

Artikel

De Beleidsregel Toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken: toepassing prioriteringsbeleid bij oneigenlijke concurrentie en milieuschade

Mariska van de Sanden en Wolf Sauter*

148

Inleiding

Nu op 21 juli 2023 de richtsnoeren over horizontale samenwerkingsovereenkomsten (Richtsnoeren Horizontalen) van de Europese Commissie (Commissie) met daarin een nieuw hoofdstuk over duurzaamheid in werking zijn getreden,¹ heeft ook de Autoriteit Consument & Markt (ACM) onlangs haar werkwijze ten aanzien van duurzaamheid in het mededingingsrecht definitief vastgelegd in de Beleidsregel Toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken (Beleidsregel).² Hiermee wordt de nieuwe beleidsvorming ten aanzien van mededinging en duurzaamheid afgerond die is ingezet in 2020 met de eerste concept-Leidraad en werd vervolgd met de tweede concept-Leidraad van de ACM (concept-Leidraad),³

* Mr. M.A.M.L. van de Sanden is werkzaam bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Prof. mr. dr. drs. W. Sauter is werkzaam bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM) en bij de Vrije Universiteit Amsterdam. Ook is hij redacteur van dit blad. Wij zijn erkentelijk voor commentaar van Martijn Snoep en onderzoekassistentie van Celine Tessel. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

1 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, 21 juli 2023 (PbEU 2023, C 259/01).

2 Autoriteit Consument en Markt, Beleidsregel Toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken (Start. 2023, 27772).

3 Eerste Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken: Mogelijkheden binnen het mededingingsrecht, ACM 9 juli 2020, www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken-nw.pdf; Tweede Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken: Mogelijkheden binnen het mededingingsrecht, ACM 16 januari 2021, www.acm.nl/sites/default/files/documents/2e-concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken.pdf.

zoals eerder besproken in dit blad.⁴ Het is ook het begin van een proces waarin de Commissie haar nieuwe lijn in de mededingingspraktijk zal toepassen en binnen het European Competition Network (ECN) zal coördineren. Daarnaast zijn ook in Griekenland, Oostenrijk, Duitsland, Hongarije en België⁵ nationale ontwikkelingen te melden op dit vlak.⁶ Buiten de Europese Unie (EU) zijn eveneens de eerste sporen van een beleid ten aanzien van duurzaamheidsafspraken zichtbaar. Zo heeft de Engelse Consumers and Markets Authority (CMA) in okto-

files/documents/2020-07/concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken-nw.pdf; Tweede Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken: Mogelijkheden binnen het mededingingsrecht, ACM 16 januari 2021, www.acm.nl/sites/default/files/documents/2e-concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken.pdf.

4 Zie het dubbelnummer 'Duurzaamheid, klimaat en mededinging' van *M&M* in 2020 met o.a. P. Jansen & S. Beeston, 'De Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken van de ACM: de "tragedy of the commons" voorbij?', *M&M* 2020, afl. 4-5, p. 136-151; M. Snoep, 'ACM's klarenstoot voor duurzaamheid', *M&M* 2020, afl. 4-5, p. 162-165; J. de Goffau & G. van Heezik, 'Duurzaamheidsinitiatieven en het kartelverbod: wie is aan zet?', *M&M* 2020, afl. 4-5, p. 186-194. Zie ook C.L. Wolberink, 'De Leidraad Duurzaamheidsafspraken in de praktijk: De eerste ervaringen met de Leidraad van de ACM', *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2022, nr. 2, p. 14-21.

5 BMA/ABC Persbericht nr. 11/2023, De Belgische Mededingingsautoriteit beoordeelt duurzaamheidsinitiatief inzake 'leefbare lonen in de bananensector', 30 maart 2023.

6 Zie bijvoorbeeld L. Korsten e.a., 'Het kartelverbod en duurzaamheid: een beknopt vergelijkend overzicht', *M&M* 2023, afl. 3, p. 92-104; J. Malinauskaitė, 'Competition law and sustainability: EU and national perspectives', *Journal of European Competition Law and Practice* 2022, p. 336-348; J. Nowag & W. Sauter, 'The pendulum of Article 101(3) TFEU: Sustainability, climate change and renewable energy developments', in: L. Hancher & I. Herrera Anchustegui (red.), *Handbook of Energy and Competition Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2023 (in voorbereiding).

ber 2023 haar *guidance* op dit onderwerp gepubliceerd, met een benadering die het Nederlandse model (grotendeels) volgt.⁷ De Japanse Federal Trade Commissie (JFTC) stelde al in maart 2023 richtsnoeren over duurzaamheid vast, naar eigen model⁸ en de Commerce Commission in Nieuw-Zeeland opende in augustus 2023 een consultatieronde over conceptrichtsnoeren over duurzaamheidsafspraken.⁹

Aan deze ontwikkelingen heeft de ACM een bijdrage geleverd door de discussie te stimuleren op basis van haar concept-Leidraad, en door als eerste mededingingsautoriteit een concrete en brede guidancepraktijk op dit vlak te ontwikkelen. Met het oog op het belang van de uniforme toepassing van het EU-mededingingsrecht door de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten past de ACM vanaf nu op afspraken tussen concurrenten de Richtsnoeren Horizontalen toe. De ACM kiest er echter voor om haar beleidsvrijheid ten aanzien van prioritering te gebruiken door in een tweetal situaties geen nader onderzoek te doen:

1. bij nalevingsafspraken die oneigenlijke concurrentie tegengaan; en
2. bij milieuschadeafspraken die noodzakelijk zijn om het nagestreefde milieuvoordeel te behalen, waarvan de voordelen opwegen tegen de nadelen met een merkbaar en objectief aandeel van die voordelen voor de consument binnen de relevante markt, zonder daarbij volledige compensatie van die consument te vereisen, en restconcurrentie overblijft.¹⁰

Verder gaat de ACM voor wat betreft 'boete-immuniteit' verder dan de Commissie in haar *informal guidance notice*,¹¹ namelijk ten aanzien van het afzien van boetes voor *bona fide* bekendgemaakte duurzaamheidsafspraken.

Ten opzichte van de eerdere concept-Leidraad is inhoudelijk nieuw vooral het uitgangspunt dat oneigenlijke concurrentie niet beschermingswaardig is, en dat nalevingsafspraken juist een waardevolle bijdrage aan de handhaving van duurzaamheidsnormen leveren. Deze opvatting baseert de ACM vooral op haar eigen guidancepraktijk, waar zij inmiddels tweemaal een dergelijke nalevingsafpraak heeft beoordeeld.¹² Voor de

Commissie is de coulante benadering van nalevingsafspraken vooral in lijn met haar voorstel uit 2022 voor een Richtlijn over verantwoord en duurzaam ondernemen (CSDDD).¹³ Hoewel ook de Commissie nalevingsafspraken nu expliciet als niet-mededingingsbeperkend benoemt, past zij dit uitsluitend toe op de handhaving van internationale normen. De ACM geeft echter ook geen prioriteit aan afspraken die zien op de naleving van nationale of Europese regels. In dit artikel gaan we in op de ontwikkelingen op dit vlak.

Om deze ontwikkelingen in hun context te plaatsen schetsen wij eerst kort de Richtsnoeren Horizontalen en de Beleidsregel in het algemeen. Hoewel het niet de primaire focus is van deze bijdrage gaan wij volledigheidshalve in dat kader ook kort in op de prioriteringsdimensie ten aanzien van milieuschadeafspraken.

Het duurzaamheids hoofdstuk in de Richtsnoeren Horizontalen

Het VN Klimaatakkoord en de Sustainable Development Goals waaraan de EU zich in 2015 heeft gecommitteerd,¹⁴ en vooral de European Green Deal uit 2019,¹⁵ vormen de achtergrond bij het duurzaamheids hoofdstuk van de Richtsnoeren Horizontalen die op 1 juni 2023 door de Europese Commissie zijn vastgesteld op basis van een niet ingrijpend aangepast concept uit maart 2022.¹⁶ Ook het bredere publieke en het academische debat hebben hieraan bijgedragen,¹⁷ evenals de discussies die zijn ge-

7 CMA, guidance on environmental sustainability agreements, 12 oktober 2023, beschikbaar via: www.gov.uk/government/publications/guidance-on-environmental-sustainability-agreements.

8 JFTC, Guidelines concerning the activities of enterprises, etc.: Toward the realization of a green society under the Antimonopoly Act, maart 2023, beschikbaar via: www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2023/March/230331.html.

9 Commerce Commission, Collaboration and Sustainability guidelines, augustus 2023, beschikbaar via: <https://comcom.govt.nz/business/business-consultations/collaboration-and-sustainability-guidelines>.

10 Dit betreft alleen de prioritering van duurzaamheidsafspraken. De algemene prioritering van de ACM is vastgelegd in de onlangs herziene Beleidsregel Prioritering van handhavingsonderzoeken door de Autoriteit Consument en Markt 2023 (Stcrt. 2023, 15184).

11 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).

12 ACM, Brief duurzaamheidsafpraak vermindering illegale bestrijdingsmiddelen in tuinbranche, 2 september 2022, beschikbaar via: www.acm.nl/nl/publicaties/

brief-duurzaamheidsafpraak-vermindering-illegale-bestrijdingsmiddelen-tuinbranche en ACM, Brief duurzaamheidsafpraak afvalinzamelaars stimuleren recycling, 4 oktober 2023, beschikbaar via: www.acm.nl/system/files/documents/Brief%20afvalrecycling%20initiatief.pdf.

13 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, 23 februari 2022.

14 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>.

15 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, *The European Green Deal*, COM/2019/640 final; https://climate.ec.europa.eu/eu-action/european-green-deal_en. Zie het redactioneel commentaar, 'The European climate law: Making the social market economy fit for 55?', *Common Market Law Review* 2021, p. 1321-1340.

16 Richtsnoeren Horizontalen, Hoofdstuk 9: Duurzaamheidsafspraken.

17 Zie G. Monti & J. Mulder, 'Escaping the clutches of EU competition law: pathways to assess private sustainability initiatives', *European Law Review* 2017, p. 635-656; A. Gerbrandy, 'Solving a sustainability-deficit in European competition law', *World Competition* 2017, p. 539-562; S. Holmes, 'Climate change, sustainability, and competition law', *Journal of Antitrust Enforcement* 2020, nr. 2, p. 354-405; S. Holmes, D. Middelschutte & M. Snoep, *Competition law, climate change & environmental sustainability*, New York: Concurrences Books 2021; M. Gassler, 'Sustainability, the Green Deal and Art 101 TFEU: Where we are and where we could go', *Journal of European Competition Law & Practice* 2021, p. 430-442; M. van de Sanden & W. Sauter, 'Greening antitrust: The Dutch and EU assessment of sustainability agreements', *Antitrust* 2023, nr. 2, p. 32-38.

voerd in de context van het ECN, niet in de laatste plaats met de ACM.

Deze Richtsnoeren Horizontalen nemen evenals het VN Klimaatakkoord (en de eerdere concept-Leidraad) een breed duurzaamheidsconcept als basis, inbegrepen het tegengaan van klimaatverandering en milieuvervuiling, efficiënt gebruik van natuurlijke hulpbronnen, en het beschermen van mensenrechten en dierenwelzijn. Hoewel het uitgangspunt is dat mededinging hier per definitie aan bijdraagt, leidt het bestaan van externaliteiten – effecten op derden die niet in de prijs zijn verdisconteerd – tot marktfalen dat moet worden geadresseerd door collectieve actie of private afspraken. Daarom ziet de Commissie (opnieuw) de noodzaak om aan te geven hoe in het mededingingsrecht met deze afspraken wordt omgegaan.¹⁸

De Richtsnoeren Horizontalen geven verschillende vormen van duurzaamheidsafspraken aan die buiten de reikwijdte van het kartelverbod vallen. Daaronder zijn inbegrepen nalevingsafspraken die dienen om ervoor te zorgen dat oneigenlijke concurrentie in strijd met internationale duurzaamheidsnormen wordt tegengegaan en de normen worden gerespecteerd. Het gaat dan om normen die niet effectief publiek worden gehandhaafd of zijn geïmplementeerd.¹⁹ Hetzelfde geldt voor afspraken over puur interne aangelegenheden van ondernemingen of bewustmakingscampagnes.

Daarnaast schetsen de Richtsnoeren Horizontalen een ‘zachte veilige haven’ voor duurzaamheidsafspraken die voldoen aan de volgende zes cumulatieve voorwaarden: (1) transparantie; (2) vrijwilligheid; (3) geen uitsluiting van streven naar hogere normen; (4) geen onnodige uitwisseling van bedrijfsgevoelige informatie; (5) effectieve en non-discriminatoire toegang tot resultaten; en (6) geen significante prijsverhogingen of vermindering van keuzevrijheid. Als aan een van deze voorwaarden niet wordt voldaan is een individuele beoordeling vereist.

Ten aanzien van de beoordeling onder artikel 101 lid 3 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en het billijk aandeel voor consumenten vereist de Commissie dat er als resultante van kosten en baten ten minste een netto neutraal effect op consumenten in de relevante markt is, en maakt zij geen uitzondering voor milieuschadeafspraken zoals de ACM deed in haar concept-Leidraad.²⁰ Als juridische basis voor deze eis verwijst de Commissie naar de uitspraak van het Hof van Justitie in *Asnef-Equifax* uit 2006,²¹ in een lezing van de

jurisprudentie waarbij de ACM eerder kanttekeningen heeft geplaatst.²² Tegelijkertijd is er geen rechtspraak van het Hof van Justitie die dit onderwerp adresseert in de context van duurzaamheid of een andere vergelijkbare context.

Er zijn drie mogelijke bronnen voor de voordelen die door de Commissie gezamenlijk worden meegerekend voor het billijk aandeel:²³ (1) individuele gebruikswaarde in termen van prijs, kwaliteit, of keuze; (2) individuele niet-gebruikswaarde gebaseerd op betalingsbereidheid voor niet directe duurzaamheidsvoordelen (zoals het gebruik van een minder vervuילend wasmiddel of duurzaam hout); en (3) collectieve voordelen (zoals een verminderde uitstoot van CO₂) voor zover sprake is van aanzienlijke overlap tussen de gebruikers op de relevante markt en de begunstigden (of zij daar onderdeel van uitmaken) en de voordelen toekomen aan de gebruikers op de relevante markt.²⁴ Daarbij legde de Commissie in eerdere versies van deze tekst de nadruk op de noodzaak tot kwantificering van de relevante voordelen, maar laat nu ruimte voor een kwalitatieve onderbouwing.

Ten slotte heeft de Commissie naast de Richtsnoeren Horizontalen ook een nieuwe mededeling aangenomen waaruit blijkt dat zij *guidance* zal geven aan individuele partijen over de uitleg van de mededingingsregels. Dit omvat een vorm van boete-immuniteit voor bonafide partijen.²⁵ Zowel de brede uitzonderingen op het kartelverbod als het systeem van *guidance* en vrijwaring van boetes lijken op dat van de concept-Leidraad van de ACM.

De Beleidsregel toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken

Op hoofdlijnen beschouwd beantwoordt de Beleidsregel drie vragen:

1. Wat is het toepasselijk (juridisch) kader voor duurzaamheidsafspraken?
2. Wanneer treedt de ACM niet op tegen duurzaamheidsafspraken? en
3. Hoe verloopt het proces van een informele beoordeling van duurzaamheidsafspraken?

rios de Servicios Bancarios (Ausbanc).

18 In de eerste versie van deze Richtsnoeren uit 2001 bevond zich een hoofdstuk 7 over milieu: Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (2001/C 3/02) (*PbEU* 2001, C 3/2). Dit is teruggedraaid in de versie van 2011: 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).

19 Richtsnoeren Horizontalen, punt 528.

20 Richtsnoeren Horizontalen, punt 569; Tweede Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken, par. XX.

21 HvJ EG 23 november 2006, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734 (*Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL/Asociación de Usua-*

22 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; HvJ EU 11 september 2014, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201 (*MasterCard Inc. E.a./Commissie*).

23 Zie voor de theorie hierachter R. Inderst, *Incorporating sustainability into an effects-analysis of horizontal agreements*, Expert Advice, Europese Commissie 2022; R. Inderst & S. Thomas, 'The scope and limitations of incorporating externalities in competition analysis within a consumer welfare approach', *World Competition* 2022, p. 351-386.

24 Van de Sanden & Sauter 2023.

25 Mededeling van de Commissie over informeel advies.

Door dit vast te leggen in een Beleidsregel beoogt de ACM het voor marktpartijen voorspelbaar(der) te maken hoe zij zal handelen. Omdat de ACM zich hierbij uitsprekt over haar prioriteringsbeleid is de vorm van een Beleidsregel noodzakelijk, waar eerder sprake was van een (concept-)Leidraad, die is bedoeld voor de uitleg van wettelijke bepalingen.

Wat is het toepasselijk (juridisch) kader voor duurzaamheidsafspraken?

Zoals hiervoor aangegeven heeft de ACM met haar eerste en tweede concept-Leidraad niet alleen de perceptie willen wegnemen dat mededinging en duurzaamheidsafspraken niet hand in hand zouden kunnen gaan,²⁶ maar ook een bijdrage willen leveren aan de internationale discussie over de toepassing van de mededingingsregels op duurzaamheidsafspraken. De afgelopen jaren is die discussie gevoerd en dat heeft op Europees niveau geleid tot het nieuwe hoofdstuk over duurzaamheidsafspraken in de Richtsnoeren Horizontalen. De ACM zal duurzaamheidsafspraken tussen concurrenten voortaan aan de hand van die richtsnoeren beoordelen. Dit draagt bij aan de uniforme toepassing van het EU-mededingingsrecht door de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten en is daarmee goed voor de rechtszekerheid, omdat veel van de afspraken die aan de ACM worden voorgelegd effect hebben op het handelsverkeer tussen lidstaten van de Europese Unie.

Net zoals de concept-Leidraad is de Beleidsregel overigens toepasbaar op zowel horizontale als verticale afspraken. Misbruik van een economische machtspositie (EMP) en concentraties vallen erbuiten, hoewel aanneemelijk is dat een efficiencyverweer in dit verband naar analogie van de uitleg van duurzaamheidsafspraken beoordeeld wordt. Ook duurzaamheidsafspraken in de landbouwsector waarop de GMO-verordening van toepassing is, vallen buiten de reikwijdte van de Beleidsregel.²⁷

Wanneer treedt de ACM niet op tegen duurzaamheidsafspraken?

De ACM is zich ervan bewust dat een grote inspanning moet worden geleverd om de duurzaamheidsdoelen te bereiken, alsook dat de Nederlandse overheid (waaronder de ACM zelf) daarbij een belangrijke rol ziet voor ondernemingen. Daarom kiest de ACM ervoor in twee situaties duurzaamheidsafspraken niet nader te onderzoeken.

De eerste situatie ziet op afspraken die uitsluitend tot doel hebben ervoor te zorgen dat wordt voldaan aan voldoende precieze vereisten of verboden die voortvloeien uit bindende verdragen, overeenkomsten of conventies en die niet volledig worden uitgevoerd of gehandhaafd door een ondertekende staat (zogeheten *compliance*

agreements of below legal standard agreements, ook wel: nalevingsafspraken). Dergelijke afspraken, die zien op de naleving van internationale regels, vallen op grond van de Richtsnoeren Horizontalen buiten de reikwijdte van het kartelverbod van artikel 101 lid 1 VWEU, zoals hiervoor al aangegeven.²⁸ De ACM volgt deze lijn. In aanvulling daarop zal zij ook een nalevingsafpraak niet verder onderzoeken op grond van artikel 6 lid 1 Mededingingswet (Mw) en/of artikel 101 lid 1 VWEU als de afspraak uitsluitend tot doel heeft om de naleving van wettelijk bindende voldoende precieze vereisten of verboden duurzaamheidsnormen op grond van nationale of Europese publiekrechtelijke regels te waarborgen, voor zover de betreffende regel niet volledig wordt (of kan worden) uitgevoerd of gehandhaafd. Met 'uitsluitend tot doel' hebben wordt bedoeld dat de nalevingsovereenkomst niet verder gaat dan noodzakelijk is.²⁹ De reden voor deze prioriteringskeuze is dat de ACM het niet opportuun vindt om oneigenlijke concurrentie, dat wil zeggen concurrentie die er bij naleving van bindende (duurzaamheids)normen niet was geweest en er dus niet hoort te zijn, te beschermen. Dit speelt wat de ACM betreft ongeacht waar of op welk (rechtsordelijk) niveau de betreffende norm is vastgelegd. De Commissie gaat er daarentegen juist van uit dat binnen de EU effectieve publieke handhaving en daarmee naleving een gegeven is of moet zijn en dat daarom private afspraken om die norm na te leven nooit noodzakelijk zijn. Hierna gaan we daar nader op in.

De tweede situatie ziet op milieuschadeafspraken die 'een efficiënte bijdrage leveren aan de naleving van een internationale of nationale norm of het bereiken van een concreet beleidsdoel ter voorkoming van milieuschade'.³⁰ Milieuschade omvat zowel negatieve externe effecten als inefficiënt gebruik van schaarse natuurlijke hulpbronnen.³¹ Vanwege het belang om milieuschade te voorkomen of beperken zal de ACM in beginsel dergelijke milieuschadeafspraken niet verder onderzoeken als op basis van een initieel onderzoek aanneemelijk is dat de afspraak noodzakelijk is om het milieuvoordeel te behalen en dergelijke voordelen voldoende opwegen tegen de mogelijke nadelen voor de mededinging. Daarbij moeten de consumenten in de relevante markt wel een merkbaar en objectief aandeel van die voordelen ontvangen. Dat betekent in ieder geval dat de consument tot de groep moet behoren die ook voordeel heeft van de

26 Een perceptie die ontstond nadat de ACM de duurzaamheidsinitiatieven Sluiting kolencentrales en de Kip van Morgen in strijd achtte met de mededingingsregels.

27 Zie hiervoor de Leidraad samenwerking landbouwers van de ACM van 1 september 2022, www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-samenwerking-landbouwers.

28 Een vereiste hiervoor is volgens de Richtsnoeren Horizontalen wel dat in de overeenkomst is bepaald dat de betrokken ondernemingen, hun leveranciers en/of hun distributeurs aan dergelijke vereisten of verboden moeten voldoen.

29 Beleidsregel Toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken, par. 3.1.

30 Overigens hoeft het bij milieuschadeafspraken niet te gaan om (inter)nationale normen of concrete beleidsdoelen waaraan ondernemingen zijn gebonden. De reden voor dit vereiste is dat het gaat om een reëel en actueel probleem dat moet worden opgelost en waar de overheid zich toe heeft gecommitteerd. Aangezien de wensen van de overheid een weerspiegeling van de wensen van het land zouden moeten zijn, wordt de betalingsbereidheid van de overheid (om middelen te steken in het bereiken van het betreffende doel) opgevat als betalingsbereidheid van heel Nederland. Hiermee ligt er ook een verband met de democratische legitimiteit.

31 Beleidsregel Toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken, punt 22.

milieuschadeafpraak. Naast (in)directe voordelen voor de leden van deze groep kan een voordeel ook voortvloeien uit de voordelen voor de gehele samenleving waarvan zij onderdeel uitmaken, zoals bij het tegengaan van de uitstoot van broeikasgassen.³² De voorwaarde van ten minste een neutraal effect op de consument binnen de relevante markt wordt in het kader van dit prioriteringsbeleid niet gesteld. Verder moet sprake zijn van restconcurrentie.

Hoe verloopt het proces van een informele beoordeling van duurzaamheidsafspraken?

In beginsel beoordelen ondernemingen zelf (bij voorkeur tezamen met hun adviseur) of hun duurzaamheidsafpraak is toegestaan onder de mededingingsregels. Sinds de concept-Leidraad biedt de ACM de mogelijkheid om contact op te nemen als ondernemingen (of andere organisaties) er niet uitkomen. De ACM kijkt dan mee met de eigen mededingingsrechtelijke beoordeling van partijen en geeft een initiële inschatting van de mogelijkheden en risico's voor de concurrentie vanuit haar perspectief als toezichthouder. In samenspraak wordt bekeken hoe eventuele risico's kunnen worden weggenomen. De ACM doet dit op basis van de door partijen aangeleverde informatie. De eindverantwoordelijkheid blijft bij partijen. Het uitgangspunt is dat de informele beoordeling op de website van de ACM wordt geplaatst. Dit helpt andere ondernemingen die ook duurzamer willen ondernemen. Uiteraard gebeurt dit in overleg met partijen en wordt daarbij rekening gehouden met eventuele vertrouwelijkheden.

Ook onder de Beleidsregel biedt de ACM deze mogelijkheid. De afgelopen jaren heeft de ACM ervaring opgedaan met het geven van informele beoordelingen.³³ Op basis van die ervaringen en naar aanleiding van vragen die zijn opgekomen heeft de ACM het beoordelingsproces in de Beleidsregel verduidelijkt. Toegevoegd is bijvoorbeeld wat de ACM verwacht van partijen, hoe contact kan worden opgenomen met de ACM, wat partijen van de ACM mogen verwachten en wat de gevolgen zijn. Over de gevolgen gesproken: de ACM continueert de aanpak dat zij geen boete oplegt als later blijkt dat de

afpraak toch niet met de mededingingsregels verenigbaar is maar partijen de afspraak vervolgens aanpassen zodat deze alsnog in lijn met de mededingingsregels wordt gebracht. Hetzelfde geldt voor publiekelijk bekendgemaakte duurzaamheidsafspraken waarbij de Beleidsregel te goeder trouw is gevolgd. Deze laatste mogelijkheid heeft de Commissie overigens niet opgenomen in haar *Informal Guidance Notice*, zoals in de inleiding al is aangegeven. De ACM gaat op dit punt dus verder dan de Europese Commissie.

Nalevingsafspraken en oneigenlijke concurrentie

In de duurzaamheidscontext speelt voor de ACM de vraag of afspraken tussen concurrenten die ertoe dienen dat ondernemingen of hun leveranciers/afnemers duurzaamheidsnormen respecteren – nalevingsafspraken – niet mededingingsbeperkend kunnen zijn. Als dit kan worden erkend betekent dit in potentie zowel een effectievere handhaving van de betreffende normen als een ontlasting van de publieke handhaving. Bij oneigenlijke concurrentie is sprake van een vorm van concurrentie die niet op de merites (prijs, kwaliteit, keuzevrijheid) plaatsvindt en die de mededingingsregels niet beoogt te beschermen. Oneigenlijke concurrentie ligt daarmee in het verlengde van bijvoorbeeld bepaalde vormen van misbruik, zoals verkoop beneden de variabele kosten door een onderneming met een machtspositie. Ook dat is een vorm van concurrentie die de mededingingsregels niet beogen te beschermen. Het concurreren op basis van handelingen die in strijd zijn met democratisch gelegitimeerde normen is daar een variant van.

In het EU-mededingingsrecht is eerder vooral de vraag gesteld of ondernemingen door middel van een mededingingsbeperkende gedraging of afspraak überhaupt naleving van een publiek gestelde norm onderling mogen afdwingen. Daarom kijken we eerst naar de belangrijkste Europese jurisprudentie, om vervolgens een aantal tussenconclusies hieruit te trekken. Vervolgens gaan we in op de ACM-guidancepraktijk onder de concept-Leidraad, nalevingsafspraken in de Richtsnoeren Horizontalen en de Beleidsregel. We eindigen deze paragraaf met een korte beschouwing.

Nalevingsafspraken in Europese jurisprudentie

In *Hilti* (1991) bepaalde het Gerecht dat als er wetgeving en handhavinginstanties bestaan ter bescherming van een bepaald publiek belang een onderneming met een EMP niet door middel van koppelverkoop en/of discriminatie interoperabele producten op een vervolgmkt mag weigeren met beroep op de bescherming van dat publieke belang.³⁴ Het betrof hier algemene regels van productveiligheid waarachter Hilti zich verschool zonder dat was aangetoond dat die interoperabele produc-

32 Beleidsregel Toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken, punt 23-24.

33 ACM, *Brief netbeheerders kunnen samenwerken om CO₂-uitstoot te verminderen*, 24 februari 2022, beschikbaar via: www.acm.nl/sites/default/files/documents/netbeheerders-kunnen-samenwerken-om-co2-uitstoot-te-verminderen.pdf; ACM, *Persbericht ACM positief over samenwerking bedrijven om duurzaamheid in energiesector te bevorderen*, 28 februari 2022, beschikbaar via: www.acm.nl/nl/publicaties/acm-positief-over-samenwerking-bedrijven-om-duurzaamheid-energiesector-te-bevorderen; ACM, *Brief samenwerkingsovereenkomst tussen Shell en TotalEnergies voor CCS-diensten*, 27 juni 2022, beschikbaar via: www.acm.nl/system/files/documents/informele-guidance-samenwerking-shell-totalenergies-co2-opslag-noordzee.pdf; ACM, *Persbericht ACM positief over gezamenlijke afspraak tussen frisdrankleveranciers over afschaffen plastic handgreep*, 26 juli 2022, beschikbaar via: www.acm.nl/nl/publicaties/acm-positief-over-gezamenlijke-afpraak-tussen-frisdrankleveranciers-over-afschaffen-plastic-handgreep; ACM, *Brief duurzaamheidsafpraak vermindering illegale bestrijdingsmiddelen in tuinbranche*, 2 september 2022, beschikbaar via: www.acm.nl/system/files/documents/brief-informele-guidance-tuinbranche.pdf; ACM, *Brief duurzaamheidsafpraak afvalinzamelaars stimuleren recycling*, 4 oktober 2023, beschikbaar via www.acm.nl/system/files/documents/Brief%20afval-recycling%20initiatief.pdf.

34 Gerecht 12 december 1991, T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70 (*Hilti AG/Commissie*).

ten daadwerkelijk een gevaar voor de veiligheid zouden opleveren. Het achterliggende doel van Hilti was om concurrenten te weren, niet om veiligheid te bevorderen. Impliciet veronderstelde het Gerecht dat er voor de productveiligheid niet alleen bevoegde instanties bestaan, maar dat deze ook actief handhaven.

In de uitspraak van het Gerecht in *SCK-FNK* (1993) kwam dit aan de orde in relatie tot een certificeringsregeling voor kraanbedrijven die aanspraak maakte op een ontheffing op grond van artikel 101 lid 3 VWEU, in de context van de noodzakelijkheidstoets.³⁵ Er werd hier dus al aangenomen dat sprake zou zijn van een mededingingsbeperking. Uit dit arrest blijkt dat er in het EU-mededingingsrecht een algemene regel bestaat dat het in beginsel de taak van de overheid is om de naleving van de wettelijke voorschriften te verzekeren, en niet van particuliere instellingen. Dit wordt teruggevoerd op *Hilti*.

Maar ook hier is context van belang. Ten eerste kwam de ontheffing aan de orde in het kader van een langdurig en complex onderzoek van de Commissie naar een overtreding van de brancheorganisatie FNK die er feitelijk op neerkwam dat FNK-leden – kort gezegd – alleen SCK-gecertificeerde kranen konden inhuren bij andere leden waarvoor ook adviestarieven golden. Gelet op de onderliggende notulen van vergaderingen had deze regeling uitdrukkelijk als doel om de mededinging te beperken en de prijzen te verhogen en niet om de veiligheid te garanderen. FNK en SCK zijn ook beboet en de ontheffingsaanvraag kan ook niet los worden gezien van dit onderzoek.

Het *SCK-FNK*-arrest laat echter ook zien dat er zelfs bij een mededingingsbeperkende strekking ruimte is voor een privaat nalevingsmechanisme. De belangrijkste uitzondering is de situatie waarin de handhavende bevoegdheid door de overheid aan een private organisatie is overgedragen. Waar dat niet het geval is, kan daarnaast worden gesteld dat desondanks een privaat nalevingsmechanisme acceptabel is waar (1) de publieke handhaving ontoereikend is (alleen minder efficiënt zijn is niet voldoende), wat bijvoorbeeld kan blijken uit het bestaan van klachten, of (2) als er bovenwettelijke eisen gesteld worden ten bate van het beoogde legitieme doel. In de *Slowaakse Banken*-zaak (2013) van het Hof van Justitie met betrekking tot een boycot van een Tsjechische concurrent door drie Slowaakse banken werd deze gezien als een doelbeperking.³⁶ Hier waren partijen het weliswaar niet eens met de overheid over de vraag of hun concurrent een vergunning nodig had voor zijn activiteiten in Slowakije maar hadden zij de rechtmatigheid van het handelen van deze ook niet betwist voor aanvang van de gerechtelijke procedure. Als zodanig was er dus ook geen sprake van toepassing van een privaat nalevingsmechanisme van een voldoende precieze

norm waarover men het met de overheid eens was over de uitleg daarvan. Sterker nog, volgens de overheid ver-eiste de toepassing van de betreffende wettelijke norm een ingewikkelde beoordeling die niet zomaar kan worden gemaakt.

De logica van de uit *Hilti* afgeleide regel dat de handhaving van wettelijke normen door de overheid dient te gebeuren wordt in *Slowaakse Banken* gekoppeld aan de redenering dat dit ingewikkelde beoordelingen kan vereisen. Daar zal niet altijd sprake van zijn. Ook is goed denkbaar dat juist ondernemingen de (technische) kennis of een norm gehaald wordt in huis hebben, of de betreffende informatie door die ondernemingen kan worden achterhaald. Bij een afweging van verschillende publieke belangen ligt daarentegen minder voor de hand dat die afweging door ondernemingen kan worden gedaan.

Wat betekent deze rechtspraak voor nalevingsafspraken die dienen om oneigenlijke concurrentie tegen te gaan met betrekking tot duurzaamheid?

- In de eerste plaats is relevant dat het doel van een duurzaamheidsafpraak niet de daaraan mogelijk gekoppelde mededingingsbeperking is. Het bestaan van een doelbeperking moet immers niet alleen worden afgeleid uit de bewoordingen en doelen ervan, maar ook op de bredere economische en juridische context.³⁷ Als het doel van een nalevingsafpraak inderdaad duurzaamheidsbevordering is, zal het doel dan ook niet snel als mededingingsbeperkend geclassificeerd kunnen worden.
- Ten tweede is oneigenlijke mededinging als zodanig niet beschermingswaardig. Het indammen van oneigenlijke concurrentie bevordert zelfs de mededinging op de merites. Daarom dienen bij de beoordeling van een nalevingsafpraak onder de juridische exceptie op het kartelverbod alleen de mogelijke overige mededingingsbeperkende effecten te worden afgewogen tegen de duurzaamheidsvoordelen.
- In de derde plaats moet er een voldoende precieze publieke duurzaamheidsnorm bestaan die geen complexe beoordelingen, met name belangenafwegingen, meebrengt die eigenlijk alleen publieke toezichthouders kunnen uitvoeren.
- Ten vierde is een voorwaarde dat het publieke toezicht op/de handhaving van de norm ontoereikend (niet uniform en/of effectief) is. Dat kan bijvoorbeeld blijken uit klachten over oneigenlijke concurrentie ten nadele van zowel bonafide concurrenten als ten nadele van het betreffende publieke duurzaamheidsbelang of toezichthouders die aangeven dat zij onvoldoende capaciteit of expertise hebben om de betreffende norm effectief te handhaven.
- Ten slotte moet de betreffende private handhaving om acceptabel te zijn wel uniform en effectief zijn,

35 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*).

36 HvJ EU 7 februari 2013, C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71 (*Protimonopolný úrad Slovenskej republiky/Slovenská sporiteľňa a.s.*) (*Slowaakse Banken*).

37 Zie bijv. 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. Recent: HvJ EU 29 juni 2023, C-211/22, ECLI:EU:C:2023:529 (*Super Bock Bebidas SA, AN, BQ/Autoridade da Concorrência*), r.o. 35.

en behalve noodzakelijk bovendien proportioneel. Dit vereist bijvoorbeeld in voorkomende gevallen een evenwichtige procedurele regeling met hoor en wederhoor en/of een neutrale arbiter.

Als aan deze voorwaarden wordt voldaan zijn wij van mening dat nalevingsafspraken om oneigenlijke concurrentie tegen te gaan zich laten rijmen met de Europese jurisprudentie, en in beginsel niet in strijd zijn met het kartelverbod. Deze benadering kan ook worden herkend in de ACM-praktijk.

De ACM concept-Leidraad en guidancepraktijk over nalevingsafspraken

In de tweede concept-Leidraad duurzaamheidsafspraken had de ACM opgenomen dat afspraken die er enkel toe strekken dat de betrokken ondernemingen, hun leveranciers en/of hun distributeurs de nationale of internationale normen respecteren die gelden bij het zaken doen in landen buiten Europa, met name zich ontwikkelende landen, niet mededingingsbeperkend zijn en dus toegestaan zijn. In de toelichting erop stond:

‘Dergelijke afspraken zijn met name belangrijk voor bedrijven voor wie het moeilijk is om zelfstandig te controleren of hun zakenpartners zich aan de regels houden. Via convenanten treffen zij dan regelingen waardoor die controle wel mogelijk wordt. De normen waarover het dan gaat, hebben veelal betrekking op het respecteren van arbeidsrechten en andere sociale grondrechten (zoals een verbod op kinderarbeid, de betaling van een minimumloon, de rechten van oorspronkelijke bewoners en het respecteren van het recht op vakvereniging), de bescherming van natuurlijke hulpbronnen (zoals een beperking van de kap van bepaalde soorten tropisch hardhout) en op het respecteren van regels voor eerlijke handel (zoals een verbod op omkoping). Deze normen volgen veelal uit internationale conventies of verdragen. Zij kunnen vervolgens zijn vastgelegd in wetgeving ter plaatse of in het land van vestiging van de importeur of verwerkende producent. Het is echter ook mogelijk dat deze internationale normen niet (toereikend) zijn vastgelegd in de nationale wetgeving.’³⁸

De ACM had daarmee met name internationaal maatschappelijk ondernemen-convenanten (IMVO-convenanten) voor ogen. De tweede concept-Leidraad gaf hier het voorbeeld van een overeenkomst over de verwerking van hout uit delen van Azië, Latijns-Amerika en Afrika, waarbij door afspraken tussen vrijwel alle Nederlandse afnemers het respecteren van daar geldende nationale normen zou worden bevorderd.³⁹

In de praktijk bleek dat hiervan niet alleen sprake kan zijn bij het zaken doen in landen buiten Europa. In de *Tuinbranche*-zaak spraken deelnemende retailers af geen planten te verkopen die zijn behandeld met een il-

legaal bestrijdingsmiddel.⁴⁰ Kwekers die planten leverden met een illegaal bestrijdingsmiddel werden tijdelijk geboycot. Het ging hier om retailers in Nederland, over de verkoop van planten in Nederland en de naleving van een Nederlandse wet die het gebruik van bepaalde bestrijdingsmiddelen verbiedt. Niettemin achtte de ACM aannemelijk dat ook dit initiatief niet in strijd is met het kartelverbod. Kwekers die illegale bestrijdingsmiddelen gebruiken, kunnen goedkoper werken en verstoren met hun illegale activiteiten de eerlijke concurrentie of de concurrentie op de merites. Door dit tegen te gaan wordt juist eerlijke concurrentie gestimuleerd.

Relevant in deze zaak was voor de ACM dat de afspraak enkel tot doel heeft ervoor te zorgen dat wordt voldaan aan het nationale verbod op het gebruik van bepaalde bestrijdingsmiddelen, er geen discussie bestaat over het verboden karakter van het gebruik van de betreffende bestrijdingsmiddelen, er ondanks publiek toezicht nog steeds illegale bestrijdingsmiddelen worden gebruikt, alternatieven niet tot de gewenste uitkomst hebben geleid en er waarborgen zijn ingebouwd om het initiatief te beperken tot wat noodzakelijk en proportioneel is. Daarbij merkte de ACM wel op dat een onafhankelijke beslissing of de mogelijkheid tot beroep over het gebruik van illegale bestrijdingsmiddelen door kwekers nog ontbrak en moest worden geborgd, omdat de economische gevolgen voor de betreffende kweker mogelijk vergaand kunnen zijn.

Overigens heeft de ACM de afgelopen jaren desgevraagd ook haar initiële mededingingsrechtelijke inschatting gegeven over verschillende IMVO-convenanten,⁴¹ maar bijvoorbeeld ook over de pogingen van de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT) om de brandstofsector ertoe te bewegen zich te houden aan haar zorgplicht op grond van de Wet milieubeheer om de kwaliteit van brandstoffen die worden geëxporteerd te verbeteren. Uit meerdere onderzoeken bleek dat de gehalten zwavel, benzeen en mangaan in brandstoffen bedoeld voor export naar voornamelijk West-Afrika vele malen hoger lagen dan in Europese benzine en diesel is toegestaan. Deze laagwaardige autobrandstoffen werden door Nederlandse (en andere Europese) bedrijven geëxporteerd en zijn schadelijk voor mens en milieu. Hier zou vermoedelijk een *first mover disadvantage* (pioniersnadeel) spelen waardoor (sommige) partijen de kwaliteit vermoedelijk alleen zouden willen verbeteren als hierover gezamenlijke afspraken werden gemaakt.

Het doel van gesprekken tussen de ILT en de sector was dat de sector zou voldoen aan twee richtlijnen aangenomen door de regeringsleiders van de ECOWAS-landen om per 1 januari 2021 de brandstof- en voertuignormen te harmoniseren en aan te scherpen. Die richtlijnen waren nog niet door alle landen geïmplementeerd. Uiteindelijk kwam het niet tot gezamenlijke sectorafspraken

40 Zie ACM, Brief duurzaamheidsafpraak vermindering illegale bestrijdingsmiddelen in tuinbranche, 2 september 2022.

41 Zoals het convenant Duurzame kleding en textiel en het Bankenconvenant. Meest recent ook het convenant hernieuwbare energie (2023), beschikbaar via: www.ser.nl/nl/actueel/Nieuws/imvo-convenant-hernieuwbare-energie.

38 Tweede Concept Leidraad, punt 27.

39 Tweede Concept Leidraad, p. 11, voorbeeld 2.

en heeft de ILT een beleidsregel uitgevaardigd waarin zij alsnog partijen verplicht om de kwaliteit van de brandstoffen te verbeteren (en daarmee te voldoen aan de ECOWAS-richtlijnen).⁴² De rechter in kort geding bevestigde dat de zorgplicht ook betrekking kan hebben op de bescherming van mens en milieu buiten Nederland.⁴³ In potentie was mogelijk ook in deze casus sprake geweest van een niet-mededingingsbeperkende nalevingsafpraak, maar deze bleek vanwege de normering en handhaving door de ILT vooralsnog overbodig.

Richtsnoeren Horizontalen en nalevingsafspraken

Zoals hiervoor aangegeven heeft de Commissie in haar Richtsnoeren Horizontalen nalevingsafspraken opgenomen als voorbeeld van niet-mededingingsbeperkende afspraken. Naast dat het moet gaan om het voldoen aan voldoende precieze vereisten of verboden in wettelijk bindende internationale verdragen, overeenkomsten of conventies, die niet volledig worden uitgevoerd⁴⁴ of gehandhaafd door een ondertekenende staat, is vereist dat daadwerkelijk in de overeenkomst is bepaald dat de betrokken ondernemingen, hun leveranciers en/of hun distributeurs aan dergelijke vereisten of verboden moeten voldoen.

De Commissie refereert hierbij aan afspraken die zien op het voorkomen, verminderen of stopzetten van de productie of invoer in de EU van producten die in strijd zijn met dergelijke vereisten of verboden. Volgens de Commissie kunnen dergelijke overeenkomsten een geschikte maatregel zijn om ondernemingen in staat te stellen hun *due-diligence*verplichtingen op het gebied van duurzaamheid uit hoofde van nationale of EU-wetgeving na te komen en kunnen ze ook deel uitmaken van bredere samenwerkingsregelingen voor de bedrijfstak of initiatieven van meerdere belanghebbenden om nadelige duurzaamheidseffecten in hun waardeketens of hun bedrijfstak vast te stellen, te beperken en te voorkomen. De Commissie gaat ervan uit dat binnen de EU publiek gestelde normen per definitie worden nageleefd:

‘Wanneer ondernemingen volgens de EU- of nationale wetgeving moeten voldoen aan specifieke verplichtingen die een duurzaamheidsdoelstelling hebben, kunnen samenwerkingsovereenkomsten en de beperkingen die zij met zich meebrengen, daarom niet als onmisbaar worden beschouwd om de naleving van de opgelegde verplichting te waarborgen, aangezien de wetgever al heeft besloten dat elke onderneming afzonderlijk aan de verplichting in kwestie moet voldoen.’⁴⁵

42 Beleidsregel handhaving kwaliteit van benzine en diesel bestemd voor de export naar lage- en middeninkomenslanden buiten de EU, in het bijzonder ECOWAS-landen, 2022.

43 Rb. Den Haag 27 januari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:740, inzake het kort geding over de beleidsregel dat marktpartijen hadden aangespannen.

44 ‘Implemented’ in de Engelse versie van de Richtsnoeren Horizontalen.

45 Richtsnoeren Horizontalen, punt 564.

Zij ziet echter wel ruimte voor nalevingsovereenkomsten in aanvulling op publieke normen die het marktfaalen niet volledig adresseren, of waar zij onmisbaar zijn om het doel sneller of meer kostenefficiënt te bereiken en binnen de grenzen te blijven van de ruimte die de publieke normering hiertoe biedt.⁴⁶

De ACM Beleidsregel en guidancepraktijk over nalevingsafspraken

De ACM neemt de lijn zoals uiteengezet in de Richtsnoeren Horizontalen over als uitgangspunt in haar Beleidsregel. Zoals hiervoor toegelicht kiest de ACM er daarbij echter voor om bovendien nalevingsovereenkomsten die zien op normen uit nationale of Europese bronnen niet verder te onderzoeken. De ACM heeft dit direct toegepast op de *Afvalrecycling*-zaak.⁴⁷

In de *Afvalrecycling*-zaak betreft het een afspraak tussen afvalbedrijven om zich in te zetten om aan nieuwe bedrijfsklanten (ontdoeners) die ten minste 240 liter restafval per week aanleveren, altijd een contract aan te bieden voor minimaal twee afvalstromen, zoals GFT, organisch afval, folie en papier/karton. Het overgrote deel van deze groep ontdoeners is hiertoe ook al wettelijk verplicht. Het doel van het initiatief is om op deze manier een extra stimulans te bieden om afval aan de bron te scheiden en bewustzijn te ontwikkelen voor duurzaam afvalbeheer.

Naast dat hiermee sprake is van een voldoende precieze wettelijke verplichting, acht de ACM op basis van haar initiële onderzoek ook aannemelijk dat de plicht onvoldoende publiek wordt (of kan worden) gehandhaafd. Verder is het doel van de afspraak uitsluitend om ervoor te zorgen dat wordt voldaan aan de wettelijke verplichting. Hiertoe heeft de ACM onder meer gekeken of het initiatief is beperkt tot wat noodzakelijk en proportioneel is om dat doel te bereiken. Relevant in dat kader acht de ACM in ieder geval dat het initiatief op vrijwillige basis is, niet-exclusief is en de ontdoeners een zekere vrijheid behouden. Ze bepalen zelf welke afvalstroom ze willen scheiden en in individuele gevallen kan worden afgeweken van het initiatief. Ook neemt de ACM daarbij mee dat eerdere alternatieven niet lijken te hebben geholpen en er een pioniersnadeel lijkt te bestaan.

Conclusie

Inmiddels tekent zich in de EU een nieuw mededingingsbeleid ten aanzien van duurzaamheid af. Het belangwekkendst is in dit verband het nieuwe hoofdstuk over duurzaamheid in de Richtsnoeren Horizontalen van de Europese Commissie. De ACM volgt de nieuwe benadering van de Commissie vanuit het belang van een uniforme toepassing van het EU-mededingingsrecht door de Europese Commissie en de nationale mededin-

46 Richtsnoeren Horizontalen, punt 565.

47 ACM, *Nieuwsbericht ACM positief over afspraken afvalinzamelaars om recycling te stimuleren*, 4 oktober 2023, beschikbaar via www.acm.nl/nl/publicaties/acm-positief-over-afspraken-afvalinzamelaars-om-recycling-te-stimuleren.

gingsautoriteiten. Wel maakt de ACM op een tweetal punten gebruik van haar beleidsvrijheid ten aanzien van prioritering die zij als onafhankelijke toezichthouder heeft, niet alleen ten opzichte van de Nederlandse overheid maar ook ten opzichte van de Europese. Dat betekent niet dat de ACM geen open oor zou hebben voor de argumenten van medetoezichthouders in ECN-verband, maar wel dat zij op dit punt het laatste woord heeft. Verdere rechtsontwikkeling ten aanzien van de uitleg van het EU-mededingingsrecht die de Commissie geeft in haar richtsnoeren en in het bijzonder het billijk aandeel valt te verwachten van het Hof van Justitie.

De belangrijkste recente wijziging van de ACM ten aanzien van duurzaamheid in de Beleidsregel betreft de mate van ruimte die wordt geboden voor nalevingsovereenkomsten. Op het eerste gezicht lijkt de Europese jurisprudentie private nalevingsmechanismen van publieke normen niet toe te staan. Bij nadere beschouwing lijkt de jurisprudentie wel degelijk openingen te bieden mits aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. De Richtsnoeren Horizontalen geven inmiddels inderdaad ook ruimte voor nalevingsafspraken die zien op internationale normen. Maar waar EU- of nationale duurzaamheidsnormen bestaan, wordt die ruimte in de Richtsnoeren niet gegeven.

De ACM heeft ervoor gekozen om met de invulling van haar prioriteringsbevoegdheden alle nalevingsafspraken die op EU- of nationale duurzaamheidsnormen zien en aan het noodzakelijkheidsvereiste voldoen vrij baan te laten. Vermeldenswaardig is dat de CMA in haar conceptrichtsnoeren over duurzaamheid en mededinging ook heeft opgenomen dat nalevingsafspraken niet-mededingingsbeperkend zijn.⁴⁸ De CMA lijkt daarbij zowel de naleving van nationale als internationale regels voor ogen te hebben. De praktijk zal uitwijzen hoe vaak het inderdaad noodzakelijk is om afspraken te maken over de naleving van nationale normen.

In ieder geval zal de relevantie van internationale nalevingsafspraken toenemen. Dit geldt onder meer vanwege de toename aan IMVO-wetgeving, zoals het Nederlandse wetsvoorstel verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen⁴⁹ en het voorstel voor een Richtlijn over verantwoord en duurzaam ondernemen.⁵⁰ Daarin worden ondernemingen opgeroepen op samen te werken om negatieve effecten (in de keten) te beëindigen. Ook de Commissie heeft deze wetgeving duidelijk voor ogen, zoals blijkt uit de toelichting in de Richtsnoeren Horizontalen. Ten slotte rijst, evenals ten aanzien van het billijk aandeel, nog de vraag of de ontwikkelingen op het vlak van de nalevingsovereenkomsten die zich voordoen in de duurzaamheidscontext, breder weerklank zullen vinden binnen het mededingingsrecht.

48 CMA, *Draft guidance*.

49 *Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 2, Wetsvoorstel verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen*, 11 maart 2021.

50 *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*, 23 februari 2022.