

SPANNINGEN TUSSEN DUURZAAMHEID EN EUROPEES RECHT

ONDER REDACTIE VAN

Mr. N.M. Hoek
Prof. mr. C.J.H. Jansen
Prof. mr. A.U. Janssen
Prof. mr. P.H.L.M. Kuypers

Serie Onderneming en Recht
deel 146

WOLTERS KLUWER – 2024

WOORD VOORAF

Duurzaamheid is uitgegroeid tot een van de belangrijkste pijlers onder het beleid van de Europese Unie (EU) op het gebied van economie en samenleving. De Europese doelstellingen die samenhangen met duurzaamheid, betreffen niet alleen het klimaat en het milieu, maar bijvoorbeeld ook de volksgezondheid, de biodiversiteit, de water- en luchtkwaliteit en de levenskwaliteit. Zij hebben zich mede vertaald in de Europese *Green Deal* (2019).¹ Het is de uitdrukkelijke bedoeling van de EU dat zowel staten als bedrijven bijdragen aan de verwezenlijking van deze doelstellingen. Zij raken rechtstreeks het functioneren en het concurrentievermogen van ondernemingen. Het streven van de EU is de transformatie van de huidige Europese economie en samenleving tot een klimaatneutrale en circulaire economie en duurzame samenleving. De *Green Deal* hoopt bij die transformatie een belangrijke wegwijzer te zijn.

Het streven naar de verwezenlijking van duurzaamheid tot in de haarvaten van de Europese economie en samenleving leidt soms tot spanningen met het bestaande EU-recht. Duurzaamheid was vaak nog geen doelstelling, toen bepaalde Uniewetgeving werd afgekondigd of het Hof van Justitie van de EU richtinggevende uitspraken deed. Het geldende EU-recht bemoeilijkt zelfs soms de verwezenlijking van duurzaamheidsdoelen, bijvoorbeeld op het gebied van het consumenten- en aanbestedingsrecht. Het doel van deze bundel is de bespreking van de spanningen tussen het streven naar een duurzame economie en samenleving en een aantal EU-rechtsgebieden (zoals het staatssteun-, mededingings-, kartel-, aanbestedings-, natuurherstel- en consumentenrecht). Anders gezegd, de auteurs in de bundel hebben niet gestreefd naar volledigheid bij hun analyses van de verschillende rechtsgebieden, maar hebben de vinger willen leggen op de ‘zere’ plek waar duurzaamheid schuurt met het geldende Unierecht.

1 Mededeling van de commissie, De Europese Green Deal, 11 december 2019 (Brussel), COM(2019) 640 final.

Het onderzoeken van de spanningen tussen duurzaamheid en Europees recht is een uitdagend thema, actueel en meer dan relevant voor de wetenschap en de praktijk. In de inleiding bij deze bundel licht de redactie het thema nader toe. Zij dankt de auteurs voor hun bijdrage. Wij danken Marianne Koopman die het boek met zorgvuldigheid drukklaar heeft gemaakt. Zij werd in haar werk bijgestaan door de student-assistenten Niels Burghoorn en Yael Goertz. Met genoegen neemt de redactie het in de serie op.

S.C.J.J. Kortmann
N.E.D. Faber
C.J.H. Jansen
B.A. Schuijling

Nijmegen, november 2023

INHOUDSOPGAVE

WOORD VOORAF	V
Inleiding	1
<i>N.M. Hoek, C.J.H. Jansen, A.U. Janssen & P.H.L.M. Kuypers</i>	
Mededingingsbeleid en duurzaamheid	7
<i>J.C.A. Houdijk</i>	
1. Opzet en vraagstelling	7
2. Beschrijving van het relevante EU-regelgevingskader op het vlak van milieu en duurzaamheid	12
2.1 De uitgangspunten van het EU-milieurecht	12
2.2 EU-milieuregelgeving	15
2.3 EU-duurzaamheidsmaatregelen	16
2.4 De betekenis en de kracht van het milieu-integratiebeginsel	19
3. De werking van het mededingingsrecht en de omgang met duurzaamheidsbelangen binnen dit rechtsgebied	20
3.1 Beschrijving van het kartelverbod en de systematiek van excepties op het verbod	20
3.2 Mededingingsrechtelijke beleidsontwikkelingen op EU- en nationaal (Nederlands) niveau	25
4. Een hernieuwde interpretatie van het mededingingsrecht in duurzaamheidszaken: Nederland gidsland?	28
4.1 Duurzaamheidsafspraken die de mededinging niet beperken	29
4.2 Duurzaamheidsafspraken met voordelen die opwegen tegen de mededingingsbeperkingen	30
4.2.1 Wat valt onder een billijk aandeel voor de gebruiker?	30

4.2.2	Kwantificering van voor- en nadelen van een duurzaamheidsafspraken?	33
4.2.3	Tussenconclusie	33
4.3	Duurzaamheidsafspraken die tot stand komen in overleg met de ACM (beoordeling door ACM)	34
5.	Een hernieuwde interpretatie van het mededingingsrecht in duurzaamheidszaken op EU-niveau: de opstelling van de Europese Commissie tegen het licht van de Green Deal	37
5.1	EC-beleidsinitiatieven op het vlak van duurzaamheid en mededinging	37
5.2	De beleidslijn van de Europese Commissie op het snijvlak van duurzaamheid en mededinging	40
5.3	Reacties op de beleidslijn van de Europese Commissie	41
6.	Conclusie	44
Staat het staatssteunrecht in de weg aan duurzaamheidsambities?		49
<i>T.J. Binder</i>		
1.	Inleiding	49
2.	Staatssteun voor milieubescherming en energiebesparingen	52
3.	Staatssteun voor andere beleidsdoelstellingen	59
3.1	Nederlands rechtspraak	60
3.2	Europese rechtspraak	61
3.3	Europese Commissie	67
4.	Conclusie	68
Het duurzaam beheer van natuurgebieden als dienst van algemeen (economisch) belang		71
<i>J.W. van den Gronden</i>		
1.	Inleiding	71
2.	Concept diensten van algemeen (economisch) belang en duurzaam beheer van natuurgebieden	73
2.1	Het concept dienst van algemeen economisch belang	74
2.2	Duurzaam natuurbeheer als dienst van algemeen economisch belang	75
2.3	De verhouding tussen duurzaam natuurbeheer en de EU-regels voor staatssteunregels en diensten van algemeen economisch belang	77
3.	Een voorbeeld van natuurbeheer: Natura 2000-gebieden	80
4.	Financiering van Natura 2000-gebieden en diensten van algemeen economisch belang	84
4.1	Het Unierechtelijk kader voor de financiering van diensten van algemeen economisch belang	85

4.2	Financiering van het beheer van natuurgebieden	88
4.2.1	Economische activiteiten: zijn de staatssteunregels van toepassing?	89
4.2.2	Financiering van Natura 2000-gebieden en diensten van algemeen economisch belang	93
4.2.3	Hoe nu verder?	96
5.	Conclusies	98

Het voorstel voor een richtlijn over internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen: een ongelukkig huwelijk tussen ketenafspraken en het EU-mededingingsrecht? 99

J.M. Veenbrink

1.	Inleiding	99
2.	De IMVO Richtlijn	103
2.1	De totstandkomingsgeschiedenis van de IMVO Richtlijn	103
2.2	Reikwijdte van de IMVO Richtlijn	104
2.2.1	De onderneming	104
2.2.2	Dochterondernemingen en gevestigde relaties	105
2.3	De verplichtingen uit de IMVO Richtlijn	107
2.3.1	Duurzaamheidsdoelstellingen	107
2.3.2	Verplichtingen om milieueffecten te voorkomen en te beperken	109
2.3.3	Klimaatverandering	110
3.	Het Europese mededingingsrecht: een beperkende factor?	113
3.1	Toepasselijkheid	113
3.2	De onderneming, groepsstructuren en agentuurovereenkomsten	115
3.3	Groepsvrijstelling verticale overeenkomsten	119
3.4	Artikel 101 lid 1 en lid 3 VWEU	121
4.	Conclusie	126

Nature restoration put to EU law: tensions and synergies between private property rights and environmental protection 129

N.M. Hoek

1.	Introduction: decline of nature and biodiversity recovery	129
2.	The proposed EU Restoration law, a paradigm shift in biodiversity law?	132
3.	Conceptualizing (private) property and ownership: a sisyphian task?	135
4.	The legal framework in the EU on the protection of (private) property rights	136

5.	The proposed EU Nature Restoration Law: an analysis through the lens of property protection	138
6.	Repairing potential interferences with the right to property	140
7.	Critical reflections on the nexus between property rights and environmental protection in the EU	141
8.	Private property rights within the European Union: potential synergies with nature restoration?	143
9.	Concluding remarks	145

Hoe duurzaam kunnen c.q. willen we zijn in aanbestedingsprocedures? 149

P.H.L.M. Kuypers

1.	Inleiding	149
2.	Hoe verhouden zich aanbestedingsrecht en duurzaamheid?	153
3.	Wat kan het aanbestedingsrecht op het gebied van duurzaamheid?	158
4.	Duurzaam milieu en aanbesteden: wat is mogelijk?	159
4.1	Inleiding	159
4.2	Technische specificaties	160
4.3	Keurmerken	161
4.4	Uitsluitingsgronden	163
4.5	Afwijzing van abnormaal lage inschrijvingen	165
4.6	Levenscycluskosten	165
5.	Duurzaam milieu en aanbesteden: wat zou nog meer mogelijk moeten worden?	167
5.1	Inleiding	167
5.2	Technische specificaties	168
5.3	Keurmerken	170
5.4	Uitsluitingsgronden	170
5.5	Abnormaal lage inschrijving	172
5.6	Levenscycluskosten	172
6.	Duurzaam sociaal aanbesteden	173
6.1	Inleiding	173
7.	Duurzaam sociaal aanbesteden: wat zou het aanbestedingsrecht nog meer kunnen doen?	175
8.	Conclusie	176
	Literatuurlijst	178

Inhoudsmoderatie door onlineplatforms en een duurzame democratie 181
P.T.J. Wolters

1.	Inleiding	181
2.	De invloed van onlineplatforms op het democratische proces	184
2.1	Positieve invloed	184
2.2	Negatieve invloed	186
2.3	De spanning bij de regulering van inhoudsmoderatie	190
3.	Algemene Europese inhoudsmoderatieverplichtingen: de DSA	191
3.1	Algemene inhoudsmoderatieverplichtingen: illegale inhoud en fundamentele rechten	192
3.2	Bijzondere inhoudsmoderatieverplichtingen	194
3.3	Bijzondere verplichtingen voor zeer grote onlineplatforms	196
3.4	Tussenconclusie	199
4.	Bijzondere Europese inhoudsmoderatieverplichtingen	200
4.1	Desinformatie	200
4.2	Hate speech	202
4.3	Politieke advertenties	204
4.4	Versterking van de media	206
5.	Conclusie	207

Duurzame consumptie en maximum harmonisatie: water en vuur? 211
E. Terry & E.V. Irambona

1.	Inleiding	211
2.	Context: evolutie in de richting van een duurzamer consumentenrecht	213
3.	Vrij verkeer en harmonisatie als beperkingen voor een nationaal beleid inzake duurzame consumptie	219
3.1	Vrij verkeer als beperking voor nationale experimenten – technische reglementering	219
3.2	Maximum harmonisatie in het consumentenrecht als beperking voor nationale experimenten	226
3.2.1	Tendens naar maximum harmonisatie	226
3.2.2	Evaluatie van de nood aan maximum harmonisatie voor een duurzaam consumentenrecht	228
3.2.3	Art. 114 lid 4 en 5 VWEU als oplossing voor nationale wetgeving voor duurzame consumptie?	231
3.2.4	Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en nationale wetgeving voor duurzame consumptie	234
3.2.5	Richtlijn consumentenrechten en nationale wetgeving voor duurzame consumptie	237

4.	'Testomgevingen voor regelgeving' als oplossing?	238
5.	Conclusie: nood aan nationale experimenteerruimte	242

De nieuwe consumentenkooprichtlijn en duurzaamheid: steeds relevant?	243
<i>R.M. Gellert</i>	

1.	Inleiding: Micklitz' observatie over het onvermogen van de huidige EU-consumentenwetgeving om duurzaamheidsdoelen te bereiken	243
2.	Duurzaamheid: een conformiteitsvereiste als onderdeel van het garantiestelsel onder de CKR	246
2.1	Betekenis van duurzaamheid onder de CKR	246
2.1.1	Beperkingen van duurzaamheidsconcept in de CKR (1): alleen fysieke veroudering	247
2.1.2	Beperkingen van duurzaamheidsconcept in de CKR (2): Onvoldoende rekening houden met technologische veroudering?	248
2.1.3	Beperkingen aan duurzaamheidsconcept in de CKR (3): onvoldoende rekening gehouden met herstelbaarheid?	250
2.2	Problemen met duurzaamheid als conformiteitscriterium, inclusief de wettelijke garantie	251
2.2.1	Duurzaamheid als conformiteitscriterium en zijn kritieken	251
2.2.2	Oplossingen naar voren gebracht in de literatuur en hun beperkingen	252
3.	Weg vooruit om de geconstateerde tekortkomingen aan te pakken: nog steeds de kritiek van Micklitz rechtvaardigen?	255
3.1	De ecodesign Verordening	256
3.2	De Richtlijn consumentenbevoegdheid	257
4.	Conclusies	260

INLEIDING

N.M. Hoek, C.J.H. Jansen, A.U. Janssen & P.H.L.M. Kuypers¹

Duurzaamheid als begrip zit verankerd in de kern van de Europese verdragen. Volgens lid 3 van artikel 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU, 1992) zet de Unie zich in voor de duurzame ontwikkeling van Europa, een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen en sociale vooruitgang, een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu. Deze doelstellingen hebben zich mede vertaald in de zogenaamde Europese *Green Deal* (2019).² De Europese Commissie geeft daarin als haar vaste voornemen te kennen de problemen in verband met klimaat en milieu te willen oplossen. De grensoverschrijdende opgave in dit kader is groot. De biodiversiteit in de EU blijft afnemen: slechts een op de vijf van de beschermde natuurgebieden is in een gunstige staat van instandhouding, hetgeen cruciale functies zoals bestuiving, waterregulering en (natuur)toerisme in gevaar brengt.³ Doelen omtrent waterkwaliteit en schone lucht worden amper gehaald in de 27 lidstaten.⁴ Daarnaast zorgt klimaatverandering, in de vorm van extreem

-
- 1 Mr. N.M. Hoek is a PhD Researcher at the European University Institute (EUI) in Florence. Prof. mr. C.J.H. Jansen is hoogleraar Rechtsgeschiedenis en Burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en voorzitter van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R). Prof. mr. A.U. Janssen is hoogleraar Burgerlijk Recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en prof. mr. P.H.L.M. Kuypers is hoogleraar Europees en nationaal aanbestedingsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht. Daarnaast is hij advocaat bij AKD. Hij is gespecialiseerd in Europees recht en werkzaam te Brussel.
 - 2 Mededeling van de Commissie van 11 december 2019 (...) De Europese Green Deal COM(2019)640 final.
 - 3 'Conservation Status Of Habitats Under the EU Habitats Directive', eea.europa.eu, 18 november 2021; 'Living Planet Rapport 2022', wnf.com; C.A. Hallmann e.a., 'More than 75 percent decline over 27 years in total flyinginsect biomass in protected areas', *PLOS ONE* (12) 2017, afl. 10; Intergovernmental Panel on Biodiversity and Ecosystem Services (IPBES), *Global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*, 2019.
 - 4 'Conservation Status Of Habitats Under the EU Habitats Directive', eea.europa.eu, 18 november 2021; 'Living Planet Rapport 2022', wnf.com; C.A. Hallmann e.a., 'More than 75 percent decline over 27 years in total flyinginsect biomass in protected areas', *PLOS ONE* (12) 2017, afl. 10; Intergovernmental Panel on Biodiversity and Ecosystem Services (IPBES), *Global assessment report on biodiversity*

weer en toenemende verdroging, voor aanvullende zorgen – waarbij zowel *klimaatadaptatie* en *klimaatmitigatie* zullen nodig zijn om bepaalde delen van het continent (goed) leefbaar te houden op de lange termijn.⁵

De *EU Green Deal* streeft zodoende naar een rechtvaardige en inclusieve transformatie van de huidige Europese economie en samenleving naar een eerlijke en welvarende samenleving met een moderne, hulpbronnenefficiënte en concurrerende economie, met andere woorden: naar een duurzame Europese samenleving en economie. Zoals de Europese Commissie in haar mededeling aangeeft: “De uitdagingen zijn complex en onderling verbonden. De beleidsaanpak moet daadkrachtig en breed zijn en zich richten op de voordelen voor de volksgezondheid, de levenskwaliteit, de weerbaarheid en terwijl het concurrentievermogen wordt gemaximaliseerd.” Hierbij stelt de Europese Commissie dat ze streeft om zowel duurzaamheid als het welzijn van burgers bij haar economische beleid centraal te stellen.⁶ Een belangrijke ambitie van de EU is zodoende om tot een klimaatneutrale en circulaire economie te komen – via de *mobilisatie van het bedrijfsleven*. Europa moet in dit kader gebruikmaken van de potentie van de digitale transformatie, om zo de doelstellingen van de *Green Deal* dichterbij te brengen, aldus de Europese Commissie.⁷

Het actieplan voor de circulaire economie omvat maatregelen die bedrijven stimuleren om herbruikbare, duurzame en repareerbare producten aan te bieden en consumenten in staat te stellen voor die producten te kiezen.⁸ Aanvullend noemt de Europese Commissie het belang van schone energie, de verhoging van de EU-klimaatambities, het terugbrengen van diverse vormen van vervuiling tot nul, het behoud en herstel van ecosystemen en de biodiversiteit, de ontwikkeling van een eerlijk, gezond en milieuvriendelijk voedselsysteem en de versnelling van duurzame mobi-

and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services, 2019.

5 Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability*, 2022.

6 Mededeling van de Commissie van 11 december 2019 (...) De Europese Green Deal COM(2019)640 final, p. 2-3.

7 Een kanttekening hierbij is dat digitalisering (bijv. vanwege de grote energieconsumptie) ook een probleem op de weg naar meer duurzaamheid vormen. Zie Arianna Crosera, ‘The European Green Deal: What Future for Data Centres?’, *Euro-puls Policy Journals on EU Affairs* (1) 2021, afl. 1, p. 118.

8 Mededeling van de Commissie van 11 december 2019 (...) De Europese Green Deal COM(2019)640 final, p. 7.

liteit.⁹ Over het algemeen zijn deze doelen aanvankelijk vormgegeven in een eenduidige strategie – en *daarna* (deels) omgezet in een voorstel voor een nieuw of herzien juridisch instrument, dat invulling dient te geven aan deze doelen.¹⁰ Kortom, de *Green Deal* is een groot en samenhangend pakket – gericht op het creëren van een ‘duurzaam en welvarend Europa’.

Toch bewandelen deze voorstellen in het kader van de *EU Green Deal* een moeilijk en hobbelig pad. Want, wat houdt deze transformatie van de EU naar een duurzame toekomst in? En in hoeverre is ‘duurzame ontwikkeling’ – hetgeen meer productie impliceert – verenigbaar met de samenhangende milieuproblematiek zoals hierboven geformuleerd? Het is niet eenvoudig vast te stellen in welke mate de EU en haar lidstaten ‘duurzaam’ handelen, omdat duurzaamheid naar haar aard niet vastomlijnd is en – modern gezegd – een ‘containerbegrip’ is. Bovendien, een containerbegrip dat uitgedund of uitgerekt lijkt te worden zodra politieke of economische omstandigheden hierom vragen. Om enig houvast te geven zijn de zogeheten ESG-factoren ontwikkeld, bestaande uit (i) *Environmental*, (ii) *Social* en (iii) *Governance* indicatoren.¹¹ De factor *Environmental* heeft betrekking op de impact van de EU en haar lidstaten op milieu, natuur en klimaat, de factor *Social* op de impact van de EU en haar lidstaten op mensen in Europa en de factor *Governance* op de kwaliteit van het bestuur van de EU en haar lidstaten. Alhoewel in de literatuur ook weerstand is met oog op de ESG-factoren, gelet op hun alomvattendheid, kunnen deze

9 Mededeling van de Commissie van 11 december 2019 (...) De Europese Green Deal COM(2019)640 final, p. 3. Deze doelen zijn, individueel, omgezet in diverse strategieën. Van de Europese Biodiversiteit Strategie 2030, de *zero pollution action plan*, en de Strategie voor een Circulatie Economie.

10 Zie bijv. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – EU-biodiversiteitsstrategie voor 2030 – De natuur terug in ons leven brengen COM(2020)380 final; communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Pathway to a Healthy Planet for All – EU Action Plan: ‘Towards Zero Pollution for Air, Water and Soil’ COM(2021)400 final.

11 De Europese Commissie hoopt met ‘De Europese Green Deal’ bij te dragen aan de verwezenlijking van de *2030 Agenda for Sustainable Development*, aangenomen door de Verenigde Naties (VN) in 2015. Deze Agenda richt zich op het mobiliseren van krachten tot het beëindigen van alle vormen van armoede, de bestrijding van ongelijkheid en het tegengaan van klimaatverandering. Zij formuleert 17 duurzame ontwikkelingsdoelen, aan de verwezenlijking waarvan de leden van de VN zich hebben gecommitteerd, zoals het uitbannen van armoede (doel 1), het streven naar goede gezondheid (doel 3), gendergelijkheid (doel 5), betaalbare en duurzame energie (doel 7), eerlijk werk (doel 8) en verantwoorde consumptie en productie (doel 12).

indicatoren een relevant startpunt zijn voor een kritische analyse.¹² Juridische instrumenten hebben immers de mogelijkheid om een bijdrage te leveren op elk van deze drie punten – of in een ideale situatie – aan alle drie de componenten.

In dit kader moet worden benadrukt dat, gelet op dit uitgangspunt, veel doelen op het gebied van ‘sociale’ duurzaamheid naadloos aansluiten bij vertrouwde Europese waarden. Volgens het reeds genoemde lid 3 van artikel 3 VEU bestrijdt de EU sociale uitsluiting en discriminatie en bevordert zij de gelijkheid van mannen en vrouwen en de bescherming van de rechten van het kind. Grondrechten – zoals gewaarborgd in het EVRM – maken als algemene beginselen deel uit van recht van de Unie, hetgeen terug te vinden is in artikel 6 lid 3 VEU. De EU erkent daarnaast de grondrechten die zijn opgenomen in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (2000/2007). Artikel 5 van dit Handvest verzet zich tegen dwangarbeid en bestrijdt in artikel 21 discriminatie. Bovendien waarborgt het in artikel 23 jo. artikel 24 van het Handvest de gelijkheid van mannen en vrouwen en de rechten van het kind. Samenvattend, sociale EU-grondrechten zijn in dit kader reeds ‘ingebakken’ in het EU recht. Het is daarom te verwachten dat, met betrekking tot deze sociale onderwerpen het geldende EU-recht in mindere mate zal schuren met de door de EU voorgestane transitie naar een duurzame samenleving en economie.

Dat geldt veel minder voor andere ‘traditionele’ EU-gebieden, waar een lange traditie van EU-regelgeving is opgebouwd, zoals de bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken en oneerlijke concurrentie (het mededingingsrecht), de bescherming van consumenten (het consumentenrecht) en het streven naar eerlijke en transparante aanbestedingen door de overheid, zoals voor de bouw van een brug of de levering van een dienst (het aanbestedingsrecht). Op laatstgenoemd gebied geldt bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel: de overheid moet ondernemingen die een kans maken op de opdracht hetzelfde behandelen.¹³ Weliswaar is vandaag de dag maatschappelijk verantwoord inkopen het uitgangspunt bij aanbestedingen en kan de aanbestedende overheid niet alleen op de prijs voor de dienst of het product letten, toch is de weging van die prijs een belangrijke factor bij aanbestedingen. Dit gegeven kan ‘schuren’ tegen de effecten op

12 Lippert, *An introduction to the criticism on sustainable development* (Brandenburg University of Technology), 2014, p. 51.

13 Art. 18 Richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten.

milieu en klimaat. Ook op het gebied van het consumentenrecht komt dit verschijnsel voor. Een consument mag in vele gevallen een overeenkomst zonder opgave van redenen binnen veertien dagen herroepen. Op grond van die herroeping kan hij de gekochte zaak zonder verdere redenen terugsturen naar de verkoper.¹⁴ De vraag rijst of dit herroepingsrecht niet schuurt met het streven naar meer duurzaamheid, met oog op de reductie van de impact op het klimaat (vooral door het onnodige transport van zaken) en het verstandig omgaan met schaarse grondstoffen (vele van de teruggestuurde zaken worden namelijk vernietigd).

Het overkoepelende probleem dat besloten zit in de voorbeelden, zoals hierboven omschreven, is dat het recht schuurt met duurzaamheidsdoelen, in de zin dat *geldend recht verduurzaming actief bemoeilijkt, binnen het hedendaagse kader*. Dit kan worden gekwalificeerd als een ‘verhinderende’ vorm van schuring tussen recht en duurzaamheid. Een ander scenario is dat duurzame wetgevingsvoorstellen kunnen worden verweten bestaande (economische) rechten te doorkruisen. Hierbij kan men denken aan het recht op eigendom, dat wordt gebruikt als argument om duurzame instrumenten niet aan te nemen of af te zwakken. Met andere woorden, dit kan worden gekwalificeerd als ‘afremmende’ schuring waarbij *duurzame perspectieven van nieuwe voorstellen worden getemd door het geldende (economische) recht*. Kortom, het schuren van het Europees Economisch recht en duurzaamheid kan meerdere kanten opgaan, zowel binnen het geldende recht als in de ontwikkeling van wenselijk recht. Gelet op de orde van de milieuproblematiek op het Europese continent, is deze uitdaging een punt van zorg. Allebei de vormen van schuring hebben de potentie om de doelen uit de *Green Deal*, zoals hierboven geformuleerd, in meer of mindere mate dwars te liggen.

Het doel van deze bundel is niet de bespreking van de wijze waarop het EU-streven naar duurzaamheid is uitgewerkt in richtlijnen, verordeningen, beleidsnotities en plannen. Dan zou – bij wijze van spreken – één bundel niet volstaan. De bedoeling is om ten aanzien van een aantal belangrijke gebieden van het Europese recht de spanningsverhouding tussen het geldende EU-recht en de huidige EU-rechtspraak aan de ene kant en het streven naar een duurzame samenleving en economie (zoals onder meer neergelegd in de *Green Deal*) aan de andere kant in kaart te brengen – en waar mogelijk een oplossing voor aan te dragen. Deze doelstelling

14 Art. 6 e.v. Richtlijn 2011/83/EU van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten.

ziet zowel op de toekomstgerichte ‘afremmende’ vorm van schuring en de hedendaagse ‘verhinderende’ vorm van schuring, zoals hierboven besproken. Beide vormen komen aan bod door de diverse auteurs. Op deze wijze hoopt de redactie een leemte in de bestaande literatuur te vullen. Deze kwestie van schuring tussen geldend recht en wenselijk recht komt in de bestaande literatuur (nog) niet op systematische wijze aan bod.¹⁵

15 Hier moet worden benadrukt dat de bundel afgerond is op 1 juni 2023. Zodoende geeft de bundel de stand van zaken weer zoals bekend in deze periode. De rode draad die door de spanningsvelden – zoals omschreven in het boek – heenloopt, geeft een beeld weer van een probleem, dat zich vaker kan herhalen.

MEDEDINGINGSBELEID EN DUURZAAMHEID

Groene kartels en de excepties op het kartelverbod: hoe duurzaam is het Europese mededingingsrecht?

J.C.A. Houdijk¹

1. Opzet en vraagstelling

Mededinging en duurzaamheid/milieubelangen is een thema dat binnen het mededingingsrecht al enige decennia op de agenda staat. De Europese Commissie (hierna ook: EC of Commissie) heeft zich in de jaren negentig van de vorige eeuw reeds uitgebreid uitgelaten over mogelijk mededingingsbeperkende samenwerkingsverbanden tussen ondernemingen die zich richtten op de vermindering en recyclage van afvalstoffen. De Commissie heeft daartoe destijds zowel formele besluiten² als informele besluiten³ genomen. In Nederland is de Autoriteit Consument & Markt (ACM, destijds: NMa) zich eigenlijk direct na haar oprichting in 1998 met milieu- en duurzaamheidsafspraken van ondernemingen en ondernemersvereni-

1 Mr. dr. J.C.A. (Joost) Houdijk is werkzaam als advocaat en counsel bij de vakgroep Europees en mededingingsrecht van AKD Benelux Lawyers.

2 Zie Beschikking Commissie 92/96 van 14 januari 1992, Assurpol, *Pb.* 1992, L 37/16; Beschikking Commissie 94/322/EG van 18 mei 1994, Exxon/Shell, *Pb.* 1994, L 144/20; Beschikking Commissie 94/986/EG van 21 december 1994, Philips-Osram, *Pb.* 1994, L 378/37; Beschikking Commissie 2000/475/EG van 24 januari 1999, CECED, *Pb.* 2000, L 187/47. Zie over dit besluit ook T. Lübbig, 'Sustainable Development and Competition Policy', *Journal of European Competition Law & Practice* 2013/4, no. 1, p. 1.

3 Zie VOTOB-zaak in het XXIIe Mededingingsverslag 1992 van de Commissie, Luxemburg, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 1993, p. 114-116, par. 177 e.v. Zie ACEA-zaak in het XXVIIIe Mededingingsverslag 1998 van de Commissie, Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 1999, par. 131, p. 62. Zie hierover ook het persbericht van de Europese Commissie van 6 oktober 1998, IP/98/865, 'ACEA CO₂ commitment'. Zie voorts CEMEP-zaak in Persbericht Commissie van 23 mei 2000, IP/00/508, 'Commission clears European manufacturers' agreement to improve energy efficiency of electric motors'. Zie hierover ook *Competition Policy Newsletter* 2000/2, p. 24 en 25. Zie voorts Valpak-zaak in het XXVIIIe Mededingingsverslag 1998 van de Commissie, Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 1999, par. 133 en 134, p. 62-63.

gingen gaan bezighouden. Bekend zijn de *Stibat*-zaken,⁴ waarna andere duurzaamheidsbesluiten al snel volgden.⁵

Het gaat bij mededingingsrechtelijke duurzaamheidszaken in de kern om de (mededingingsrechtelijke) toetsing van private samenwerkingsverbanden die enerzijds bepaalde mededingingsbeperkingen in zich dragen, maar anderzijds bepaalde duurzaamheidsdoelstellingen realiseren zoals de vermindering van afval en van uitstoot of de recyclage van afvalstoffen. De mededingingsbeperking kan bijvoorbeeld zitten in een afstemming tussen branchegenoten tot het uitfasen van goedkope maar vervuilende productiemethoden. Op korte termijn zal een dergelijke afspraak leiden tot hogere kosten voor de gebruikers van producten van de branche-ondernemingen. Voor de maatschappij c.q. de omgeving zal zij echter milieuvoordelen genereren. In hoeverre kunnen dit soort overeenkomsten tussen ondernemingen de toepassing van het kartelverbod doorstaan? Deze bijdrage richt zich met name op de vraag hoe de exceptiemethodiek binnen het mededingingsrecht kan worden ingezet om tot een passende afweging van voornoemde (tegengestelde) belangen te komen.

Duurzaamheid of duurzame ontwikkeling is een breed begrip dat niet eenduidig is te definiëren.⁶ VN-resolutie 66/288 uit 2012 omschrijft duurzame ontwikkeling als de “ontwikkeling naar een economische, sociale en milieuvriendelijke duurzame toekomst voor de aarde en voor huidige en toekomstige generaties”.⁷ Hierbij valt te denken aan de bescherming van milieu, biodiversiteit, klimaat, volksgezondheid, dierenwelzijn, eerlijke handel, arbeidsomstandigheden (zoals kinderarbeid, leefbaar loon, vakbondsvrijheid) en mensenrechten.⁸ Deze bijdrage concentreert zich in beginsel op duurzaamheid in de zin van milieubescherming, en zal duidelijk

4 Besluit NMa van 18 december 1998, zaaknr. 51, *Stibat*; Besluit NMa op bezwaar van 31 mei 1999, zaaknr. 51, *Stibat*.

5 Zie NMa-besluit van 5 april 2000 in zaaknr. 115/69, *Stichting Auto & Recycling*; NMa-besluit van 22 oktober 2001 in zaaknr. 2026/23, *Auto Recycling Nederland II*; NMa-besluit van 9 juli 1999 in zaaknr. 492, *Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland*; Besluit NMa op bezwaar, 18 september 2000, zaaknr. 492, *Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland*; Besluit NMa 10 december 2003, zaaknr. 3007, *Stichting Papier Recycling Nederland*.

6 Zie ACM-Leidraad *Duurzaamheidsafspraken* (2de concept), randnr. 7. De Leidraad is te vinden op <https://www.acm.nl/nl/publicaties/2e-concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken-mogelijkheden-binnen-het-mededingingsrecht>.

7 Zie Resolutie 66/288 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (27 juli 2012), *The future we want*, UN Doc A/RES/66/288.

8 Zie ACM-Leidraad *Duurzaamheidsafspraken* (tweede concept), randnr. 7.

aangeven wanneer andere duurzaamheidsaspecten aan de orde komen of worden bedoeld.

De uitkomst van de meeste van de hierboven genoemde EC- en ACM-zaken was dat ondernemingen inderdaad onderling afspraken mochten maken omtrent afvalverwerking en vervuilingsreductie, maar niet tegen iedere (mededingingsrechtelijke) prijs. In hun toetsingsproces slepen de mededingingsautoriteiten als het ware de scherpste mededingingsrechtelijke randjes van de onderliggende ondernemersafspraken af. De interessante vraag daarbij was op welk juridisch instrumentarium zij hun afwegingen nu precies baseerden en waar zij de grens trokken. Deze kwestie is altijd aan de orde gebleven in de vijftientwintig jaar die zijn verstreken sinds de eerste mededingingsrechtelijke duurzaamheidsdossiers het licht zagen bij de Europese Commissie. De centrale vraag in dit hoofdstuk is welke exceptiemethodiek(en) in het mededingingsrecht ter beschikking staan om een uitzondering te maken op het kartelverbod voor mededingingsbeperkende duurzaamheidsafspraken, en hoe mededingingsautoriteiten deze methoden precies inzetten.

Het thema mededinging en duurzaamheid is sinds de gememoreerde EC- en ACM-besluiten uit de jaren negentig van de vorige eeuw en het begin van de jaren tweeduizend eigenlijk nooit weggeweest, maar het onderwerp treedt de laatste jaren weer sterker op de voorgrond. Deze *revival* is te danken aan de klimaatproblematiek die met stip naar de top van de ranglijst van Europese en EU-lidstatelijke beleidsprioriteiten is geprojecteerd.

Sinds het Akkoord van Parijs inzake klimaatverandering (in werking sinds 4 november 2016)⁹ richten nationale en Europese overheden zich meer dan ooit tevoren op het formuleren van beleidsplannen om de uitstoot van milieuvervuilende stoffen tegen te gaan en de transitie naar duurzame productieprocessen te bespoedigen. Zo is de Europese Unie met een omvangrijk programma van aanpak gekomen in de vorm van de Europese Green Deal.¹⁰ Dit onderwerp staat met stip op nummer één in de lijst van

9 De Overeenkomst van Parijs is het eerste, universele, juridisch bindende wereldwijde klimaatverdrag. Het is vanaf 22 april 2016 door de deelnemende landen ondertekend en geratificeerd. Vindplaats: *PbEU* 2016, L 282/4. Zie voor een overzicht van de Overeenkomst en gerelateerde (EU-)documenten: <https://eur-lex.europa.eu/content/paris-agreement/paris-agreement.html?locale=nl>.

10 Zie het European Green Deal-programma voor de jaren 2019-2024: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en. Zie over de

prioriteiten van de Europese Commissie voor de jaren 2019-2024.¹¹ De EU ziet klimaatverandering en aantasting van het milieu als een existentiële bedreiging voor Europa en de wereld. Om die uitdagingen het hoofd te bieden, heeft Europa in de ogen van de EU een nieuwe groeistrategie nodig die draait om verduurzaming van de economie. In veel EU-lidstaten vormt duurzaamheid inmiddels ook een absolute beleidsprioriteit, al kunnen de beleidsaccenten (in de vorm van duurzaamheidsplannen en regelgevingsinitiatieven) natuurlijk per lidstaat verschillen.

Nu nationale en Europese overheden duurzaamheid en milieu nog scherper dan voorheen als beleidsprioriteiten hebben geformuleerd, en de achterliggende boodschap is dat de klimaatcrisis enkel met vereende krachten kan worden opgelost, komt ook de vraag (weer) op of het mededingingsrecht een bijdrage kan leveren. En zo ja, op welke wijze?

Zoals Margrethe Vestager (Eurocommissaris voor Mededinging en Digitale samenleving en vicepresident van de EC) het omschreef in haar speech d.d. 22 september 2020 over *The Green Deal and competition policy*:¹²

“To succeed, everyone in Europe will have to play their part – every individual, every business, every public authority. And that includes competition enforcers.”

Kort gezegd: in deze tijden van focus op verduurzaming van de economie en decarbonisering, kan het mededingingsrecht simpelweg niet achterblijven. Dit wil niet zeggen dat het rechtsgebied zomaar de sluizen opent voor allerlei mededingingsbeperkende afspraken van ondernemingen die onder de vlag van duurzaamheid worden gemaakt,¹³ maar het moet wel nadenken over de wijzen waarop het mededingingsrecht *omgaat* met private duurzaamheidsinitiatieven. Mededingingsautoriteiten lijken voorts meer urgentie te voelen om beleidsruimte voor duurzaamheids-

rationale achter en de functioneringswijzen van het Europese Green Deal project ook E. Chiti, ‘Managing the Ecological Transition of the EU: The European Green Deal as a Regulatory Process’, *Common Market Law Review* (59) 2022, p. 19-48.

11 Zie hierover https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024_en.

12 Zie https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/green-deal-and-competition-policy_en.

13 Zie ook de voorzichtige insteek van Vestager in dit verband: “Competition policy has to do its bit, of course. But it cannot replace the essential role of regulation.” Zie https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/green-deal-and-competition-policy_en.