



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Public play upon private standards

Partiti, E.D.

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Partiti, E. D. (2017). Public play upon private standards: How European and international economic law enter into voluntary regimes for sustainability

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <http://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Summary

The emergence, consolidation, and proliferation of private product standards in the domain of sustainability has been one of the most striking features in global governance in the social and environmental fields. Companies, sectoral associations and multi-stakeholder organisations set and enforce standards defining products and process features in domains ranging from forestry to fisheries, from agricultural products to raw materials, and from textiles to biofuels. Certified goods, as well as Fair trade and animal welfare-compliant products are now ubiquitous in European stores and homes. Voluntary sustainability standards (VSS) are non-mandatory (in some cases market-based) regulatory schemes designed by private bodies with the purpose of addressing, directly or indirectly and by means of third-party certification of products and processes, the social and environmental impact resulting from the production of goods. As these initiatives do not just represent a market niche but go mainstream, the study of their effects and the possibilities for regulators to intervene in their coordination, influence and review becomes pressing. Following the assertion that public authorities should play an increasingly visible role in transnational private regulation by means of directing mechanisms, this book examines the interaction between VSS and the rules and meta-rules of European and international economic law regimes. The goal of this dissertation is to assess the extent to which European Union (EU) internal market law and World Trade Organisation (WTO) law apply, or can be interpreted to apply to VSS, in particular with the goal to address and remedy barriers to market access and consumer confusion generated by private standards.

This book illustrates the presence of a multilayered system of norms at the WTO and EU level which applies or has the potential to apply to many different types of VSS. WTO provisions enshrined in the Technical Barriers to Trade (TBT) Agreement lay down broad 'constitutional' meta-requirements applying to private standards also in the sustainability domain. Such application is however indirect, i.e. mediated by 'reasonably available' measures WTO Members are required to take to ensure private standards' compliance with such principles. EU internal market law, and in particular freedom of movements provisions, could apply under certain conditions to voluntary private standards which affect market access. Furthermore, standards which are drafted by undertakings and have an impact on market parameters and consumer welfare fall under the scrutiny of EU competition law. The underdevelopment of these legal areas, in particular *vis-à-vis* private standards, however requires normative interpretation to understand their possible application to VSS. This book shows that the non-discrimination and necessity provisions applicable to private standards and contained in WTO Agreements, freedom of movement obligations under Art. 34 TFEU, and EU competition law discipline under Articles 101 and 102 TFEU, can all be interpreted in a manner which remedies the most serious trade barrier effects and

confusion generated by the schemes, potentially even permitting an extent of review over the standards' contribution to their objective.

The analysis in Chapter 3 concluded that, in addition to the freedom of circulation of persons, also Art. 34 TFEU is in principle applicable to private measures, provided that compliance with a standard is an essential condition for market access. Where a VSS exercises a market gate-keeping power it could be held in breach of Art. 34 TFEU. However, in many cases, such an infringement would be justifiable under public policy objectives, or under the fundamental right of private autonomy. Chapter 4 revealed a host of problems in treating VSS in the same deferential manner as technical standards under Art. 101 TFEU. The hands-off approach which characterises competition scrutiny of technical standards would be inappropriate for highly normative standards that do not generate many of the efficiencies traditionally associated to technical standardisation. Instead, Chapter 4 argued that a better analytical approach to VSS should always include a full appraisal of their anti-competitive effects and the efficiencies generated. The latter should be understood broadly as to permit all positive effects generated by private standards to account for their justification, and to empower a competition authority to fully appraise all negative and positive effects generated by a private scheme.

Chapter 6 elucidated how the WTO principle of non-discrimination may be structurally conflicting with standards whose explicit objective is to modify the conditions of competition between products by identifying 'quality' goods. In addition, WTO Members' implementation of the provisions of the TBT Code of Good Practice for standards would be very burdensome if the obligation to scrutinise all the regulatory distinctions of a standard were to be interpreted in the same manner as for public measures. A possible deferential approach to non-discrimination could limit the appraisal to assessing whether the standard is aligned to provisions of internationally agreed upon agreements in the social and environmental domains, and to conduct and in-depth assessment only in cases of deviations, more stringent requirements, or in the absence of international agreements. This disciplined approach to non-discrimination, coupled with a necessity obligation taking the form of a suitability test and a relaxed application of the obligation to base standards on international standards, would be capable to address and remedy the most blatant cases of discrimination and market restriction, possibly under a protectionist rationale, while leaving sufficient scope for private autonomy and experimentation in regulatory approaches.

This dissertation has exposed a tension between EU and international economic law and voluntary measures which are an emanation of authority unconnected to public authority. As the actual voluntary character of a private standard may vary in practice,

under EU freedom of movement and competition law a closer scrutiny of VSS is to be expected as standards become less of a voluntary choice for producers. A certain uneasiness of the law, especially under WTO rules, can be observed with respect to the formal features of the prescriptive content of standards. The frequent employment of management system requirements could exclude certain VSS from the application of WTO discipline, and would complicate considerably the assessment under competition law of the positive effects generated by a scheme. All in all, the highly normative content of VSS and the potential distributive effects generated require different legal approaches than those applied to other private regimes. The process of constitutionalisation of this specific form of private regulation has a long way to go.

This book also shows that *ad-hoc* solutions such as those employed under EU law could be effective under specific circumstances to direct, orchestrate and coordinate private standards to limit trade barrier effects, ensure consumer trust, and schemes' effectiveness. These solutions encompass a host of different measures in the domain of market regulation that, without directly regulating private schemes, are nevertheless capable of indirectly addressing and improving procedural and substantive features of VSS. The employment of private standards is increasingly permitted in trade measures to serve as a verification of compliance with certain requirements, or as a tool to demonstrate the legality of the products in question. The possibility to employ a standard comes with strings attached; often requirements are laid down addressing features of the standard or the process that brought it to existence. These types of interaction between public and private authority constitute promising mechanisms to exert influence on private standards and steer transnational private regulation by means of incentives and the legitimacy generated by the association of private standards to public authority. They also bring back, if partially, the regulation of transnational phenomena under a degree of control of the public authority.

Samenvatting

De opkomst, bestendiging en groei van private standaarden in het domein van duurzaamheid is één van de meest opvallende kenmerken van de 'global governance' op het gebied van milieu en fair trade. Bedrijven, brancheverenigingen en samenwerkingsverbanden tussen overheden, NGOs en het bedrijfsleven maken en handhaven standaarden die voorwaarden opleggen aan producten dan wel productieprocessen binnen een bepaalde leveringsketen. Dit vindt plaats in zulke uiteenlopende sectoren als bosbouw en visserij, variërend van landbouwproducten tot grondstoffen en van textiel tot biobrandstoffen. Gecertificeerde goederen, evenals eerlijke handel en dierenwelzijn-conforme producten zijn nu alomtegenwoordig in de Europese winkels en woningen. Vrijwillige duurzaamheidsstandaarden (VDS) zijn niet verplichte (in sommige gevallen vanuit de markt geïnitieerde) reguleringssystemen, ontworpen door private lichamen met de bedoeling om de sociale en milieu-impact van productieprocessen aan te pakken, door middel van directe dan wel indirecte certificering van producten en processen door derden. Omdat deze initiatieven niet langer een niche betreffen, maar gemeengoed zijn geworden, is het van belang om de effecten hiervan te bestuderen en te begrijpen welke mogelijkheden overheden hebben om in te grijpen in de coördinatie, invloed en beoordeling van deze standaarden. Vanuit de aanname dat publieke autoriteiten een steeds zichtbaarder rol zouden moeten spelen in transnationale private regulering middels overheidsinstrumenten, onderzoekt dit boek de interactie tussen VDS en regels – inclusief wat men 'overkoepelende regels' zou kunnen noemen -- van Europese en internationale handelsrechtelijke regimes. Het doel van deze dissertatie is te beoordelen in hoeverre het recht van de interne markt van de Europese Unie (EU) en het recht van de Wereldhandelsorganisatie (WHO) van toepassing zijn, of hoe deze zo geïnterpreteerd kunnen worden dat ze van toepassing zijn op VDS. In het bijzonder is hierbij het doel om barrières die VDS aan markttoegang opwerpen en eventuele verwarring die ze oproepen bij consumenten, aan de orde te stellen en te beperken.

Dit boek illustreert het bestaan van een gelaagd systeem van normen op het niveau van de WHO en EU, dat van toepassing is, of althans het potentieel heeft om van toepassing te zijn, op vele typen VDS. WHO-bepalingen vastgelegd in de Technical Barriers to Trade (TBT) Overeenkomst, stellen brede 'constitutionele', overkoepelende eisen die ook gelden voor private standaarden binnen het domein van duurzaamheid. De toepassing daarvan is echter indirect, dat wil zeggen dat WHO lidstaten gehouden zijn om 'redelijk te verwachten' maatregelen te nemen om dergelijke private VDS de overkoepelende eis te laten naleven. EU-wetgeving op de interne markt, in het bijzonder de beginselen van vrij verkeer, kunnen onder bepaalde omstandigheden van toepassing zijn op VDS die een vrije markttoegang aantasten. Bovendien vallen standaarden die worden opgesteld door bedrijven met een impact op de parameters van de markt en het welzijn van de consument onder het Europese mededingingsrecht. De onderontwikkeling van de hier

beschouwde rechtsgebieden, althans ten aanzien van hun toepassing op private standaarden, impliceert dat een meer normatieve invulling nodig is om de mogelijke mate van hun toepasbaarheid op VDS te begrijpen. Dit boek toont aan dat non-discriminatoire en proportionele toepassing van bepalingen op VDS, zoals vervat in de WHO overeenkomsten, in de vrij verkeer beginselen van artikel 34 VWEU en ook in het Europees mededingingsrecht, met name artikelen 101 en 102 VWEU, zodanig geïnterpreteerd kunnen worden dat negatieve gevolgen zoals handelsbarrières en verwarring veroorzaakt door de private systemen verminderen, en dat de artikelen potentieel zelfs de beoordeling toestaan of de doelen van de standaarden zelf behaald worden.

Na de analyse in hoofdstuk 3 werd geconcludeerd dat, naast het vrije verkeer van personen, ook artikel 34 VWEU in principe van toepassing is op VDS, mits naleving van een standaard een essentiële voorwaarde is voor toegang tot de markt. Wanneer een VDS feitelijk een machtige poortwachter wordt kan deze strijdig zijn met artikel 34 VWEU. Niettemin kan in veel gevallen een inbreuk gerechtvaardigd zijn vanwege bepaalde beleidsdoelstellingen of vanwege het fundamentele recht op private autonomie. Hoofdstuk 4 besprak de problemen die zich voordoen wanneer VDS op gelijke voet met technische standaarden worden behandeld onder artikel 101 VWEU. Deze hands-off benadering is niet geschikt voor VDS omdat deze niet de marktefficiëntie genereren die van oudsher met technische standaarden wordt geassocieerd. In plaats daarvan, zo stelde hoofdstuk 4, zou een betere benadering om VDS te analyseren tevens een volledige beoordeling moeten behelzen van hun concurrentiebeperkende effecten in aanvulling op hun efficiëntieversterkende effecten. Dat laatste moet breed begrepen worden, in die zin dat zou moeten worden toegestaan dat alle positieve effecten die VDS opleveren mee worden gewogen in de beoordeling van hun toelaatbaarheid, daarmee toezichthouders in staat stellend alle effecten van een private standaard te beoordelen.

In hoofdstuk 6 werd besproken dat het essentiële WHO-beginsel van non-discriminatie structureel in conflict is met standaarden waarvan het expliciete doel is om concurrentievoorwaarden tussen producten te veranderen door 'kwaliteitsgoederen' te onderscheiden. Handhaving door lidstaten van de WHO kan bovendien belastend zijn in het licht van een verplichting om nauwlettend te onderzoeken hoe een bepaalde standaard onderscheid maakt tussen producten. Een mogelijke goede benadering van non-discriminatie zou de beoordeling kunnen beperken tot de vraag of standaarden zijn afgestemd op internationale overeenkomsten op milieu- en sociaal gebied, waarbij diepgaande evaluaties enkel plaatsvinden in gevallen van afwijkingen, strengere eisen of het ontbreken van internationale overeenkomsten. Deze, wat men zou kunnen noemen gedisciplineerde benadering van non-discriminatie, gecombineerd met een noodzakelijkheidstoets waarbij beoordeeld wordt of de standaarden passend zijn, en een soepele toepassing van de verplichting om standaarden te baseren op internationale

normen, zou de meest grove zaken van discriminatie en marktbeperking, bijvoorbeeld op grond van protectionistische redeneringen, kunnen voorkomen terwijl er voldoende ruimte blijft voor private autonomie en experimenten met verscheiden methodes van regulering.

Deze dissertatie heeft een spanning blootgelegd tussen EU- en internationaal economisch recht aan de ene kant en vrijwillige maatregelen, die een uitvloeisel zijn van niet aan overheden verbonden autoriteit, aan de andere kant. Op grond van het EU-recht valt een kritischer beoordeling van VDS te verwachten naarmate standaarden steeds minder een vrijwillige keuze voor producenten inhouden. Een zekere onwennigheid van het recht, zeker waar het gaat om WHO regels, is waar te nemen met betrekking tot de formele aspecten van standaarden die voorschriften bevatten. Het vaak voorkomende gebruik van eisen aan managementsysteem in bepaalde VDS, zou deze kunnen uitsluiten van de toepassing van WHO recht, en zouden bovendien de beoordeling van de positieve effecten genereerd door VDS aanzienlijk bemoeilijken. Al met al vereisen de sterk normatieve inhoud van VDS, en de potentieel herverdelende effecten die ze veroorzaken, een andere juridische aanpak dan andere private regimes. Het proces van het constitutionaliseren van deze specifieke vorm van private regulering heeft nog een lange weg te gaan.

Dit boek heeft ook aangetoond dat ad hoc oplossingen, zoals die gebruikt door het EU recht, in bepaalde omstandigheden effectief kunnen zijn in het bijsturen en coördineren van private standaarden, om zodoende handelsbarrières te beperken, consumentenvertrouwen te garanderen en de effectiviteit van de regelingen te bevorderen. Deze oplossingen bevatten een scala aan verschillende middelen op het gebied van marktregulering die, zonder dat ze direct private standaarden reguleren, niettemin in staat zijn om – indirect – procedurele en inhoudelijke onderdelen van VDS te adresseren en verbeteren. Het gebruik maken van private standaarden is in steeds grotere mate toegestaan in handelsbeperkende maatregelen, om te dienen als een verificatie van naleving van specifieke vereisten, of als een middel om de rechtmatigheid van bepaalde producten aan te tonen. De mogelijkheid om van standaarden gebruik te maken komt met addertjes onder het gras; vaak zijn er materiele of procedurele eisen in het leven geroepen waaraan de standaard zal moeten voldoen om erkend te worden in publiekrechtelijke instrumenten. Deze vormen van interactie tussen publieke en private autoriteit vormen veelbelovende middelen om invloed uit te oefenen over private standaarden en om transnationale private regulering te sturen door middel van prikkels en om de legitimiteit te verbeteren vanwege de associatie van de private standaarden met het publieke gezag. Het brengt tegelijkertijd, zelfs als is het gedeeltelijk, de regulering van een transnationaal fenomeen terug binnen de controle van het publieke gezag.