683S, p. 6-16.

11 Er is ook een breed welvaartsbegrip gekoppeld aan de zeventien *sustainable development goals* (SDG's) van de Verenigde Naties dat opgang doet in de Nederlandse beleidsbepaling en de discussie daarover, inbegrepen over de inhoud van dit begrip. Zie Monitor Brede Welvaart en de Sustainable Development Goals 2023, [www.cbs.nl](http://www.cbs.nl).

12 HvJ EG 6 oktober 2009, gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610 (*GlaxoSmithKline Services Unlimited, voorheen Glaxo Wellcome plc (C-501/06 P)*, Commissie van de Europese Gemeenschappen (C-513/06 P), *European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) (C-515/06 P)*, *Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) (C-519/06 P)*/Commissie van de Europese Gemeenschappen, *European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC)*, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV*, *Spain Pharma SA*, *Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar)*).

13 HvJ EG 9 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile Netherlands BV e.a./Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*).

14 A. Ezrachi, 'EU Competition Law Goals and the Digital Economy', *Oxford Legal Studies Research Paper* 2018, nr. 17, <https://papers.ssrn.com/sol3/>

van de Europese Verdragen in staat is om meerdere doelen te dienen, waaronder billijkheid en een eerlijk speelveld, marktintegratie, het bewaren van het mededingingsproces, consumentenwelvaart, efficiëntie en innovatie, en uiteindelijk pluralisme en democratie.<sup>15</sup>

Al deze doelen zijn traceerbaar naar hun toepassing in concrete mededingingszaken.<sup>16</sup>

- Voor het doel van de effectieve mededingingsstructuur geldt dit bijvoorbeeld al voor de definitie van misbruik in de *Hoffmann-La Roche*-zaak uit 1979 over getrouwheidskortingen voor vitamines.<sup>17</sup> In allerlei recentere zaken zoals *T-Mobile*, over mededingingsbeperkende afspraken aangaande de dealervergoeding voor het afsluiten van mobiele abonnementen,<sup>18</sup> en *GlaxoSmithKline* over de beperking van parallelhandel in medicijnen, beide uit 2009, komt het doel van de effectieve mededingingsstructuur terug.<sup>19</sup>
- Billijkheid komt als doel bijvoorbeeld al voor in de *United Brands*-zaak over excessieve prijzen voor bananen uit 1978,<sup>20</sup> en komt terug in zaken betreffende marge-uitholling zoals *TeliaSonera* over breedbanddiensten in 2011.<sup>21</sup>
- In *TeliaSonera* wordt daarnaast ook het voorkomen van schade aan het algemeen belang als doel van het mededingingsrecht genoemd. Ook voor de andere doelen zijn voorbeelden te noemen.

De ontwikkeling en de verbreding van de doelen van het mededingingsrecht laten zien dat dit recht ten minste in zekere mate flexibel en responsief is ten aanzien van de uitdagingen die eraan worden gesteld. De vraag is of hetzelfde geldt voor de normen van het mededingingsrecht.

### De open normen van het mededingingsrecht

Er is een fundamenteel verschil tussen open en gesloten normen. Een open norm zou zijn dat u binnen de bebouwde kom een veilige snelheid moet rijden. Dat is contextspecifiek en laat ruimte voor beoordeling en invulling. Die ruimte wordt in eerste instantie aan uw eigen verantwoordelijkheid overgelaten, maar wel met een externe toets die relatief complex zal zijn omdat

verschillende factoren – zoals het weer, de verkeerssituatie en uw rijvaardigheid – moeten worden meegewogen.

Een gesloten norm is een algemene maximumsnelheid van 50 kilometer per uur, en daar waar aangegeven niet meer dan 30 kilometer. U bent er slechts verantwoordelijk voor om deze grens niet te overschrijden, en de externe toets is eenduidig. Met enige vereenvoudiging geldt: open normen zijn flexibel maar lastig handhaafbaar, gesloten normen zijn duidelijk en gemakkelijk handhaafbaar. Open normen zijn multidimensioneel en vatbaar voor maatwerk. Ze doen een groter beroep op de verantwoordelijkheid van degene op wie ze worden toegepast en vergen dat er wordt meegedacht over hoe de norm kan worden gerespecteerd. Gesloten normen zijn binair en lenen zich minder voor argumentatie.

Dit brengt ons bij de normen van het mededingingsrecht. Deze zijn vastgelegd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), en beslaan daarin maar twee artikelen. Die twee Europese Verdragsbepalingen combineren een complex aan uit te leggen begrippen zoals onderneming, beïnvloeding van handel tussen de lidstaten, verhinderen, beperken of vervalsen van de mededinging, economische machtspositie, onmisbaarheid en billijkheid, gecombineerd met een niet-exclusieve lijst van voorbeelden van mededingingsbeperkingen. Het gaat hier om functioneel – dus naar hun doel uit te leggen – geformuleerde open normen die enerzijds al langere tijd in vaste rechtspraak zijn gedefinieerd en anderzijds nog onderwerp zijn van voortdurende rechtsontwikkeling. Economische inzichten spelen daarbij een belangrijke rol.

Op deze manier is het mededingingsrecht het gevolg van de interactie tussen drie elementen: het recht; de economische uitleg daarvan; en de maatschappelijke context.

Daardoor kunnen nieuwe normen in het mededingingsrecht zich ontwikkelen als een resultaat van maatschappelijke veranderingen, inclusief academische inzichten en economische ontwikkelingen.

- Een voorbeeld is de invulling van de norm voor de uitzondering op het kartelverbod in artikel 101 lid 3 VWEU. Kartels zijn verboden tenzij de voordelen opwegen tegen de nadelen op grond van deze uitzondering, die twee positieve en twee negatieve voorwaarden kent. De positieve voorwaarden zijn het leveren van een verbetering van de productie of de technische of economische vooruitgang, en het doorgeven van een billijk aandeel van dit voordeel aan consumenten. De negatieve voorwaarden zijn dat de mededingingsbeperkingen die hiermee gemoeid zijn noodzakelijk moeten zijn, en dat niet iedere concurrentie mag worden uitgeschakeld. De invulling van deze norm ontwikkelt zich in de duurzaamheidscontext onder druk van de klimaatverandering, de noodzaak tot bestrijding daarvan en de verplichtingen die daaruit voortvloeien. Dat geldt bijvoorbeeld voor de vraag welke gedragingen bijdragen aan verbetering van de productie of van de technische of economische vooruitgang. Het geldt

papers.cfm?abstract\_id=3191766. Zie ook W. Sauter, 'Het mededingingsrecht als spiegelpaleis', *M&M* 2024, afl. 2 (redactioneel).

15 M. Vestager, vicevoorzitter van de Europese Commissie, 'A principles-based approach to competition policy', Keynote speech bij de Competition Law Tuesdays, 22 oktober 2022. Aangehaald in L. McCallum e.a., 'A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance', *Competition Policy Brief* 2023, nr. 1, DG COMP.

16 K. Stylianou & M. Iacovides, 'The goals of EU competition law: A comprehensive empirical investigation', *Legal Studies* 2022, nr. 4, p. 620-648.

17 HvJ EG 13 februari 1979, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffmann-La Roche & Co. AG/Commissie*).

18 HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV en Vodafone Libertel NV/Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*).

19 Gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *Glaxo-SmithKline* e.a.

20 HvJ EG 14 februari 1978, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands Company en United Brands Continentaal BV/Commissie*).

21 HvJ EU 17 februari 2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (*Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB*).

ook voor hoe het billijk aandeel voor de consument moet worden bepaald.

- Een tweede voorbeeld bestaat uit de geleidelijke verschuiving van de grens tussen mededingingsbeperkingen met een verboden doel, en die waarvan eerst de feitelijke effecten moeten worden vastgesteld – in beide gevallen in hun economische en juridische context.<sup>22</sup> De tendens in de jurisprudentie over dit onderwerp is dat de verzameling doelbeperkingen krimpt en de verzameling effectbepalingen groeit. Hier ligt een verband met de kenbaarheid van de norm. Het zou in lijn met een responsieve benadering zijn om gedragingen waarvan de gevolgen vooraf kenbaar zijn als doelbeperking te beschouwen die met een sanctie bestraft kan worden. Gedragingen waarvan de effecten niet vooraf kenbaar zijn, zouden moeten gelden als effectbeperking. Daar is bijvoorbeeld een toezegging of een last onder dwangsom passender.

Op basis van het voorgaande stel ik dat de open normen van het mededingingsrecht evenals de brede doelen daarvan ruimte laten voor responsiviteit. Dwingender geformuleerd: gegeven de ruimte die de open normen en brede doelen van het mededingingsrecht laten, is het noodzakelijk om deze in te vullen met een responsieve benadering daarvan.

## Responsiviteit van ondernemingen

### Responsiviteit en regulering

Hiermee ben ik aangekomen bij de responsiviteit die gevraagd wordt van ondernemingen gegeven de zich ontwikkelende verwachtingen ten aanzien van hun gedrag. Op dit punt wil ik eerst signaleren dat buiten het mededingingsrecht een toename van zorg- en verantwoordingsplichten alsook van aansprakelijkheid waarneembaar is, onder verscherpt toezicht. Denk hierbij aan de rapportage over economische en sociale doelen,<sup>23</sup> *green-*

*washing*,<sup>24</sup> zorgvuldigheid in de toeleveringsketen,<sup>25</sup> gegevensbescherming,<sup>26</sup> de regulering voor digitale platformen,<sup>27</sup> en kunstmatige intelligentie.<sup>28</sup> Het gaat dan om een ontwikkeling van vrijwillige rapportage via pas-toe-of-leg-uit naar verplichte naleving en zelfs naar pas-toe-én-leg-uit. Het gaat voorts om het vereiste van naleving vanuit het ontwerp van producten en als standaardinstelling. Het gaat ook om de verplichting om risicobeoordelingen te maken en passende maatregelen te nemen om de belangen van consumenten en concurrenten mee te wegen, en om deze uit te kunnen leggen. Er wordt van ondernemingen verwacht dat zij actief normconform gedrag vertonen, en daarop wordt ook toegezien. Niet alleen is dit een relevante juridische en maatschappelijke context, maar er is ook op punten concreet sprake van samenloop en samenhang met het mededingingsrecht. Hiermee is de betreffende regulering in versterkte mate responsief. Maar welke eisen worden binnen het mededingingsrecht zelf aan de responsiviteit van ondernemingen gesteld?

### De eisen aan responsiviteit van ondernemingen in het mededingingsrecht

Zoals ik aan het begin van dit artikel heb gesteld speelt responsief mededingingsrecht in op het gedrag van ondernemingen. Dit is tweeledig. Enerzijds stelt het mededingingsrecht in toenemende mate eisen aan de responsiviteit van het gedrag van ondernemingen ten aanzien van het normenkader. Anderzijds biedt het mededin-

- 22 Zie HvJ EU 11 september 2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Groupement des cartes bancaires (CB)/Commissie*); HvJ EU 23 januari 2018, C-179/16, ECLI:EU:C:2017:714 (*F. Hoffmann-La Roche Ltd e.a./Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*); HvJ EU 2 april 2020, C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265 (*Gazdasági Versenyhivatal/Budapest Bank Nyrt. e.a.*).
- 23 Richtlijn 2014/95/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2014 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen (*PbEU* 2014, L 330/1); Richtlijn (EU) 2022/2464 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 537/2014, Richtlijn 2004/109/EG, Richtlijn 2006/43/EG en Richtlijn 2013/34/EU, met betrekking tot duurzaamheidsrapportering door ondernemingen (*PbEU* 2022, L 322/15).

- 24 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken) (*PbEU* 2005, L 149/22); Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 2005/29/EG en 2011/83/EU wat betreft het versterken van de positie van de consument voor de groene transitie door middel van betere informatie en bescherming tegen oneerlijke praktijken COM(2022)143 final 2022/0092 (COD), Brussel, 30 maart 2022; Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de staving en het communiceren van uitdrukkelijke milieueisen (Richtlijn groene claims), COM(2023)166 final 2023/0085(COD), Brussel, 22 maart 2023.
- 25 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937, COM(2022)71 final 2022/0051 (COD), Brussel, 23 februari 2022.
- 26 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene Verordening gegevensbescherming) (*PbEU* 2016, L 119/1).
- 27 Verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2022 over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector, en tot wijziging van Richtlijnen (EU) 2019/1937 en (EU) 2020/1828 (Digitale marktenverordening) (*PbEU* 2022, L 265/1); Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (Digitale dienstenverordening) (*PbEU* 2022, L 277/1).
- 28 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie (Wet op de artificiële intelligentie) en tot wijziging van bepaalde wetgevingshandelingen van de Unie, COM (2021)206 final 2021/0106 (COD), Brussel, 21 april 2021.

gingsrecht daar binnen de uitleg van de normen ook in toenemende mate ruimte voor. Om dit te illustreren ga ik eerst kort in op de bijzondere verantwoordelijkheid van dominante ondernemingen en daarna op afspraken die beogen de maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemingen in te vullen.

### Responsiviteit en bijzondere verantwoordelijkheid

Ondernemingen met een economische machtspositie hebben een bijzondere verantwoordelijkheid naar hun consumenten, hun leveranciers en hun concurrenten. Deze bijzondere verantwoordelijkheid wordt sinds het *Michelin I*-arrest uit 1983 door het Hof van Justitie benadrukt.<sup>29</sup>

Private regulering door dominante ondernemingen die met hun algemene voorwaarden een eigen rechtsregime opzetten waarvan zij disproportioneel profiteren, wordt begrensd door de bijzondere verantwoordelijkheid. In toenemende mate is daarbij sprake van eisen gebaseerd op een zorgplicht, op proportionaliteit en transparantie, en beginselen van behoorlijk bestuur en fundamentele rechtsbeginselen die de private regulering door dergelijke ondernemingen disciplineren.<sup>30</sup> Zij moeten zich verantwoorden over de wijze waarop zij hun contractpartners behandelen vanwege de asymmetrische en dus ongelijke uitgangspositie. Net als een overheid moeten zij proportioneel belangen afwegen. Bovendien moeten zij – zo zou ik denken – net als moreel handelende wezens zich onder die proportionaliteitstoets rekenschap geven van de belangen van hun wederpartij.

– Een recent voorbeeld is te vinden in de *European Superleague*-zaak van het Hof van Justitie uit december 2023.<sup>31</sup> Voetbalsportfederaties FIFA en UEFA hadden het ontstaan van een nieuwe Europese competitie geblokkeerd door hun machtsmiddelen binnen de competities die zijzelf controleerden in te

zetten. Het Hof van Justitie bepaalde hierover dat waar een onderneming de toegang tot de markt controleert deze haar macht dient te gebruiken aan de hand van materiële criteria die transparant, duidelijk en voldoende nauwkeurig zijn op een wijze die non-discriminatoire en proportioneel is, en onderworpen aan effectieve controle. Daarbij moet sprake zijn van een raamwerk van uitgewerkte procedure-regels. Bij het ontbreken daarvan is er misbruik van een economische machtspositie. Het valt te verwachten dat de eisen die in dit verband aan dominante ondernemingen worden gesteld in toekomstige rechtspraak verder toegepast en uitgewerkt zullen worden.

- Het *Google Shopping*-arrest van het Gerecht van 2021 met betrekking tot het overhevelen van marktmacht en zelfbevoordeling door Google ten aanzien van concurrerende prijsvergelijkers op haar platform stelt een vergelijkbare norm.<sup>32</sup> De bijzondere verantwoordelijkheid van Google wordt verzwaaard vanwege het feit dat deze onderneming een belangrijke toegangspoort tot het internet vormt. Dat Google haar gedrag wijzigde ten nadele van haar concurrenten ziet het Gerecht als onnatuurlijk omdat nu juist open toegang en het voorzien aan consumenten van objectieve informatie het oorspronkelijke marktmodel van haar platform waren. Bovendien wordt het gedrag van Google gekoppeld aan een algemeen beginsel van gelijke behandeling waaraan ook zij als superdominante onderneming zich te houden heeft. De consequenties daarvan zijn zeer concreet. Het Gerecht handhaafde de boete van € 2,42 miljard die de Commissie Google had opgelegd in deze zaak.

Dit betekent dat in ieder geval dominante ondernemingen zich moeten bezighouden met een actieve normconforme interpretatie van het mededingingsrecht, inclusief de toepassing van algemene rechtsbeginselen.

### Responsiviteit en maatschappelijke verantwoordelijkheid

In aanvulling op de bijzondere verantwoordelijkheid van dominante ondernemingen wil ik ingaan op de algemene maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemingen en de relevantie daarvan voor de responsiviteit van het mededingingsrecht. Deze dimensie heeft zich tot dusver vooral ontwikkeld in relatie tot duurzaamheidsafspraken en de uitzondering op het kartelverbod.

Duurzaamheid is een breed begrip, inbegrepen het tegengaan van klimaatverandering en milieuvervuiling, efficiënt gebruik van natuurlijke hulpbronnen, het be-

29 HvJ EG 9 november 1983, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313 (*NV Nederlandse Banden Industrie Michelin/Commissie*), r.o. 57; Gerecht 7 oktober 1999, T-228/97, ECLI:EU:T:1999:246 (*Irish Sugar Plc/Commissie*), r.o. 112; Gerecht 30 september 2003, T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250 (*Manufacture française des pneumatiques Michelin/Commissie*), r.o. 55; Gerecht 17 december 2003, T-219/99, ECLI:EU:T:2003:343 (*British Airways plc/Commissie*), r.o. 242; HvJ EG 2 april 2009, C-202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214 (*France Télécom/Commissie*), r.o. 105; HvJ EU 6 december 2012, C-457/10 P, ECLI:EU:C:2012:770 (*AstraZeneca AB en AstraZeneca plc/Commissie*), r.o. 134; HvJ EU 27 maart 2012, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*); HvJ EU 6 oktober 2015, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651 (*Post Danmark II*), r.o. 71; HvJ EU 6 september 2017, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 (*Intel/Commissie*), r.o. 135; HvJ EU 19 januari 2023, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33 (*Unilever Italia Mkt. Operations Srl/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*), r.o. 28.

30 J. Rutgers & W. Sauter, 'Voorwaarden van platformen: mededingings- en contractenrecht', *SEW: Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2022, afl. 4, p. 188-198; W. Sauter, 'A duty of care to prevent online exploitation of consumers? Digital dominance and special responsibility in EU competition law', *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, nr. 2, p. 406-427.

31 HvJ EU 21 december 2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2022:993 (*European Superleague Company SL/FIFA en UEFA*), r.o. 135-138 en 152. Onder verwijzing naar HvJ EU 28 februari 2013, C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 (*Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*), r.o. 84-86, 90, 91 en 99; en HvJ EG 13 december 1991, C-18/88, ECLI:EU:C:1991:474 (*GB-Inno-BM*), r.o. 20; vgl. HvJ EU 21 december 2023, C-124/21 P, ECLI:EU:C:2023:1012 (*International Skating Union/Commissie*).

32 Gerecht 10 november 2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 (*Google Shopping*); zie concl. A-G 11 januari 2024, C-48/22 P, ECLI:EU:C:2024:14 (*Google and Alphabet/Commissie (Google Shopping)*); zie J. Mulder, 'Google Shopping en het verbod op self-preferencing – een nieuwe norm voor Big Tech', *M&M* 2022, afl. 2, p. 66-73.

schermen van mensenrechten en dierenwelzijn.<sup>33</sup> Om duurzaamheid te bevorderen kan het nodig zijn dat ondernemingen mededingingsbeperkende afspraken maken wanneer zij zelfstandig niet in staat zijn een betekenisvolle stap in de goede richting te zetten. Dit kan bijvoorbeeld nodig zijn waar een pioniersnadeel bestaat. Stijgende kosten door het meewegen van externaliteiten kunnen pioniers die als eerste duurzaamheidsdoelen nastreven op achterstand zetten ten opzichte van hun concurrenten. Maar als gezamenlijk wordt afgesproken om CO<sub>2</sub> te beprijzen in producten of het gebruik van plastic verpakkingen terug te dringen is sprake van een gelijk speelveld. Dergelijke afspraken tussen ondernemingen kunnen worden gezien als responsief gedrag ten aanzien van maatschappelijke belangen. De vraag is welke ruimte hiervoor bestaat binnen het mededingingsrecht.

De ACM heeft ten minste sinds 2020 consequent voor een open benadering van duurzaamheid binnen het mededingingsrecht gepleit. Zij heeft daarmee in de Europese context en daarbuiten een pioniersfunctie vervuld. In haar laatste versie van de Richtsnoeren over horizontale mededingingsbeperkingen uit juli 2023, met daarin een hoofdstuk over duurzaamheid, heeft ook de eerder sceptische Europese Commissie haar bakens verzet.<sup>34</sup> Om te beginnen erkent de Commissie het probleem van de externaliteiten – dus de mogelijke effecten van handelen op derden – en daarmee de relevantie van een bredere de kring van belanghebbenden, inclusief de rol van toekomstige generaties. Bovendien verwijst de Commissie in haar Richtsnoeren niet alleen naar de Europese *Green Deal*,<sup>35</sup> maar ook naar internationale normen zoals het klimaatakkoord van Parijs en de duurzame ontwikkelingsdoelstellingen van de Verenigde Naties.<sup>36</sup>

### Het billijk aandeel

Het belangrijkste probleem in de discussie over duurzaamheidsafspraken was het billijk aandeel voor de consument. Bij het beoordelen van mededingingsbeperkende afspraken met netto positieve duurzaamheidseffecten wordt namelijk ook gekeken naar de vraag of een billijk aandeel van dat voordeel aan de consument ten goede komt en wel binnen de relevante markt waar de afspraken worden gemaakt. Door in de Richtsnoeren de begrippen individuele gebruikswaarde en niet-gebruikswaarde aan de ene kant, en collectieve voordelen aan de

andere kant te introduceren wordt het voor de Commissie mogelijk om daarbij bredere belangen mee te wegen. Individuele gebruikswaarden doen zich voor in termen van prijs, kwaliteit en keuzemogelijkheden, zoals ook al eerder het geval was. Denk aan afspraken over het bevorderen van de beschikbaarheid van biologische groenten of het gebruik van duurzaam hout die leiden tot betere kwaliteit en meer keuze. Individuele niet-gebruikswaarden zijn relatief nieuw, en relevant waar we graag betalen voor meer duurzaamheid omdat we het ervoor over hebben, zoals gebruik van minder vervuilende brandstoffen. De collectieve voordelen zijn veel breder en geheel nieuw, maar wegen nog alleen mee waar er overlap is met de kring directe consumenten, bijvoorbeeld als het gaat om een reductie in de uitstoot van broeikasgassen voor een technologie die in een aanloopperiode leidt tot hogere kosten bij die consumenten terwijl ze wel baat hebben bij het beheersen van de klimaatverandering en/of schonere lucht. Dit biedt ruimte voor een responsieve benadering van ondernemingen die hun maatschappelijke verantwoordelijkheid nemen. Het blijft echter de vraag of uiteindelijk niet ook andere voordelen, en wel die voor derden, zouden moeten meewegen bij de beoordeling, en in welke mate. De Europese ontwikkeling tot nu toe is slechts een voorzichtig begin.<sup>37</sup> Zo vereist de Commissie nog steeds volledige compensatie van de consumenten binnen de relevante markt.

Vanuit het toezicht bekeken is deze benadering desondanks in de eerste plaats responsief omdat er ruimte wordt geboden voor belangen die verder gaan dan efficiëntie, en onder verwijzing naar internationale normen. Daar komt in de tweede plaats bij dat proactief en op aanvraag advies wordt gegeven aan ondernemingen die zoeken naar de mogelijkheden om op duurzaamheid samen te werken.<sup>38</sup> Ten derde worden er, ook al zou er wel sprake zijn van illegale mededingingsbeperkingen, geen boetes opgelegd aan ondernemingen die te goeder trouw deze dialoog aangaan, en worden deze beperkingen in onderling overleg weggenomen.

### Polycentrische regulering en private handhaving van normen

Bovendien wordt door de nieuwe benadering van duurzaamheidsafspraken binnen het mededingingsrecht ruimte geboden aan ondernemingen die responsief zijn ten opzichte van hun maatschappelijke verantwoordelijkheden. In lijn met de ideeën van Elinor Ostrom, de eerste vrouw die de Nobelprijs voor economie kreeg, kan dit gezien worden als een vorm van decentrale zelfregu-

33 Zie Paris Climate Agreement, 12 december 2015, Treaty Series 2016, no 162; Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, 70/1. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/1, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement>.

34 Mededeling van de Commissie over de richtsnoeren inzake de toepassing van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (*PbEU* 2023, C 259/01).

35 Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *The European Green Deal*, COM/2019/640 final; [https://climate.ec.europa.eu/eu-action/european-green-deal\\_en](https://climate.ec.europa.eu/eu-action/european-green-deal_en).

36 Zie Paris Climate Agreement, 12 december 2015.

37 Zie M. Snoep, 'What is fair and efficient in the face of climate change?', *Journal of Antitrust Enforcement* 2023, nr. 1, p. 1-4; ACM Legal Memo, 27 september 2021, 'What is meant by a fair share for consumers in article 101(3) TFEU in a sustainability context?', [www.acm.nl/sites/default/files/documents/acm-fair-share-for-consumers-in-a-sustainability-context.pdf](https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/acm-fair-share-for-consumers-in-a-sustainability-context.pdf), onder verwijzing naar HvJ EU 11 september 2014, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201 (*MasterCard Inc. e.a./Commissie*).

38 Mededeling van de Commissie over informeel advies betreffende nieuwe of onopgeloste vragen met betrekking tot de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven), 4 oktober 2022 (*PbEU* 2022, C 381/07).



lering ofwel polycentrische regulering door deze ondernemingen.<sup>39</sup> Polycentrische regulering is volgens Ostrom ook noodzakelijk om überhaupt enige kans te maken om klimaatdoelstellingen te bereiken.

In dit verband wordt dan door de ACM in haar Beleidsregel over toezicht op duurzaamheidsafspraken expliciet ook de deur opengezet voor nalevingsafspraken,<sup>40</sup> waarbij ondernemingen onderling overeenkomen om normconform gedrag in lijn met duurzaamheidswetgeving af te dwingen.<sup>41</sup>

- Een praktijkvoorbeeld is de mogelijkheid tot een collectieve boycot door tuincentra van de producten van kwekers die verboden bestrijdingsmiddelen gebruiken. Dit is nodig om te voorkomen dat malafide kwekers de mededinging verstoren door een oneigenlijk concurrentievoordeel te bieden aan partijen die met hen in zee gaan als zij zeer giftige maar goedkopere middelen gebruiken.<sup>42</sup> Een tuincentrum dat als enige dergelijke kwekers mijdt, wordt een dief van eigen portemonnee als zijn consumenten vervolgens weglopen naar de concurrent die goedkopere maar vergiftigde producten levert. Ook voor de kweker zelf is het bij het ontbreken van een effectieve en dus collectieve boycotmogelijkheid niet alleen goedkoper maar ook commercieel aantrekkelijk om de wet te blijven schenden als zijn concurrenten dat ook doen. Tegelijkertijd is er geen sprake van effectieve en uniforme publieke handhaving.
- Een tweede praktijkvoorbeeld is het afdwingen door afvalverwerkers van gescheiden aanlevering van bedrijfsafval afkomstig van ondoeners die daartoe in het algemeen wettelijk verplicht zijn.<sup>43</sup> Als afvalbewerkers elkaar in plaats daarvan beconcurreren op het beleveren van normschenders blijft de norm van bedrijfsafvalscheiding een dode letter. Ook hier zijn nalevingsafspraken tussen concurrenten noodzakelijk omdat niet alleen geen sprake is van effectieve publieke handhaving, maar zelfs nauwelijks van enige vorm van dergelijke handhaving.

Nalevingsafspraken blijken dus nodig te zijn om perverse prikkels uit het systeem te halen. Het accepteren van deze vorm van private handhaving van publieke normen staat echter haaks op oudere Europeesrechtelijke opvattingen over het primaat van publiekrechtelijke handhaving, die mede gestoeld zijn op de optimistische veronderstelling dat deze handhaving ook per definitie effec-

tief zal zijn. Bovendien wantrouwt de Europese Commissie ondernemingen die zelf normen willen handhaven omdat zij al snel veronderstelt dat dit een dekmantel vormt voor mededingingsbeperkend gedrag. Daarmee staan nationale mededingingsautoriteiten bij het beoordelen van nalevingsafspraken voor een dilemma tussen effectieve handhaving en het volgen van Brussel.

Het Europees recht zoals uitgelegd door het Hof van Justitie biedt naar mijn mening echter ook nu al de ruimte voor deze nieuwe vorm van private handhaving.<sup>44</sup> Het doel daarvan is niet mededingingsbeperking maar normhandhaving, en oneigenlijke mededinging in strijd met nationale of internationale duurzaamheidsnormen is geen beschermingswaardig belang. Private handhaving zal bovendien nog belangrijker worden bij het via nalevingsafspraken afdwingen van milieu- en mensenrechtennormen in het kader van zorgvuldigheid in de toeleveringsketen, die onlangs door het Europees Parlement werd aangenomen.<sup>45</sup>

Daarbij kunnen, zoals in de tuincentracasus in de praktijk ook is gebeurd, procedurele eisen worden gesteld zoals een heroverweging voordat sancties worden opgelegd, en mogelijk toetsing door een lichaam dat op afstand staat van de directe bedrijfsbelangen. Dit is vergelijkbaar met de eisen die worden gesteld aan private regulering in de dominantiecontext, zoals de eerder aangehaalde *European Superleague*-zaak van december vorig jaar.

## Conclusie

Uit het voorgaande trek ik conclusie dat responsief gedrag van ondernemingen ten aanzien van hun maatschappelijke verantwoordelijkheid binnen het Europese mededingingsrecht inderdaad in toenemende mate gevraagd en gefaciliteerd wordt.

Dit omvat zowel het bieden van extra ruimte aan ondernemingen die hun maatschappelijke verantwoordelijkheid nemen, zoals ten aanzien van duurzaamheid, als het stellen van extra eisen aan ondernemingen met een bijzondere verantwoordelijkheid. De respons die ondernemingen geven op de normen van het mededingingsrecht speelt bovendien een steeds grotere rol bij de handhaving daarvan. Dit maakt onderdeel uit van een

39 E. Ostrom, 'A polycentric approach for coping with climate change', *Annals of Economics and Finance* 2014, nr. 1, p. 97-134; E. Ostrom, 'Global environmental change', *Global Environmental Change* 2010, p. 550-557.

40 ACM, Beleidsregel Toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken, *Stcrt.* 2023, 27772.

41 M. van de Sanden & W. Sauter, 'De Beleidsregel Toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken: toepassing prioriteringsbeleid bij oneigenlijke concurrentie en milieuschade', *M&M* 2023, afl. 5, p. 148-156.

42 ACM, Brief duurzaamheidsafpraak vermindering illegale bestrijdingsmiddelen in tuinbranche, 2 september 2022, beschikbaar via: [www.acm.nl/system/files/documents/brief-informele-guidance-tuinbranche.pdf](http://www.acm.nl/system/files/documents/brief-informele-guidance-tuinbranche.pdf).

43 ACM, Brief duurzaamheidsafpraak afvalinzamelaars stimulerend recycling, 4 oktober 2023, beschikbaar via [www.acm.nl/system/files/documents/Brief%20afvalrecycling%20initiatief.pdf](http://www.acm.nl/system/files/documents/Brief%20afvalrecycling%20initiatief.pdf).

44 Zie Van de Sanden & Sauter 2023. Gerecht 12 december 1991, T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70 (*Hilti AG/Commissie*); Gerecht 22 oktober 1997, gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96, ECLI:EU:T:1997:157 (*Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) en Federatie van Nederlandse Kraanbedrijven (FNK)/Commissie*); HvJ EU 7 februari 2013, C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71 (*Protimonopolný úrad Slovenskej republiky/Slovenská sporiteľňa a.s. (Slovaakse Banken)*); HvJ EU 14 maart 2013, C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160 (*Allianz Hungária Biztosító Zrt. e.a./Gazdasági Versenyhivatal*), r.o. 36 en de daar aangehaalde rechtspraak.

45 Zie het preadvies van W. Knibbeler, 'Toezicht door de ACM op duurzaam en verantwoord internationaal ondernemen', in: H.J. de Kluiver (red.), *Open normen, toezicht en duurzaamheid: Perspectieven op komende duurzaamheidswetgeving vanuit het bestuursrecht, het mededingingsrecht en het financieel toezichtrecht* (Preadviezen van de Koninklijke Vereniging Handelsrecht 2023), Zutphen: Uitgeverij Paris 2023, p. 61-101.

breder beweging die ook in recente regulering zichtbaar is, met eisen als naleving vanuit het ontwerp en als standaardinstelling, waarbij van ondernemingen een proactieve houding ten aanzien van normen wordt verondersteld.

In de toekomst hoop ik mij verder te verdiepen in de wisselwerking tussen mededingingsrecht en regulering op dit vlak. Daarnaast wil ik kijken naar de wijze waarop het respecteren door ondernemingen van grondrechten en vrijheden en van publieke doelen hierbij een rol speelt, naast het respecteren van rechtsbeginselen en het voorzien in eerlijke procedures.