

III Rechtspraak

Sydhavnens: Dusseldorp revisited?

Mr. A. van Rossem, mr. H.H.B. Vedder

In de recente zaak Sydhavnens heeft het Europese Hof opnieuw geoordeeld over de verenigbaarheid van een nationaal afvalverwerkingsmonopolie met het Europees recht. In deze uitspraak slaat het Hof deels een andere weg in dan in het arrest Dusseldorp.

HvJ EG 23 mei 2000, zaak C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) handelend namens Sydhavnens Sten & Grus ApS/Københavns Kommune, n.n.g.

Feiten en nationaal recht

Sydhavnens Sten & Grus (hierna Sydhavnens) is een Deense firma die zich bezighoudt met het recyclen van ongevaarlijk bouw- en wegafval waarvoor het een vergunning heeft gekregen van de Gemeente Kopenhagen. In augustus 1994 vroeg Sydhavnens toestemming aan de Gemeente Kopenhagen om ook het bouw- en wegafval uit de regio van Kopenhagen te mogen verwerken. Deze werd Sydhavnens geweigerd omdat de verwerking van dergelijk afval was voorbehouden aan slechts drie installaties. De exclusieve verwerkingsrechten moesten deze drie

1 Richtlijn 75/442, Pb. EG 1975, L 194/39, zoals gewijzigd bij Richtlijn 91/156, Pb. EG 1991, L 78/32.

2 Verordening (EEG) nr. 259/93 betreffende toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de Europese Gemeenschap, Pb. EG 1993, L 30/1.

3 HvJ EG zaak 172/82, *Inter-Huiles* e.a., Jur. 1983, p. 555.

installaties van voldoende afvalstoffen verzekeren. Uit een uit 1988 daterend onderzoek van het ministerie van Milieuzaken was namelijk gebleken dat slechts een klein deel van het uit de regio Kopenhagen afkomstige bouw- en wegafval, zijnde 20 procent van de totale hoeveelheid afval voor geheel Denemarken, door middel van vergruizing gerecycled kon worden. Volgens berekeningen van de gemeente Kopenhagen werd in 1988 dan ook slechts ongeveer 16 procent van de geschatte hoeveelheid bouw- en wegafval afkomstig uit Kopenhagen gerecycled, terwijl de overige 84 procent van dit afval werd gestort. Naar aanleiding hiervan besloot de gemeente Kopenhagen dat het voor een betere recyclingkwaliteit noodzakelijk was installaties van voldoende grote omvang aan te leggen, zodat het aantal recyclinginstallaties om redenen van investeringen en rentabiliteit tot een minimum moest worden beperkt. Na een openbare tenderprocedure werd de onderneming RGS opgericht die de regionale verwerkingsinstallatie te Grøften zou gaan beheren. Om de installatie te Grøften en twee andere installaties van voldoende grondstoffen te verzekeren, besloot de gemeente om deze de exclusieve rechten te geven op alle bouw- en wegafval uit de gemeente. De gemeente kon dit doen op grond van de Gemeenteverordeningen van 1992 en 1998 die de gemeente dwingen met een beperkt aantal ondernemingen overeenkomsten te sluiten over de verwerking van het afval uit de regio. Met name voor RGS die de installatie in Grøften beheert, leveren de overeenkomsten een nagenoeg exclusief recht op. Het gevolg hiervan is echter dat andere ondernemingen, zoals Sydhavnens, ondanks dat zij daarvoor wel gekwalificeerd zijn, uitgesloten zijn van de verwerking van dit afval uit de regio. Tegen deze uitsluiting heeft Sydhavnens beroep ingesteld waarbij het een beroep doet op de regels betreffende het vrije verkeer van goederen (artikel 29 EG, ex artikel 34), de mededingingsregels (artikel 81 jo. 86 EG, ex artikel 86 jo. 90) en de kaderrichtlijn afvalstoffen¹ alsmede de EVOA.²

De vragen

Naar aanleiding hiervan heeft de Deense rechter een aantal prejudiciële vragen gesteld aan het Hof. Met zijn eerste vraag wenst de Deense rechter te vernemen of een gemeentelijke regeling, zoals vervat in de litigieuze gemeenteverordeningen van 1992 en 1998, verenigbaar is met enerzijds artikel 90 EG (thans artikel 86) jo. artikel 34 EG (thans artikel 29), en, anderzijds artikel 90 (thans 86) jo. artikel 86 (thans artikel 82) EG. Met zijn tweede vraag wil de Deense rechter weten of de kaderrichtlijn lidstaten verplicht om overeenkomsten te sluiten voor de verwerking en nuttige toepassing van ongevaarlijk bouw- en wegafval met alle ondernemingen die een vergunning in de zin van artikel 10 van deze richtlijn hebben. De derde vraag betreft de moge-

lijkheid voor lidstaten om de overbrenging van ongevaarlijk bouw- en wegafval te verbieden op grond van artikel 7 lid 3 van de kaderrichtlijn en de gevolgen van de kennisgevingsverplichting uit dat artikel. Hieronder zal de eerste vraag in twee delen behandeld worden. Allereerst de vragen betreffende het vrije verkeer van goederen en daarna de vragen betreffende het mededingingsrecht. De derde vraag komt aan de orde bij de vrijheid van uitvoer. Hieronder zal kort worden ingegaan op de tweede vraag.

Op de tweede vraag antwoordt het Hof dat de kaderrichtlijn noch de EVOA lidstaten verplicht om overeenkomsten te sluiten met alle ondernemingen die een vergunning bezitten. Dit omdat geen van beide regelingen de harmonisatie van de mededingingsvoorwaarden beoogt (r.o. 85, 87). Artikel 10 van de kaderrichtlijn verplicht lidstaten ook alleen tot het instellen van een vergunningprocedure en niet tot het sluiten van overeenkomsten met alle ondernemingen die in het bezit zijn van een vergunning.

De vrijheid van uitvoer

Overwegingen van het Hof

Volgens het Hof kan voor het antwoord op de eerste vraag volstaan worden met een toetsing aan uitsluitend artikel 29 EG nu noch door de verwijzende rechter, noch door partijen een beroep is gedaan op artikel 86 lid 2 EG. Dienaangaande merkt het Hof onder verwijzing naar de zaak *Inter-Huiles*³ allereerst op dat het enkele feit dat aan een beperkt aantal ondernemingen het uitsluitend recht wordt verleend het afval te verwerken, niet noodzakelijk in strijd is met artikel 29 EG, wanneer de afvalproducenten de mogelijkheid behouden dit uit te voeren. In casu bevat de gemeenteverordening van 1992 geen expliciete bepaling inzake de uitvoer. Wel verplicht zij de producenten van bouw- en wegafval hun afval af te geven aan een erkende transporteur, die het op zijn beurt enkel naar een van de drie vergunde verwerkingsinstallaties mag brengen. Bij gebreke van een expliciete uitzondering inzake uitvoer, kan deze regeling volgens het Hof derhalve zo worden uitgelegd dat zij in strijd met artikel 29 EG een impliciet uitvoerverbod inhoudt. Of dat het geval was is aan de verwijzende rechter om na te gaan.

De verordening van 1998 voorziet daarentegen wel uitdrukkelijk in de mogelijkheid van uitvoer. Sydhavnens betoogt niettemin dat deze verordening in weerwil hiervan de uitvoer even sterk beperkt als haar voorganger, omdat zij gekwalificeerde tussenpersonen, zoals zichzelf, belet bouw- en wegafval in te zamelen voor de uitvoer. De gemeente Kopenhagen stelt echter dat uitvoer via tussenpersonen wel mogelijk is. Het staat aan de verwijzende rechter na te gaan of de betrokken regeling, zoals vervat in de verordeningen van 1992 en 1998, de uitvoer via tus-

4 HvJ EG zaak C-203/96, Dusseldorp, Jur. 1998, p. I-4075.

5 HvJ EG zaken 5/77, Tedeschi, Jur. 1977, p. 1555; 148/78, Ratti, Jur. 1979, p. 1629 en 302/86, Commissie/Denemarken, Jur. 1988, p. 4607.

6 HvJ EG zaak C-203/96, Dusseldorp, Jur. 1998, p. I-4075.

7 Vgl. HvJ EG zaak 172/82, Inter-Huiles, Jur. 1983, p. 555, r.o. 15.

8 Artikel 1 lid 3 EVOA.

9 Zie bijvoorbeeld categorie GG (ander hoofdzakelijk uit anorganisch materiaal bestaand afval, dat metalen en organische materialen kan bevatten), in het bijzonder GG 010 (afval van pleisterlagen of van gipsplaten, verkregen bij de sloop van gebouwen), GG 140 (afval van beton) en GG 160 (bitumineus materiaal (afval van asfalt), afkomstig van de aanleg en het onderhoud van wegen, dat geen teer bevat).

senpersonen al dan niet toelaat, aldus het Hof. Het stelt evenwel vast dat een regeling die tussenpersonen verbiedt het betrokken afval in te zamelen met het oog op doorverkoop in andere lidstaten, een met artikel 29 EG strijdige uitvoerbelemmering vormt.

Wanneer geoordeeld moet worden dat er inderdaad sprake is van een verboden uitvoerbelemmering in de zin van artikel 29 EG, dan vraagt de verwijzende rechter zich af of een gemeente op grond van artikel 30 of andere in aanmerking te nemen factoren, zoals de bestrijding van milieuaantastingen aan de bron en het scheppen van de noodzakelijke verwerkingsmogelijkheden, een regeling zoals door Kopenhagen vastgesteld, kan invoeren, wanneer die regeling is ingegeven door het streven naar bevordering van nuttige toepassing, onder meer door de noodzakelijke recyclingcapaciteit te waarborgen. Ter zake van het bronbeginsel en de realisatie van de noodzakelijke verwerkingsmogelijkheden wordt door hem verwezen naar artikel 174 lid 2 van het verdrag.

Volgens het Hof zou een rechtvaardiging ex artikel 30 relevant zijn, indien het vervoer van het afval over langere afstand om naar een andere lidstaat dan waar het is geproduceerd, te worden vervoerd en aldaar te worden verwerkt, gevaar oplevert voor de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten. Omdat het in casu om *ongevaarlijk* afval gaat en verder ook uit niets is gebleken dat een dergelijk gevaar zich voordoet, kan een (mogelijke) uitvoerbeperking niet op grond van artikel 30 EG gerechtvaardigd worden, aldus het Hof. Met betrekking tot de rechtvaardiging op grond van milieubescherming, wijst het Hof er onder verwijzing naar de zaak *Dusseldorp*⁴ op dat 'de milieubescherming niet alle uitvoerbeperkingen kan rechtvaardigen, in het bijzonder niet bij voor nuttige toepassing bestemde afvalstoffen' (r.o. 48). A fortiori geldt dit, aldus het Hof, wanneer het om afval gaat dat geen gevaar voor het milieu oplevert. Nu niet is aangetoond dat het betrokken afval een gevaar voor het milieu oplevert, kan de omstreden Deense regeling evenmin worden gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van het milieu.

Naast een beroep op het vrij verkeer van goederen, doet Sydhavens tevens een beroep op de kaderrichtlijn afvalstoffen en de EVOA. Uit deze maatregelen zou zijns inziens volgen dat het vervoer van ongevaarlijk, voor nuttige toepassing bestemd, bouw- en wegenafval niet mag worden beperkt. Bijgevolg zou de gemeente Kopenhagen volgens Sydhavens geen verbod mogen instellen op vervoer van dit afval dat niet in overeenstemming is met haar afvalbeheersplan. Gelet hierop werpt de verwijzende rechter de vraag op of artikel 7 lid 3 van de kaderrichtlijn het lidstaten toestaat om het vervoer van ongevaarlijk, voor nuttige toepassing bestemd, bouw- en wegenafval te verbieden, indien dat vervoer niet in overeenstemming is met hun afvalbeheersplan. Krachtens deze bepaling mogen de lid-

staten de nodige maatregelen nemen om vervoer van afvalstoffen dat niet in overeenstemming is met hun afvalbeheersplannen te voorkomen. Zij moeten de Commissie van deze maatregelen in kennis stellen. Een maatregel die vervoer van ongevaarlijk bouwen wegenafval verbiedt, dat niet in overeenstemming met een afvalbeheersplan is, moet volgens het Hof dan ook als geoorloofd worden beschouwd, mits dat plan verenigbaar is met het verdrag en de richtlijn. Wat de verenigbaarheid met het verdrag betreft verwijst het Hof naar zijn overwegingen ter zake van de vrijheid van uitvoer (hierboven besproken) en het mededingingsrecht (hieronder besproken). Voor zover een dergelijk plan een verboden uitvoerbelemmering bevat, sneuvelt het derhalve op het verdrag, nu zij onder de onderhavige omstandigheden niet gerechtvaardigd kan worden, noch op grond van artikel 30 EG, noch op grond van de rule of reason. Of de regeling zoals door de gemeente Kopenhagen ingevoerd zich evenmin met de bepalingen van de kaderrichtlijn verdraagt is aan de verwijzende rechter om na te gaan, aldus het Hof.

In antwoord op de laatste vraag van de verwijzende rechter naar de betekenis van de kennisgevingsverplichting van artikel 7 lid 3, overweegt het Hof ten slotte nog dat zij louter de betrekkingen tussen de lidstaten en de Commissie betreft, zonder particulieren een recht te verlenen dat kan worden aangetast wanneer een lidstaat zijn kennisgevingsverplichting niet nakomt.

Commentaar

Op het eerste gezicht is het vreemd dat de mogelijke uitvoerbelemmering van de omstreden regeling niet aan de EVOA getoetst wordt. Nu deze verordening de overbrenging van afvalstoffen tussen de lidstaten uitputtend (en volledig) harmoniseert, kunnen de lidstaten immers geen direct beroep meer doen op artikel 30 EG en de rule of reason ter rechtvaardiging van handelsbeperkende milieumaatregelen⁵, maar uitsluitend indirect via een beroep op artikel 176 EG.⁶ Ook de eventuele toekenning van een uitsluitend recht in de zin van artikel 86 lid 1 EG, ontslaat de betrokken lidstaat niet van de verplichting de andere bepalingen van het gemeenschapsrecht na te leven, niet alleen die betreffende het vrij verkeer van goederen, maar ook die welke uit het secundaire recht voortvloeien, in het bijzonder de kaderrichtlijn en de EVOA.⁷ Een mogelijke verklaring voor deze ogenschijnlijke ongerijmdheid kan evenwel gevonden worden in de derde vraag van de verwijzende rechter. Deze vraag impliceert namelijk dat hij veronderstelt dat er sprake is van zgn. 'groene lijst' afvalstoffen bestemd voor nuttige toepassing, waarop de EVOA, behoudens enkele bepalingen, niet van toepassing is.⁸ Als dat inderdaad het geval is, hetgeen op grond van een vluchtige blik op bijlage II van de EVOA zeer wel mogelijk is⁹, dan volstaat een toetsing aan artikel 7 lid 3 van de kader-

10 Vgl. Ch.W. Backes, Van Den Bosch naar Basel en terug, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1997, p. 10.

11 Zie nader Y.G.C.M. Bijkerk, Is afval een provinciaal probleem?, in: Afval: provinciaal, landelijk of Europees probleem?, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1997.

12 ABRS 25 juli 1996, AB 1996, 425 (m.nt. ChB) en M en R 1996/12, 134 (m.nt. Jans).

13 HvJ EG zaak 172/82, Inter-Huiles, Jur. 1983, p. 555, r.o. 14.

14 J.S. Watson, Wederzijdse erkenning binnen de interne markt: een nieuwe impuls, NTER 2000, p. 41-48, p. 41.

15 A. van Rossem en H.G. Sevenster, Hof beantwoordt vragen Afdeling over afvalregime, NTER 1998, p. 196-201, p. 199.

16 HvJ EG zaak 302/86, Commissie/Denemarken, Jur. 1988, p. 4607.

17 Ibidem, r.o. 6.

18 HvJ EG zaak 15/79, Groenveld, Jur. 1979, p. 3409, r.o. 7.

19 A. van Rossem en H.G. Sevenster, Hof beantwoordt vragen Afdeling over afvalregime, NTER 1998, p. 196-201, p. 199. Vgl. de annotaties van Backes en Jans bij deze zaak (AB 1998, nr. 340 resp. M en R 1998/11, nr. 98).

20 HvJ EG zaak C-2/90, Commissie/België, Jur. 1992, p. I-4431.

richtlijn. In dat kader kan dan tevens – via verdragsconforme interpretatie – aan de bepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen en de mededinging getoetst worden. Helaas blijft genoemde veronderstelling in casu echter onuitgesproken.

Voorzover artikel 7 lid 3 van de kaderrichtlijn evenmin van toepassing is, bijvoorbeeld omdat de uitvoer van 'groene lijst' afvalstoffen bestemd voor nuttige toepassing om andere redenen dan strijd met een afvalbeheersplan tegengegaan wordt, zijn de artikelen 29 EG e.v. mogelijk wel direct van toepassing.¹⁰ Het is kennelijk met het oog op deze situatie dat de verwijzende rechter in zijn eerste vraag slechts de verenigbaarheid van de regeling met het vrij verkeer ter discussie stelt. Uit het arrest blijkt namelijk dat er ten tijde van de verwijzingsbeschikking nog slechts sprake was van een 'ontwerp-afvalbeheersplan van de gemeente Kopenhagen voor het jaar 2000', dat derhalve pas recentelijk van kracht is geworden.

Of de verlening van het uitsluitend recht het afval te verwerken in strijd is met artikel 29 EG, hangt volgens het Hof af van de vraag of de producenten desondanks de mogelijkheid behouden dit uit te voeren. Dat de verordening van 1992 een verboden uitvoerbelemmering inhoudt lijkt ons inziens voor geen twijfel vatbaar. Een vergelijkbare situatie heeft zich in Nederland voorgedaan m.b.t. de provinciale uitvoerverboden voor bedrijfsafval in de vroegere provinciale verordeningen inzake bedrijfsafvalstoffen (Vba's).¹¹ Hierin was eveneens geen uitzondering opgenomen voor landsgrensoverschrijdende uitvoer. Nu zij derhalve mede betrekking hadden op de uitvoer naar andere lidstaten, oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak dat zij als een verboden uitvoerbelemmering in de zin van artikel 34 EG-Verdrag (thans artikel 29 EG) moesten worden beschouwd.¹² Ten aanzien van de verordening van 1992 is onduidelijk of zij de uitvoer beperkt. Als zij het tussenpersonen verbiedt het betrokken afval in te zamelen met het oog op uitvoer naar andere lidstaten, zo stelt het Hof vast, vormt die regeling in elk geval een met artikel 29 EG strijdige uitvoerbelemmering.

De toets aan de rechtvaardigingsgronden valt onder de onderhavige omstandigheden negatief uit. Hoewel het Hof, in navolging van de zaak *Dusseldorp*, erkent dat een rechtvaardiging uit hoofde van artikel 30 relevant (zou) zijn, indien het vervoer van het desbetreffende afval over langere afstand om naar een andere lidstaat dan waar het is geproduceerd, te worden uitgevoerd en aldaar te worden verwerkt, gevaar oplevert voor de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, wordt het onderhavige beroep van tafel geveegd omdat het in casu om ongevaarlijk afval gaat en niet is aangetoond dat er (toch) een dergelijk gevaar bestaat (r.o. 45-46). Opmerkelijk is dat het 'gevaar' in de hier door het Hof gebezigde formulering uitsluitend op het vervoer slaat, terwijl dat in de door

het Hof in de zaak *Dusseldorp* gebruikte formulering 'indien de verwerking van oliefilters in andere lidstaten en het vervoer ervan over een, [...]' zowel op de verwerking als het vervoer slaat (r.o. 46). Onduidelijk is welke betekenis aan deze afwijkende formulering moet worden gehecht. In het licht van de rechtspraak van het Hof dat de bescherming van het milieu even goed is gewaarborgd wanneer afval in een andere lidstaat wordt verwijderd, als wanneer het in de lidstaat van oorsprong wordt verwijderd¹³, verdient een lezing als uitsluiting van de eventueel aan de verwerking in een andere lidstaat verbonden gevaren, ons inziens de voorkeur. Dit strookt bovendien beter met het algemene beginsel van de wederzijdse erkenning, waaraan dezelfde gedachte ten grondslag ligt¹⁴, t.w. dat moet worden uitgegaan van de gelijkwaardigheid van door de lidstaten in hun regelgeving nagestreefde beschermingsniveaus. Overigens valt niet in te zien welke aan het vervoer van het afval verbonden gevaren een uitvoerverbod zouden kunnen rechtvaardigen. Het risico van ongelukken tijdens het vervoer kan immers met minder belemmerende maatregelen worden weggenomen, en het vervoer als zodanig acht het Hof niet schadelijk voor de gezondheid en het leven van personen etc. Kennelijk spelen extra emissies als gevolg van het vervoer over een langere afstand geen rol.¹⁵

Dat de bescherming van het milieu een 'dwingend vereiste' in de zin van de rule of reason is dat verboden handelsbelemmeringen kan rechtvaardigen, is door het Hof erkend in de *Deense flessenzaak*.¹⁶ Voorwaarde is wel dat het gaat om een maatregel zonder onderscheid.¹⁷ Omdat onder artikel 29 EG vallende uitvoerbelemmeringen volgens vaste rechtspraak van het Hof per definitie maatregelen mét onderscheid zijn¹⁸, kunnen zij strikt genomen echter nooit uit hoofde van milieubescherming gerechtvaardigd worden. In het licht van deze rechtspraak is het opmerkelijk dat het Hof de litigieuze regeling zonder omhaal toetst aan de bescherming van het milieu. In de zaak *Dusseldorp* leek het Hof ook reeds de mogelijkheid van toepasselijkheid van de rule of reason bij artikel 29 EG te willen openhouden.¹⁹ Met de zinsnede 'Ook al zou de betrokken nationale maatregel gerechtvaardigd kunnen zijn om redenen van milieubescherming, [...]', hield het evenwel nog een slag om de arm. In de onderhavige zaak bevestigt het Hof het in de literatuur gerezen vermoeden dat de rule of reason toch uitvoerbeperkingen (van afvalstoffen) kan rechtvaardigen, overwegende dat 'de milieubescherming niet alle uitvoerbeperkingen kan rechtvaardigen, in het bijzonder niet bij voor nuttige toepassing bestemde afvalstoffen' (r.o. 48). In het midden blijft voorsnog of deze nuancering van zijn vaste rechtspraak ook opgeld doet buiten de afvalstoffensfeer. Daarbinnen wordt in elk geval de door de *Waalse stortzaak*²⁰ veroorzaakte incongruentie dat bij discriminerende invoerbelemmeringen wel een beroep op milieubescherming kon worden gedaan, en bij

21 Vgl. H.G. Sevenster, Milieubeleid en gemeenschapsrecht, Kluwer, Deventer, 1992, p. 319 en 323.

22 Conclusie A-G, r.o. 122.

23 Zie onder meer HvJ EG zaak C-320/91, Corbeau, Jur. 1993, p. I-2533, r.o. 13 en gevoegde zaken C-147/97 en C-148/97, Deutsche Post, arrest van 10 februari 2000, n.n.g., r.o. 41.

uitvoerbelemmeringen niet, opgeheven. Hiermee lijkt het struikelblok van de discriminatie, dat in zekere zin inherent is aan nationaal afvalbeleid²¹, opgelost te zijn.

In casu is Denemarken hier weinig bij gebaat, want het beroep op de bescherming van het milieu wordt onder verwijzing naar *Dusseldorp* verworpen, omdat niet is aangetoond dat het betrokken afval een gevaar voor het milieu oplevert. Impliciet wordt hiermee tevens het in de vraag van de verwijzende rechter opgeworpen rentabiliteitsargument verworpen. A-G Léger gaat hier in zijn conclusie wel uitdrukkelijk op in.²² Hij constateert evenwel, onder verwijzing naar *Dusseldorp*, dat de argumenten van de gemeente Kopenhagen en de Deense regering van zuiver economische aard zijn en derhalve geen handelsbelemmeringen kunnen rechtvaardigen. Aangenomen dat het Hof stilzwijgend met deze conclusie instemt, kan niet anders geconcludeerd worden dan dat het Hof onder deze omstandigheden de rentabiliteit niet wenst te koppelen aan het met de instandhouding van de noodzakelijke behandelingscapaciteit gediende milieubelang. Bij gebreke van een direct gevaar voor het milieu, lijken de mogelijkheden om de uitvoer van onveilige afvalstoffen met een beroep op de rule of reason tegen te gaan, daarmee uitgeput. Hetzelfde geldt m.m. voor een beroep op de bescherming van de volksgezondheid etc. ex artikel 30 EG.

Gelet op het feit dat het Hof in casu stelt dat aan de drie desbetreffende bedrijven, waaronder RGS, niet alleen een uitsluitend recht in de zin van artikel 86 lid 1 EG is verleend, maar ook een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 86 lid 2 EG is opgedragen (r.o. 54 en 76), zou het interessant geweest zijn als het Hof ook in het kader van de vrijheid van uitvoer was ingegaan op de mogelijke toepasselijkheid van de uitzondering van artikel 86 lid 2 EG. Ons inziens was de mogelijkheid daartoe wel aanwezig, gezien de nauwe samenhang tussen de leden 1 en 2 van artikel 86 EG die ook door het Hof zelf wordt erkend.²³ Of de omstreden regeling verenigbaar is met artikel 86 jo. artikel 29 EG, hangt immers mede af van de vraag of de toepassing van artikel 29 e.v. EG de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Dat de toepasselijkheid van het tweede lid in de verwijzingsbeschikking niet expliciet is opgeworpen, noch door partijen is aangevoerd, was derhalve niet van doorslaggevende betekenis.

Concluderend maakt dit arrest duidelijk dat de uitsluiting van groene-lijstafvalstoffen bestemd voor nuttige toepassing, paradoxaal niet noodzakelijkerwijs tot een soepeler overbrengingsregime leidt. Als de uitsluiting krachtens artikel 1 lid 3 EVOA inderdaad tot gevolg heeft dat de algemene verdragsbepalingen, in het bijzonder de artikelen 28 t/m 30 EG, rechtstreeks van toepassing zijn, kunnen de lidstaten zich immers op deze bepalingen beroepen om de overbrenging van afvalstoffen tegen te gaan, zonder

dat zij gehinderd worden door uit de EVOA voortvloeiende beperkingen, zoals de limitatieve bezwaargronden. Het komt ons evenwel voor dat een dergelijk gevolg moeilijk te rijmen valt met de ratio achter artikel 1 lid 3 EVOA. Als het toch onbedoeld dit gevolg heeft, zullen uitvoerverboden van dergelijk afval blijkens het onderhavige arrest echter niet gauw gerechtvaardigd zijn. Of artikel 86 lid 2 EG dan nog uitkomst kan brengen, blijft onduidelijk, nu het Hof in dit verband geen noodzaak zag op deze rechtvaardigingsmogelijkheid in te gaan. Dit klemt temeer daar de vrije uitvoer van desbetreffende afvalstoffen, bij gebreke van andere rechtvaardigingsgronden, wel eens de achilleshiel van de omstreden regeling kan blijken te zijn.

Mededinging en milieu: Dusseldorp achterhaald?

Overwegingen van het Hof omtrent de machtspositie

De bestreden regeling heeft tot gevolg dat slechts drie ondernemingen, waaronder RGS, het bouw- en wegenafval in ontvangst mogen nemen en verwerken. Het Hof komt eenvoudig tot de conclusie dat aan deze drie ondernemingen uitsluitende rechten zijn verleend in de zin van artikel 90 lid 1 EG (thans, na wijziging, artikel 86 lid 1). De vraag is dan of de regeling in strijd is met artikel 86 jo. 90 EG (thans 82 jo. 86). Het Hof bewandelt eerst de gebaande paden inzake het vaststellen van het bestaan van een machtspositie. Daartoe moet de relevante markt worden afgebakend en bovendien moet worden vastgesteld dat de machtspositie bestaat op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt. Voor de vaststelling van de relevante markt moeten de relevante productmarkt en de geografische markt worden bepaald. Ten aanzien van de relevante productmarkt geeft het Hof aan dat de verwijzende rechter in ieder geval na zal moeten gaan of de markt voor onveilig bouw- en wegenafval onderscheiden kan worden van die voor andere soorten afval.

Volgens het Hof zou het gevolg van de regeling kunnen zijn dat de geografisch relevante markt beperkt is tot het grondgebied van de gemeente Kopenhagen waar het exclusieve recht geldt. Daarbij zou de verwijzende rechter, bij de vaststelling van de geografische markt, ook rekening moeten houden met uitstralingseffecten als gevolg van de relatief grote hoeveelheid afval die in de gemeente Kopenhagen wordt geproduceerd (r.o. 63).

De volgende vraag die het Hof dan behandelt is of de machtspositie bestaat op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt. Daarbij moet volgens het Hof vooral worden gekeken naar de verhouding tussen de productie en verwerking van bouw- en wegenafval in de gemeente Kopenhagen

24 HvJ EG zaak C-203/96, Dusseldorp, Jur. 1998, p. I-4045, r.o. 60.

25 Conclusie van A-G Léger, r.o. 71 en 73.

26 Waarop het Hof zich beroept in r.o. 60 van het arrest Dusseldorp.

27 HvJ EG zaak C-260/89, ERT, Jur. 1991, p. I-2925, r.o. 31.

28 Vgl. E.H. Pijnacker Horst en N.M.P. Smulders' noot bij Macrotron en Porto di Genova, SEW 4 (1993), p. 406.

29 Vgl. bijvoorbeeld het besluit van de NMa in zaaknr. 1004, PNEM/MEGA - Van Gansewinkel, overweging 22.

30 De haven van Genua, zie bijv. HvJ EG zaak C-163/96, Raso, Jur. 1998, p. I-533.

en de productie en verwerking van dergelijk afval in geheel Denemarken (r.o. 64).

Commentaar

Bij deze aanpak van het Hof kunnen de volgende opmerkingen worden geplaatst. Allereerst verschilt de aanpak van het Hof ten opzichte van die van de A-G in de onderhavige zaak en die in 's Hofs arrest in de zaak *Dusseldorp*. In deze laatste zaak kwam het Hof eenvoudig tot de conclusie dat het verlenen van het uitsluitende recht moet worden aangemerkt als het verlenen van een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt.²⁴ De A-G volgt in de zaak *Sydhavnens* deze redenering om tot de conclusie te komen dat enkel moet worden vastgesteld of de markt voor verwerking van bouw- en wegafval uit Kopenhagen een wezenlijk deel uitmaakte van de Gemeenschappelijke markt.²⁵ Dat het Hof de A-G niet volgt en een marktafbakening volgens het boekje uitvoert kan alleen maar toegejuicht worden. Ons inziens kan het *sweeping statement* uit *Dusseldorp* niet zonder meer uit het arrest *ERT* worden afgeleid.²⁶ In de zaak *ERT* stelde het Hof niet meer vast dan dat 'een onderneming [met] een wettelijk monopolie [...] een machtspositie kan worden toegeschreven en dat het grondgebied van een lidstaat [...] een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt kan zijn' (curs. auteurs).²⁷ Bovendien miskent het de noodzaak van een degelijke marktafbakening bij de vaststelling van een machtspositie hetgeen ook volgens het Hof van fundamenteel belang is (r.o. 57).²⁸

Het Hof laat de beantwoording van de feitelijke vragen omtrent de marktafbakening over aan de verwijzende rechter, maar het lijkt aannemelijk dat de markt in casu redelijk beperkt moet worden gehouden. Het lijkt immers twijfelachtig dat verwerkers van gevaarlijk afval concurreren met verwerkers van ongevaarlijk afval.²⁹ Niet alleen zal gevaarlijk afval vaak vrijkomen bij een heel ander soort activiteiten, de verwerking ervan is gebonden aan andere bovenal stringenter eisen dan gelden voor ongevaarlijk afval. Om vergelijkbare redenen kan men zich afvragen of er één grote markt is voor de verwerking van alle ongevaarlijke afval inclusief bouw- en wegafval. Gezien het ontstaan van de verschillende soorten afval en de benodigde verwerkingsinstallaties lijkt ook hier een aparte markt voor de verwerking van bouw- en wegafval te kunnen worden afgebakend.

Hoezeer de uitvoerige aanwijzingen van het Hof inzake de marktafbakening ook toe te juichen zijn, het bevreemdt enigszins dat het Hof nergens aanwijzingen geeft over het vaststellen van de machtspositie die RGS zou innemen. Het lijkt waarschijnlijk dat de verwijzende rechter op grond van de feiten zoals die uit het arrest bekend zijn, tot de conclusie zal komen dat RGS een machtspositie bekleedt op de markt voor verwerking van milieuon-

gevaarlijk bouw- en wegafval uit de omgeving van Kopenhagen. Wat in dit kader de rol zal zijn van de twee andere ondernemingen die, naast RGS, ook een verwerkingsrecht bezitten, is onduidelijk.

De volgende vraag is echter of dit ook een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt is. Een enkele – zij het zeer grote – haven is bijvoorbeeld door het Hof al eens aangemerkt als een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt.³⁰ Het Hof laat het aanmerken van dergelijke geografisch beperkte markten als wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt afhangen van het economisch belang van die markt ten opzichte van de rest van die markt in een lidstaat. Of een markt die 20 procent van de totale hoeveelheid in een lidstaat inhoudt als wezenlijk deel kan worden aangemerkt, kan worden betwijfeld. Wellicht zijn hier de grenzen van de reikwijdte van het Europese mededingingsrecht bereikt.

Overwegingen van het Hof omtrent het misbruik

Het Hof gaat dan nader in op het vaststellen van misbruik van de machtspositie en met name het verband tussen het verlenen van exclusieve rechten en het misbruik. Daarbij vat het Hof zijn eerdere rechtspraak op dit terrein samen door te stellen dat een lidstaat slechts in strijd met artikel 82 jo. 86 handelt wanneer de betrokken onderneming door enkele uitoefening van haar uitsluitende rechten misbruik van haar machtspositie maakt of indien deze onderneming tot een misbruik wordt gebracht (r.o. 66, 67). Het Hof overweegt dat het verlenen van een exclusief recht op een deel van het nationale grondgebied voor milieudoelinden, zoals het creëren van de nodige recyclingcapaciteit op zich geen misbruik oplevert (r.o. 68). Het Hof onderzoekt vervolgens of het exclusief recht niet toch tot misbruik van de machtspositie leidt. Volgens de gemeente, en Sydhavnens weerspreekt dit niet, zijn de prijzen van RGS vrij bepaald en van een normaal niveau. Volgens Sydhavnens bestaat het misbruik daarin dat de afzetmogelijkheden worden beperkt terwijl RGS daardoor wordt bevoordeeld. Het Hof lijkt in eerste instantie voorbij te gaan aan de tegenstrijdige beweringen van partijen maar geeft in een *obiter dictum* uiteindelijk zijn mening. Volgens het Hof wijst niets in de stukken erop dat het exclusieve recht van dien aard is dat de ondernemingen onvermijdelijk tot een misbruik van hun machtspositie werden gebracht (r.o. 82).

Het Hof laat de beweringen over het misbruik voor wat ze zijn en haakt aan bij het beroep van de Deense regering op artikel 86 lid 2. Artikel 86 leden 1 en 2 tezamen hebben volgens het Hof tot gevolg dat lidstaten aan ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang uitsluitende rechten mogen verlenen die in strijd zijn met artikel 82. Dit echter onder de voor-

31 Vgl. conclusie A-G, r.o. 87.

32 Vgl. HvJ EG zaak 6/72, *Continental Can*, Jur. 1973, p. 215, r.o. 20-27.

33 Vgl. A. van Rossem en H.G. Sevenster, Hof beantwoordt vragen Afdeling over afvalregime, NTER 1998, p. 196-201, p. 200.

34 HvJ EG zaak C-203/96, *Dusseldorp*, Jur. 1998, p. I-4045, r.o. 63.

35 Vgl. HvJ EG zaak C-41/90, *Höfner en Elser*, Jur. 1991, p. I-1979.

36 Vgl. HvJ EG zaak C-18/88, *GB-INNO-BM*, Jur. 1991, p. I-5941, r.o. 25.

37 Zie hierover uitgebreider: H.H.B. Vedder in: J.H. Jans, H.G. Sevenster en H.H.B. Vedder, *Europees milieurecht in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 394, 397.

38 Zoals het Hof ook lijkt te doen in zaak C-124/97. *Läära*, arrest van 21 september 1999, n.n.g.

waarde dat de verlening van die uitsluitende rechten noodzakelijk is voor de vervulling van die taak en alleen voorzover dit de ontwikkeling van het handelsverkeer niet beïnvloedt in een mate die strijdig is met het belang van de gemeenschap (r.o. 74).

De eerste vraag is dan of de verwerking van afvalstoffen is aan te merken als een dienst van algemeen economisch belang. Volgens het Hof '[kan] het beheer van afvalstoffen [...] een dienst van algemeen economisch belang vormen, in het bijzonder wanneer die dienst bedoeld is om een milieuprobleem op te lossen' (r.o. 75). Daarna overweegt het Hof dat dit in casu het geval is voor de drie ondernemingen die zijn 'belast met de verwerking van het in de gemeente geproduceerd bouw- en wegafval, en dat die ondernemingen verplicht zijn het afval in ontvangst te nemen en met het oog op nuttige toepassing te verwerken, voor zover dat mogelijk is' (r.o. 76).

Nadat het Hof tot de conclusie is gekomen dat aan RGS een taak van algemeen economisch belang is opgedragen, onderzoekt het Hof of het uitsluitende recht noodzakelijk is voor de vervulling van deze taak onder economisch aanvaardbare omstandigheden (r.o. 77). In het kader van de proportionaliteits-toets lijkt het Hof grote waarde te hechten aan het feit dat de uitsluitende rechten in het leven zijn geroepen als reactie op een ernstig milieuprobleem (r.o. 78). Dit ernstige milieuprobleem, het storten van recyclebaar ongevaarlijk bouw- en wegafval, kon slechts worden opgelost door het oprichten van een centrum met hoge verwerkingscapaciteit. Om voor de totstandkoming van dit centrum voldoende kapitaal aan te trekken moest de rentabiliteit gegarandeerd zijn en daarvoor was het noodzakelijk om het centrum van een exclusief recht te voorzien (r.o. 78, 79). Dat het exclusieve recht duidelijk is gekoppeld aan de rentabiliteit van het centrum blijkt duidelijk uit het feit dat de exclusiviteit afloopt wanneer de investeringen zijn afgeschreven. Volgens het Hof zou een maatregel met een minder beperkend gevolg voor de mededinging, zoals een recyclingverplichting voor de afvalproducenten, niet noodzakelijkerwijs de recycling van het afval hebben gegarandeerd vanwege te ontoereikende capaciteit (r.o. 80).

Commentaar

Met de vragen omtrent het misbruik en het verband tussen dit misbruik en het verlenen van exclusieve rechten zijn we aanbeland bij een omstreden onderwerp in het Europese mededingingsrecht ten aanzien van openbare ondernemingen: de theorie van het automatische misbruik.³¹ Deze theorie betreft de vraag in hoeverre het enkele verlenen van een machtspositie misbruik tot gevolg heeft en dus is verboden behoudens de toepassing van artikel 86 lid 2 EG. Het Hof heeft tot nog toe altijd overwogen dat het enkele verlenen van een machtspositie niet in strijd is met artikel 82 jo. 86 EG. Hiervóór spreekt

het feit dat artikel 82 niet het enkele bestaan van machtsposities maar alleen het misbruik maken daarvan verbiedt. Hiertegen spreekt de doelstelling van artikel 82 en het communautaire mededingingsrecht in het algemeen namelijk: het instandhouden van effectieve mededinging op de gemeenschappelijke markt,³² hetgeen natuurlijk moeilijk te rijmen valt met het oprichten van monopolieposities.

Met de overweging dat 'het verlenen van een exclusief recht [...] voor milieudoelinden, zoals het creëren van voldoende capaciteit voor de recycling van bouw- en wegafval, [...] op zich geen misbruik van een machtspositie op [levert]' (r.o. 68) lijkt het Hof een einde te maken aan het vermoeden dat afvalverwerkers met een wettelijk monopolie automatisch misbruik maken. In de *Dusseldorp*zaak nam het Hof immers aan dat AVR, de Nederlandse monopolist voor de verwerking van gevaarlijk afval, misbruik van zijn machtspositie maakte terwijl uit die zaak niets wees op daadwerkelijk gedrag van AVR zelf dat misbruik op zou kunnen leveren.³³ Op de opmerkingen van Sydhavnens, die duidelijk aanhaken bij de redenering van het Hof in *Dusseldorp*,³⁴ gaat het Hof niet in. Of hiermee in het geheel geen ruimte meer is voor toepassing van de theorie van automatisch misbruik in verband met afvalverwerkingsmonopolies of dat deze toepassing eerder afhangt van de omvang van de exclusieve rechten is onduidelijk. In de *Dusseldorp*-zaak bezat AVR volgens het Hof een exclusief recht op de verwerking en alle rechten die voortvloeiden uit het exportverbod. In de onderhavige zaak staat het exclusieve verwerkingsrecht buiten kijf maar is onduidelijk of de afvalstoffen uitgevoerd kunnen worden. Vooral nog lijkt het erop dat alleen bijkomende omstandigheden tot het vaststellen van misbruik zouden kunnen leiden. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn wanneer RGS evident niet zou kunnen voldoen aan de vraag³⁵ of indien RGS naast het exclusieve verwerkingsrecht ook nog zou kunnen beslissen over de uitvoer.³⁶

De erkenning van milieudiensten als diensten van algemeen economisch belang lijkt een genereuze toepassing van een, normaliter eng te interpreteren, uitzonderingsbepaling. Tot nog toe was de kwalificatie diensten van algemeen economisch belang voorbehouden aan openbare-nutssectoren zoals elektriciteits-, gas- en postvoorziening. Of milieudiensten in de eerste plaats als dergelijke diensten aangemerkt kunnen worden was ook na het arrest *Dusseldorp* onduidelijk.³⁷ Het aanmerken van diensten op milieugebied als diensten van algemeen economisch belang in het kader van artikel 86 lid 2 EG is zonder meer toe te juichen en beantwoordt aan het integratiebeginsel (artikel 6 EG). Daarenboven bevat het deels de oplossing voor de ongerijmde situatie dat milieubelangen zonder meer erkend zijn als uitzonderingsgronden in de context van het vrije verkeer terwijl hun rol in het mededingingsrecht betrekkelijk onduidelijk is.

39 Vgl. bijvoorbeeld de verwijderingsstructuren voor batterijen (Besluit verwijdering batterijen, Stb. 1995, 45) en wit- en bruingoed (Besluit verwijdering wit- en bruingoed, Stb. 1998, 238). In een aantal gevallen is het opleggen van een wettelijke verplichting niet eens nodig, vgl. besluit NMa van 23 juli 1999 in zaaknr. 12, FKS.

40 HvJ EG zaak C-203/96, Dusseldorp, Jur. 1998, p. I-4045, r.o. 67. ABRvS, 28 januari 1998, AB 1999/154.

41 Vgl. H.E. Akyürek-Kievits, Tussen protectie en concurrentie, Deventer: Kluwer 1998, p. 55 e.v.

* De auteur schrijft op persoonlijke titel.

1 Gemeenschappelijk standpunt nr. 39/1999, Pb. EG 1999, C 317/19.

2 Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam geldt voor alle milieurichtlijnen die gebaseerd zijn op artikel 175 de co-decisie (medebeslisings)procedure van artikel 251 EG (ex artikel 189B). Tijdens de behandeling in tweede lezing op 3 februari 2000 heeft het EP een aantal amendementen aangenomen (nog niet verschenen in het Publicatieblad). Raad en EP hebben hier in het kader van de conciliatieprocedure over onderhandeld.

3 Het conciliatiecomité heeft op 18 juli 2000 geconstateerd dat de Raad en het EP overeenstemming hebben bereikt over de tekst van de richtlijn. Het COREPER is verzocht de Raad aan te bevelen om de tekst van de richtlijn aldus vast te stellen (A-punt) tijdens een van haar komende bijeenkomsten (dossier interinstitutioneel 97/0194 COD, doc. 10510/00).

Bij de noodzakelijkheids- of proportionaliteits-toets door het Hof vallen twee dingen op. Ten eerste hanteert het Hof een weinig strenge proportionaliteitstoets.³⁸ Het opleggen van een recyclingverplichting aan de afvalproducenten zou immers wel degelijk tot recycling van het grootste deel van het afval hebben geleid. De afvalproducenten zouden het wellicht ergens anders kunnen laten recyclen (in het buitenland) of zij zouden een 'recyclingcoöperatie' kunnen oprichten. In Nederland volstaat het opleggen van een recyclingverplichting immers ook voor het tot stand brengen van een verwijderingsstructuur en het halen van recyclingquota.³⁹ Wellicht was het correcter geweest wanneer het Hof zou hebben overwogen dat het opleggen van een recyclingverplichting niet noodzakelijkerwijs de recycling in *Kopenhagen* van het afval zou hebben gegarandeerd. Ten tweede is het opmerkelijk om te zien hoe rentabiliteitsoverwegingen, die in de zaak *Dusseldorp* zeer kritisch worden bejegend door het Hof en de Raad van State, door het Hof in de onderhavige zaak zonder meer worden toegestaan.⁴⁰ Deze erkenning van aan milieubescherming gekoppelde rentabiliteitsoverwegingen zou nog aan belang winnen als het Hof was ingegaan op de vraag of de regeling in strijd is met artikel 29 jo. 86. Als laatste moet worden opgemerkt dat het Hof geen aandacht besteedt aan de tweede voorwaarde van artikel 86 lid 2, te weten dat de ontwikkeling van de gemeenschappelijke handel niet mag worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap. De precieze inhoud van deze voorwaarde blijft daarmee onduidelijk.⁴¹

Slotbeschouwing

Voor wat betreft het vrije verkeer van goederen en milieubescherming houdt deze uitspraak een bevestiging van de zaak *Dusseldorp* in. Met name in verband met de mededingingsregels slaat het Hof echter een andere weg in dan het in het arrest *Dusseldorp* volgde. Zelfs wanneer een afvalverwerkingsmonopolie tot misbruik van een machtspositie leidt – hetgeen na dit arrest verre van vanzelfsprekend is – dan biedt artikel 86 lid 2 uitkomst. In verband met de belangrijke rol van artikel 86 lid 2 in deze zaak en meer in het algemeen in verband met wettelijke monopolies, is het spijtig dat het Hof niet heeft willen ingaan op de rol van deze bepaling in het recht betreffende het vrije verkeer van goederen.