

Prof. Dr M.C.E.J. Bronckers & Prof Dr P.J. Kuijper*

DE WTO VOOR DE EUROPESE RECHTER

I. RECHTSTREEKSE WERKING, IMPLEMENTATIE, SCHADEVERGOEDING, OF NIETS VAN DAT AL?

1. Inleiding

De kwestie van de rechtstreekse werking van WTO-bepalingen (en daarvoor van het GATT) houdt de gemoederen al lang bezig.¹ Vooral voor de VS en de EG is het vanaf de ratificatie van het WTO-verdrag een probleem geweest. Beide

* Marco Bronckers is partner van Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP te Brussel en hoogleraar te Leiden. Pieter Jan Kuijper is Juridisch Hoofdadviseur voor Externe Betrekkingen bij de Juridische Dienst van de Europese Commissie en hoogleraar te Amsterdam. Dit pre-advies is een co-productie, maar de auteurs zijn het niet noodzakelijkerwijs volledig met elkaar eens. Bronckers is meer in het bijzonder verantwoordelijk voor deel II, terwijl Kuijper het grootste aandeel gehad heeft in het schrijven van deel I. Deze bijdrage bevat alleen hun persoonlijke meningen en niet die van de organisaties waarvoor zij werken.

¹ Zie Kuijper, *The European Court of Justice and the GATT dilemma. Public Interest versus Individual Rights* (Beuningen 1996) en de daar besproken literatuur. Het meer recente debat en de literatuur die daarin een rol speelt kan worden teruggevonden in de artikelen van Griller en Eeckhout in het *Journal of International Economic Law*: Griller, *Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union: Annotation to Case C-149/96 Portugal v. Council*, 3 JIEL 441 (2000) en Eeckhout, *Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union – Some Further Reflections*, 5 JIEL 91-110 (2002). Een ander goed en rijk geannoteerd artikel is Peers, *Fundamental Right or Political Whim? WTO law and the European Court of Justice, in the EU and the WTO Legal and Constitutional Issues* 111-130 (Gráinne de Búrca & Joanne Scott eds, Oxford/Portland 2001). Zie ook: Klabbers, *International Law in Community Law : The Law and Politics of Direct Effect*, 21 YEL 263 (2002) en Francis Snyder, *The Gatekeepers: the European Courts and WTO Law*, 39 CMLRev 313-67 (2003).

rechtssystemen hebben, elk op hun eigen wijze – de VS door een bepaling in de *Uruguay Round Agreements Act* en de Gemeenschap door een considerans in het goedkeuringsbesluit – gepoogd de rechtstreekse werking van het WTO-verdrag in de nationale rechtsorde uit te sluiten.²

Beide constitutionele systemen zijn monistisch van aard; in de VS is dat constitutioneel verankerd in de zgn. *Supremacy Clause*³, die bepaalt dat “*all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land*”; in de EG is dat door het Hof van Justitie uit Artikel 300(7) EG afgeleid.⁴ Beide systemen kennen, in voorkomende gevallen, aan verdragsbepalingen rechtstreekse werking toe, als gevolg van rechtersrecht.⁵

Er is recentelijk wel opgemerkt dat het Hof van Justitie in feite voor de WTO het dualisme heeft ingevoerd,⁶ maar terugkijkend valt het op dat de wetgevende macht zowel aan deze als aan de andere zijde van de Atlantische Oceaan, de WTO behandeld heeft als een materie die dualistisch benaderd diende te worden. Dat kwam niet alleen tot uiting in de hierboven al gereleveerde clausules, maar eveneens in de manier waarop niet alleen de VS, maar ook de EG, de WTO-verdragen vrijwel integraal “omzetten” in respectievelijk federaal en Gemeenschapsrecht.⁷

² *Uruguay Round Implementation Act*, Sec. 102(a)(1); Besluit 800/94, Pb 1994, L 336, laatste considerans.

³ *Article VI, Clause 2 of the US Constitution*.

⁴ Zie Zaak 181/73, *Haegeman t. België*, Jur. 1974, 449. Zie ook Vanhamme, *Inroepbaarheid van verdragen en volkenrechtelijke beginselen voor de Europese Rechten: stand van zaken*, SEW 247 (2001).

⁵ In de VS is de locus classicus *Foster v. Neilson* 27 US (E Pet) 253, 314(1829); in de EG is dat *Kupferberg*, Zaak 104/81, Jur. 1982, 3659. Dit in tegenstelling tot Nederland waar dit in de Grondwet verankerd is: Article 93.

⁶ Eeckhout, *External Relations of the European Union, Legal and Constitutional Foundations*, 302 ff. (Oxford 2004). Zie ook Eeckhout, *supra* noot 1, p. 98. Voorts Antoniadis, *WTO law and the EU: a nexus of reactive, coercive and proactive approaches*, paper 423 ECPR/SAIS Second Pan European Conference, Bologna 24-26 June 2004, p. 39.

⁷ Zie de *Uruguay Round Agreements Act*, 19 USC 3501 en de EG uitvoeringswetgeving gepubliceerd in Pb 1994, L 349.

Een dergelijke omzetting is overigens geheel in overeenstemming met de juridische politiek van het WTO Secretariaat, dat er altoos op heeft aangedrongen dat m.n. Latijns-amerikaanse landen die zich beriepen op de rechtstreekse werking om geen uitvoeringswetgeving voor anti-dumping aan te nemen, toch een zodanige wetgeving zouden doorvoeren. Deze politiek is impliciet bevestigd in panel en AB jurisprudentie.⁸

Toch doet dit de vraag rijzen of zulk een “terugkeer” naar dualisme voor een bepaald verdrag acceptabel is vanuit constitutioneel oogpunt. In de V.S. is althans één stem opgegaan, en niet de minste, die verklaard heeft dat de praktijk bepaalde verdragen “*non-self executing*” te verklaren vanwege zijn dualistische karakter indruist tegen de *Supremacy Clause* en naar de geest onconstitutioneel is.⁹ Dit zou echter alleen gelden voor verdragen (“*treaties*”) in de zin van de Amerikaanse Grondwet en niet voor zgn. *Congressional-Executive Agreements* waarvan de *Uruguay Round Agreements Act* er een is.¹⁰

De uitsluiting van het monisme voor WTO recht gaat in de VS zo ver, dat ook de federale staten geen mogelijkheid hebben om zich voor de federale rechter te beroepen op de rechtstreekse werking van WTO-recht.¹¹ Wel zijn voor de federale staten speciale mechanismen in het leven geroepen.¹² In de EG is het nog steeds omstreden of het door de rechter geïntroduceerde dualisme voor ondernemingen en individuen ook dient te gelden voor de Lidstaten in een nietigheidsactie tegen de

⁸ Zoek vindplaats. Vgl. de HvJ EG positie m.b.t. de noodzaak direct-werkende bepalingen van richtlijnen toch uit te voeren i.v.m. de rechtszekerheid.

⁹ Henkin, *Foreign Affairs and the US Constitution*, p. 202, (2nd ed., Oxford 1996). Dergelijke verklaringen worden zowel door de President als door de Senaat aan verdragen gehecht; met name verdragen op het gebied van de mensenrechten hebben te lijden gehad van deze behandeling.

¹⁰ Henkin, *id.*, p. 202 (voetnoot) en 217. Hoe dit precies kan worden verzoend met het feit dat zgn. executive agreements normaliter directe werking kunnen hebben, wordt door Henkin niet verklaard.

¹¹ Zie Sec.102(b) *Uruguay Round Implementation Act*.

¹² Cf. Shaefer in Jackson, Davey, Sykes eds. *International Economic Relations*, 137-139 (4th ed. 2002). Milliken, *Incorporating Principles of Domestic Federation within the Framework of the World Trade Organization*, ASIL Proceedings of the 89th Annual Meeting, pp. 327-334.

Gemeenschapsinstellingen. Het Hof heeft evenwel duidelijk besloten dat dit inderdaad het geval is.¹³ In de VS ligt dit anders, maar de verhouding tussen Lidstaten en Gemeenschap is uiteraard een andere dan die tussen Staten en de Federatie in de VS. Ook dit is een vraag die hieronder aan een nader onderzoek onderworpen zal worden.

Het Hof van Justitie heeft voorts op zijn invoering van het dualisme en de uitsluiting van rechtstreekse werking van WTO recht enkele nadere verfijningen en uitzondering aangebracht, de zgn. Fediol en Nakajima jurisprudentie.¹⁴ Ook deze rechtspraak verdient het nogmaals op de fileertafel gelegd te worden om te bezien of hij eigenlijk wel consistent is met de overige rechtspraak.

In zoverre als men bereid is te berusten in het feit dat aan het WTO recht momenteel geen rechtstreekse werking wordt toegekend, wordt evenwel des te hardnekkiger geargumenteed dat individuen die schade lijden door handelingen van instellingen van de Gemeenschap dat niet in overeenstemming met het WTO-recht is, of zelfs indien het WTO-conform gedrag van derde Staten betreft, zulke schade gecompenseerd moet worden uit hoofde van non-contractuele aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, respectievelijk uit hoofde van wat in het Franse administratieve recht een “rupture de l'égalité devant les charges publiques” genoemd wordt. Ook op dit gebied is een uitgebreide rechtspraak van het HvJ EG aan het ontstaan, maar nog niet volledig gerijpt . Ook deze ontwikkeling zal aan een nadere analyse onderworpen worden, waarbij een poging gewaagd zal worden een blik te werpen op wat in soortgelijke gevallen de rechtsregimes van sommige Lidstaten en derde landen voor mogelijkheden geven.

2. Rechtstreekse werking van verdragsbepalingen in het EG-recht : Kupferberg meer dan twintig jaar later.

¹³ Zaak C-280/93, *Duitsland t. Raad*, Jur. 1994, I-4973; zaak C-149/96, *Portugal t. Commissie*, Jur. 1999, I-8395, r.o. 47.

¹⁴ Zaak 70/87, *Fediol IV*, Jur. 1989, 1781; zaak 69/89, *Nakajima*, Jur. 1991, I-2069.

De *locus classicus* inzake de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen is het Kupferberg arrest.¹⁵ Het is een bewonderenswaardig helder en principieel arrest, dat de problematiek van de rechtstreekse werking in nagenoeg al zijn facetten ontleedt. Het is vaak aan dit arrest dat de jurisprudentie inzake het gebrek aan rechtstreekse werking van WTO-bepalingen wordt afgemeten. Het lijkt van enig belang om dit arrest na twintig jaar te herijken en te zien of de WTO jurisprudentie het wel verdient om als een dramatische afwijking van de norm op het gebied van de rechtstreekse werking gekenschetst te worden.

Het *Kupferberg* arrest geeft een aantal grondregels inzake monisme en rechtstreekse werking en verwerpt een aantal argumenten van Lidstaten die tussenbeide gekomen waren in de procedure om géén rechtstreekse werking toe te kennen.

De grondregels inzake monisme en directe werking zijn de volgende:

* Het Gemeenschapsrecht is open naar het internationale recht toe. De uitvoering van een door de Gemeenschap gesloten verdrag door de Lidstaten ingevolge Artikel 300 (7) is niet alleen een verplichting tegenover de betrokken derde Staat, maar ook en vooral een verplichting tegenover de Gemeenschap. Dat is de reden dat de bepalingen van een door de Gemeenschap gesloten verdrag integrerend onderdeel uitmaken van het Gemeenschapsrecht.¹⁶

* De criteria voor de toekenning van rechtstreekse werking aan verdragsbepalingen zijn in grote lijnen gelijk aan die voor de rechtstreekse werking van bepalingen van Gemeenschapsrecht: direct, precies, geen verdere uitvoering nodig, onvoorwaardelijk, kortom inroepbaar voor en toepasbaar door een rechter.¹⁷

* Daarnaast spelen de volkenrechtelijke interpretatieregels van “text, context, object and purpose” een rol om te bepalen of een bepaling rechtstreekse werking

¹⁵ Zaak 104/81, *Kupferberg*, Jur. 1982, 3659.

¹⁶ *Kupferberg*, r.o. 13, met verwijzing naar *Haegeman*, zaak 181/73, Jur. 1974, 449.

¹⁷ Zie *Kupferberg*, r.o. 26-27.

heeft.¹⁸

Het Hof verwerpt op principiële wijze de volgende argumenten tegen het verlenen van rechtstreekse werking:

* *Verhouding tussen de verschillende Gemeenschapsinstellingen.* Het feit dat de executieve of de wetgevende macht bepaalde opvattingen heeft over de directe werking (vooral in Frankrijk placht het Ministerie van Buitenlandse Zaken aanwijzingen te geven over de vraag van directe werking) doet er niet toe. Uit het verdrag zelf kan blijken of het geacht wordt rechtstreekse werking te hebben. Als het verdrag in kwestie daarover geen uitsluitsel geeft, dan heeft het Hof dat bij wege van interpretatie te doen, zoals het elke regel van Gemeenschapsrecht dient te interpreteren.¹⁹

* *Gebrek aan wederkerigheid op het gebied van de directe werking.* Dit wordt door het Hof als reden om zulke rechtstreekse werking niet toe te kennen verworpen met een principieel beroep op de verplichting verdragen te goeder trouw na te komen. Elke partij doet dat door het verdrag uit te voeren conform het eigen constitutionele stelsel: met of zonder monisme en rechtstreekse werking.²⁰

* *Het bestaan van bepaalde institutionele aspecten.* Met name het bestaan van diplomatieke of (quasi-) rechterlijke geschillenbeslechting als een reden om rechtstreekse werking niet toe te kennen wordt door het Hof verworpen. Het Hof wijst erop dat indien een nationaal of Gemeenschapshof een verdragsbepaling rechtstreeks toepast en zo indirect een geschil oplost, dit niets afdoet aan het gezag van de door het desbetreffende verdrag in het leven geroepen instellingen.²¹

Dit zijn stellingnamen van een zeer principieel en hoogjuridisch karakter, die van groot belang waren om de verhouding tussen Gemeenschapsrecht en de door de

¹⁸ *Kupferberg*, r.o. 23. Tekst, context en voorwerp en doel van de overeenkomst spelen ook een rol in de meer algemene interpretatie van (al dan niet rechtstreeks werkende) verdragsbepalingen. Zie *Kupferberg*, punt 30 en *Polydor*, zaak 270/80, Jur. 1982, 329, r.o. 16 e.v.

¹⁹ *Kupferberg*, r.o. 17.

²⁰ *Kupferberg*, r.o. 18. In de VS wordt wederkerigheid op het gebied van directe werking door tenminste één *Appeals Court* wel van belang geacht, zie *US v. Postal* 589 F 2d 862, p. 878 (5th Circuit 1979). Doch deze opvatting is sterk bekritiseerd in *Restatement (3rd) Foreign Relations Law*, § 111, Reporter's note 5.

²¹ *Kupferberg*, r.o. 20.

Gemeenschap gesloten verdragen een stevig juridisch fundament te geven in een periode dat de Gemeenschap nog relatief zwak was op het internationale toneel.

Maar men kan zich ruim twintig jaar na dato afvragen of sommige van deze antwoorden niet te principieel van aard waren en voorbij gingen aan zaken, waarvan alleen de grotere, machtigere Lidstaten (Frankrijk!), die meer blootgesteld waren aan het internationale machtsspel, weet hadden.

Om met het boven als laatste genoemde punt te beginnen: is het wel zo logisch om te zeggen dat het bestaan van internationale systemen van geschillenbeslechting in een verdrag geen reden dient te zijn om rechtstreekse werking van dat verdrag af te wijzen (of te matigen)? Men moet toch erkennen dat er ernstige praktische problemen kunnen rijzen in de coördinatie van interpretatie. Het ontbreken van een equivalent van een prejudiciële procedure in de WTO zou kunnen leiden tot grote ongelijkheid in de uitvoering van de WTO-regels tussen Leden van de organisatie.²² Anderzijds kan men de houding innemen dat indien deze ongelijkheid te groot zou worden, Leden er niet voor zouden terugschrikken een beroep te doen op het geschillenbeslechtingmechanisme, zelfs indien men niet graag staten aansprakelijk stelt voor uitspraken van hun rechterlijke instanties.

Bovendien is erop gewezen dat het Hof van Justitie van de Gemeenschap gemakkelijk het belangrijkste Hof voor de interpretatie van de WTO zou kunnen worden en zo het *Appellate Body* in feite naar de kroon zou kunnen steken.²³ Dat kan toch ook niet echt de bedoeling zijn geweest van het sterke geschillenbeslechtingmechanisme van de WTO. Nog afgezien van de vraag of het Hof van Justitie nu wel zo verlegen zit om nog meer werk.²⁴

²² Hierover als eerste Rosas, annotatie bij zaak C-149/96, *Portugal v. Council*, 37 CMLRev 797 (2000).

²³ Eeckhout, *Judicial Enforcement of WTO law in the European Union*, 5 JIEL 93 (2002).

²⁴ Het Hof is bijv. ook nooit enthousiast geweest voor de regel van *exhaustion of local remedies* in het WTO recht, met name het anti-dumpingrecht. Gebaseerd op persoonlijke contacten met het Hof over deze kwestie tijdens de *Uruguay-ronde*.

Voorts kan men zich afvragen of het wel gerechtvaardigd is om op zo'n betrekkelijk simplistische manier te stellen dat directe werking niet beïnvloed moet worden om redenen van reciprociteit. Het is uiteraard juist om te zeggen dat elke staat – en dus ook de EG – de verplichting heeft om verdragen te goeder trouw na te komen en dat elke staat daartoe zijn eigen constitutionele systeem (inclusief het recht van de internationale betrekkingen, de zgn. “*foreign relations law*”) met zich meedraagt. Desalniettemin is het merkwaardig dan geen rekening te houden met het feit dat monisme en rechtstreekse werking traditioneel in volkenrechtelijke kring altijd gezien worden als een bijdrage aan een betere naleving van het internationale recht.²⁵ Dit heeft anderzijds natuurlijk een asymmetrie tussen monistische en dualistische staten in de naleving van verdragsverplichtingen tot gevolg, die nog groter is als monisme gepaard gaat met suprematie van het volkenrecht, in die zin dat een latere wet geen eerder verdrag opzij kan zetten.²⁶

Voorts gaat deze opvatting voorbij aan het feit dat, zoals we al eerder zagen, veel van het zgn. constitutionele recht over suprematie van het volkenrecht, monisme en rechtstreekse werking in de Gemeenschap rechtensrecht is en niet rechtstreeks in het verdrag verankerd is. Het kan dus ook gemakkelijk door de rechter worden “bijgesteld”.

Tenslotte doet *Kupferberg* ook rijkelijk naïef en inconsequent aan, wanneer het probleem van het evenwicht tussen de Gemeenschapsinstellingen aan de kant geschoven wordt met de mededeling dat de Gemeenschapsinstellingen vrij zijn met de instellingen van een derde Staat af te spreken, welk effect de bepalingen van een overeenkomst in de interne rechtsorde van de verdragssluitende partijen zullen hebben. Dat was misschien denkbaar voor de eerste en tweede generatie rechters in Luxemburg, waarvan er enkele hadden vastgelegd in het EG-verdrag dat verordeningen rechtstreeks toepasselijk zouden zijn in elke lidstaat, maar eenieder die over gewone volkenrechtelijke verdragen onderhandeld heeft, weet dat de vraag

²⁵ Jackson, *Status of treaties in domestic legal systems : a policy analysis*, in John H. Jackson. *The jurisprudence of GATT and the WTO* 328, 343-344 (Cambridge 2000).

²⁶ Dit is het geval in Nederland en de EG, zie Jackson, *id.* die er zelfs over speculeert of monistische staten zo niet geremd zullen worden in hun bereidheid verdragen aan te nemen.

van het effect in de interne rechtsorde gewoonlijk geen enkele rol speelt in de onderhandelingen.²⁷

Bovendien is er een flagrante tegenspraak met de eerder gereleveerde opvatting van het Hof dat elke rechtsorde met de hem ten dienste staande constitutionele middelen (of dat nu monisme of dualisme is) te goeder trouw verdragsverplichtingen behoort na te komen en dat deze constitutionele kenmerken gegeven zijn. Hoe kan men dan deze constitutionele kenmerken per verdrag veranderen? In elk geval voor werkelijk constitutioneel verankerd monisme en rechtstreekse werking lijkt dit volledig uitgesloten²⁸ maar voor constitutioneel rechtensrecht op dit gebied moeilijk, hoewel misschien niet uitgesloten.

Tenslotte kan men zich op dit punt verbazen over de vanzelfsprekendheid waarmee het Hof stelt dat, als het verdrag zelf de vraag van de rechtstreekse werking niet oplost, het zonder meer aan het Hof staat dit op z'n eentje door interpretatie op te lossen. Het is evident dat hier een probleem ligt met betrekking tot het evenwicht tussen de instellingen: de uitvoerende en de wetgevende macht hebben immers een legitiem belang bij de vraag van directe werking.²⁹ De uitvoerende macht heeft het verdrag onderhandeld en is verantwoordelijk voor een belangrijk deel van de uitvoering; de wetgevende macht heeft het verdrag goedgekeurd. Het is achterhaald om het Hof als exclusief gelegitimeerd te zien waar het de vraag van de directe werking aangaat. Met name de spanning tussen het Hof en de wetgevende macht op dit punt is gegroeid en zal nog verder groeien, naarmate de wetgevende macht meer democratisch gelegitimeerd raakt in de Gemeenschap en meer bij goedkeuring van handelsovereenkomsten betrokken wordt,³⁰ terwijl, zoals we zagen, rechtstreekse

²⁷ De kwestie is kortstondig aan de orde geweest in de Uruguay ronde onderhandelingen door een Zwitsers initiatief. Het enige dat daarvan rest (althans indirect) is de bepaling in de "headnote" van het *schedule van commitments* voor diensten, dat niets in dit *schedule* rechten voor particulieren in het leven roept.

²⁸ Behalve in de zeldzame Staat die verdragen in bepaalde omstandigheden boven de Grondwet stelt, zoals Nederland.

²⁹ Zie Vazquez, *The Four Doctrines of Self-Executing Treaties*, 89 AJIL 695 (1995).

³⁰ Artikel III-227 van de Constitutie (versie van 18/7/2004), dat aan het Europees Parlement het goedkeuringsrecht ook van handelsverdragen geeft.

werking en monisme rechtersrecht zijn.

Nu het GATT na de omzetting in de WTO van gedaante is veranderd en de WTO op het eerst gezicht een echte internationale organisatie is en in veel opzichten een “normaal verdrag”, zou men verwachten dat daarop het *Kupferberg*-arrest ook kan worden toegepast. Maar na ruim twintig jaar doet het *Kupferberg*-arrest zelf in veel opzichten gedateerd aan en komen enkele interne inconsequenties van het arrest scherper naar voren. Het vermag dan ook niet te verbazen dat het Hof, weliswaar met twee of drie diepe buigingen in de richtingen van *Kupferberg*,³¹ zijn positie op verschillende hierboven genoemde punten heeft aangepast.³² Zo wordt de verhouding met de uitvoerende en de wetgevende macht duidelijker in het licht gesteld, en met name het feit dat een interpretatie van het Hof ten faveure van de rechtstreekse werking van de WTO de wetgevende en uitvoerende macht in de Gemeenschap zou beroven van de mogelijkheid om zekere bepalingen van de WTO, en met name Artikel 22 DSU, ten volle te benutten.³³ Hetzelfde geldt voor het punt waar het Hof nu bereid is aandacht te besteden aan het feit dat de verdragsluitende macht in de Gemeenschap van oordeel was dat de WTO-overeenkomst geen rechtstreekse werking behoorde te hebben en zulks in de fameuze considerans van het goedkeuringsbesluit tot uitdrukking bracht.

Ook het element van de reciprociteit inzake de rechtstreekse werking wordt thans anders beoordeeld, ook omdat, door toekenning van directe werking, aan de uitvoerende en wetgevende macht van de Gemeenschap speelruimte in de WTO ontzegd zou worden, die de executieve en de wetgevende macht van verdragspartners wel hebben door de duidelijke uitsluiting van rechtstreekse werking binnen hun constitutionele stelsels.

Kortom *Kupferberg* was een typisch product van een bepaalde periode, waarin de

³¹ Zie Zaak C-149/96 *Portugal t. Raad*, Jur. 1999, I-8395; voor de buigingen zie r.o. 34, 35, 42 en 44.

³² Voor de aanpassingen, zie Zaak C-149/96, r.o. 40-41, 43, 45-47. Het zal duidelijk zijn dat voor schrijver dezes deze aanpassingen een bredere toepassing verdienen dan alleen voor de WTO.

³³ Men kan in dit verband ook denken aan Artikel 8.3 van de WTO Vrijwaringovereenkomst.

Gemeenschap net begonnen was haar positie in de internationale betrekkingen te veroveren en waarin de eerste beginselen van de verhouding tussen internationale verdragen en Gemeenschapsrecht voor het eerst helder en systematisch dienden te worden vastgelegd.³⁴ In een dergelijk relatief zwakke positie wordt het vaak als het veiligst gezien nauw aansluiting te zoeken bij het (volken)recht.³⁵ Hetgeen eens te meer voor de hand lag, omdat dit (nog) de periode was waarin het Hof tussen alle instellingen duidelijk de dominante positie innam.

Dat alles is nu veranderd. De Gemeenschap is een belangrijke factor geworden in de internationale betrekkingen. Met name in de WTO, waar zij “*present at the creation*”³⁶ en dus “*original Member*”³⁷ was, is zij een aanzienlijke machtsfactor geworden en ook zelf beter in staat om het hoofd te bieden aan de machtspolitiek van anderen. En ook de positie van het Hof ten opzichte van de andere instellingen binnen de Gemeenschap is gewijzigd.

In deze situatie is een bijstelling van de *Kupferberg* jurisprudentie, met name in het kader van de WTO, begrijpelijk en noodzakelijk. Dat moet niet gezien worden als een dramatische aantasting van de “constitutionele” rechtsorde van de Gemeenschap, want deze was toch grotendeels door rechters geschapen op dit punt en kan dus ook door hen aan de veranderde realiteit worden aangepast. In de meeste grote staten die een machtsfactor vormen op het wereldtoneel, is de “*foreign relations law*” en de verhouding tussen de rechterlijke macht en de andere instellingen die meer direct bij de buitenlandse betrekkingen betrokken zijn,

³⁴ De noodzaak was des te groter omdat het Hof enkele maanden tevoren in de zaak *Polydor* geheel gebiologeerd was geraakt door de vraag van identieke uitlegging van identieke bepalingen in een verschillende context (diende de uitputtingstheorie van intellectuele eigendom binnen een vrijhandelszone op dezelfde wijze te worden toegepast als binnen de Gemeenschap?) en de fundamentele voorafgaande vragen niet had behandeld, zie Zaak 270/80, *Polydor*, Jur. 1982, 329.

³⁵ Zowel de VS als Nederland zochten in de 19e eeuw, toen zij beiden relatief zwak waren, nauw aansluiting bij het Volkenrecht. Zelfs de retoriek was dezelfde: “*Nederland, een lichttoeren in een duistere wereld*” (T.M.C.Asser) en de VS als “*beacon on the hill*” door het uitdragen van het Volkenrecht. De veranderde machtspositie van de VS heeft ook een verandering ten opzichte van het volkenrecht met zich gebracht.

³⁶ Dean Acheson, “*Present at the Creation. My years in the State Department*” (W.W. Norton, 1970).

³⁷ Zie artikel IX:1 van het WTO-verdrag.

aanmerkelijk gecompliceerder dan zij aanvankelijk volgens *Kupferberg* in de Gemeenschap leek. De grotere genuanceerdheid en gecompliceerdheid in de situatie betreffende de directe werking van de WTO is dus een weerspiegeling van de ontwikkeling van de Gemeenschap.

Deze genuanceerdheid komt ook tot uitdrukking in het feit dat de uitzonderingen die al op de afwezigheid van directe werking in het GATT door het Hof zijn aangebracht, de zgn. *Fediol*³⁸ en *Nakajima*³⁹ jurisprudentie, zijn gehandhaafd. Maar op dat punt is het de vraag of deze nuanceringen bij nadere beschouwing eigenlijk wel iets met rechtstreekse werking te maken hebben en dus als nuanceringen daarvan gezien kunnen blijven worden.

3. **Fediol en Nakajima**

Over deze oude jurisprudentie zegt het Hof in de zaak *Portugal t. Raad* het volgende:

*”Slechts ingeval de Gemeenschap uitvoering heeft willen geven aan een in het kader van de WTO aangegane bijzondere verplichting of indien de gemeenschapshandeling uitdrukkelijk naar specifieke bepalingen van de WTO-overeenkomsten verwijst, dient het Hof de wettigheid van de betrokken gemeenschapshandeling aan de WTO-regels te toetsen (zie, wat het GATT 1947 betreft, reeds aangehaalde arresten *Fediol/Commissie*, punten 19-22, en *Nakajima/Raad*, punt 31).”*⁴⁰

Het is niet geheel duidelijk waarom het Hof, en ook vele commentatoren, deze zaken altijd in één adem noemen. Het gaat namelijk om twee wezenlijk verschillende situaties.

³⁸ Zaak 70/87, *Fediol t. Commissie (Fediol IV)*, Jur. 1989, 1781.

³⁹ Zie *Nakajima All t. Raad*, Jur. 1991, I-2069.

⁴⁰ Zaak C-149/96, *Portugal t. Raad*, Jur. 1999, I-8395, r.o. 49.

In de *Fediol*-zaak⁴¹ geeft de (thans) handelsbarrièreverordening uitdrukkelijk het recht aan ondernemingen en individuen om zich te beklagen over handelspraktijken van derde landen die huns inziens niet in overeenstemming zijn met het WTO-recht⁴²; de Commissie heeft derhalve ook de plicht deze handelspraktijken aan de WTO te toetsen. Dat in zulke gevallen de justitiabele het recht heeft om van het Hof een toetsing van deze toetsing door de Commissie te vragen, lijkt voor de hand te liggen en is de enige methode om aan de klagers in dit geval de nodige rechtsbescherming te bieden. Hier is er geen sprake van dat aan het WTO-recht rechtstreekse werking wordt toegekend en daarom een bepaling van Gemeenschapsrecht door het Hof buiten toepassing wordt gelaten; het gaat om de vraag of de Commissie de ruime marge van beoordeling, die zij in zulke economische kwesties altijd heeft, met betrekking tot de interpretatie van het WTO-recht in het kader van de behandeling van de klacht overschreden heeft. Het Hof interpreteert daartoe het WTO-recht en bepaalt of de Commissie in redelijkheid tot haar interpretatie van dat recht heeft kunnen komen. Als dat niet zo is, dan is het resultaat een schending van één van de bepalingen van de handelsbarrièreverordening en zijn er geen bepalingen van Gemeenschapsrecht die buiten toepassing blijven wegens strijdigheid met het WTO-recht.⁴³

Heel anders liggen de zaken met betrekking tot Nakajima jurisprudentie. Hier was sprake van een antidumpingmaatregel van de Raad die door een betrokkene voor vernietiging werd voorgedragen en waarbij bij wege van een exceptie van onwettigheid (artikel 184, thans 241 EG) de basisverordening inzake anti-dumping werd aangevallen, omdat deze in strijd zou zijn met de anti-dumping code van de GATT. Het Hof meende dat hier geen sprake was van rechtstreekse werking en stond deze exceptie van onwettigheid toe. Immers de basisverordening zou door de Gemeenschap specifiek genomen zijn ter uitvoering van deze GATT code. De Gemeenschap had er dientengevolge voor te zorgen dat de GATT en zijn

⁴¹ Zaak 70/87, *Fediol IV*, Jur. 1989, 1781, vooral r.o. 18-22.

⁴² Vo. 3286/94, Pb 1994, L 349/71. Zie Bronckers & McNelis, *The EU Trade Barriers Regulation Comes of Age*, 35 JWT 427-483 (2001).

⁴³ Ook in deze zin, Eeckhout, *supra* noot 6.

uitvoeringsmaatregelen, waaronder de anti-dumping code, zouden worden nageleefd. Daarom moest door het Hof worden vastgesteld of de Raad bij de vaststelling van de anti-dumping basisverordening buiten dat kader zou zijn getreden.⁴⁴

Dit is, goed beschouwd, een toch wat raadselachtige jurisprudentie. De grondgedachte achter deze benadering is dat de Gemeenschapswetgever door het aannemen van uitvoeringswetgeving zelf impliciet rechtstreekse werking aan WTO recht kan geven. Welnu als de Gemeenschapswetgever enerzijds in een considerans van het goedkeuringsbesluit van de WTO duidelijk tot uitdrukking heeft willen brengen dat het WTO-verdrag geen rechtstreekse werking diende toe te komen en anderzijds op dezelfde dag een pakket evenzeer dualistisch getinte uitvoeringswetgeving heeft aangenomen,⁴⁵ waaronder de anti-dumping verordening, dan lijkt de redenering van het Hof dat de wetgever zo impliciet rechtstreekse werking aan het WTO-recht in verhouding tot deze uitvoeringsverordeningen heeft willen geven daarmee in flagrante tegenspraak.

Dat is des te onbegrijpelijker omdat, zoals eerder werd aangetoond, het Hof zelf voor de WTO een zekere mate van dualisme heeft geschapen binnen een verder monistisch stelsel. Welnu, het is kenmerkend voor een dualistisch stelsel dat verdragen worden “omgezet” in nationaal recht, maar nog nimmer heeft iemand maar gesuggereerd dat door zulke omzettingswetgeving aan te nemen de wetgevende macht van een land met een dualistisch stelsel in feite directe werking zou hebben willen geven aan de aldus geïncorporeerde verdragen. Integendeel.

Het heeft er alle schijn van dat het Hof ook zichzelf enigszins in verwarring gebracht heeft met de Nakajima jurisprudentie. In *Italië t. Raad*⁴⁶ neemt het Hof de merkwaardige positie in dat een verordening die genomen is ter uitvoering van overeenkomsten met een aantal derde landen, gesloten in het kader van

⁴⁴ Zie Zaak 69/89, *Nakajima*, Jur. 1991, I-2069, r.o. 30-32.

⁴⁵ Zie voetnoot 7 en bijbehorende tekst.

⁴⁶ Zaak C-352/96, Jur. 1998, I-6937.

onderhandelingen gebaseerd op Artikel XXIV: 6 GATT en het op die bepaling betrekking hebbende “*Understanding*”, gesloten tijdens de *Uruguay Ronde*, valt onder de *Nakajima* jurisprudentie.⁴⁷ In het GATT is er vrijwel niets te vinden dat meer politiek van aard is dan de bijstelling van concessies die volgt op een uitbreiding van de Gemeenschap (de materie die door Artikel XXIV: 6 beheerst wordt) en het Hof is dan ook gedwongen te erkennen dat het blote feit dat overeenstemming bereikt is tussen de partijen bij een onderhandeling onder Artikel XXIV: 6 voldoende is en dat er van enige toetsing geen sprake kan zijn.⁴⁸ Een betere demonstratie van de onwerkbaarheid van de *Nakajima* doctrine in het onderhavige geval is nauwelijks denkbaar. Men moet zich dan ook afvragen of hier nog wel van een toepassing van *Nakajima* gesproken kan worden.

Het andere voorbeeld van de toepassing van de *Nakajima* doctrine wijst al op even grote verwarring. Zou men in de *Petrotub*-zaak⁴⁹ aanvankelijk nog kunnen denken dat het om een normale, directe toepassing van *Nakajima* gaat; het is immers ook een anti-dumping zaak en een exceptie van onwettigheid ligt voor de hand, als men beweert dat artikel 2(11) van de basisverordening niet in overeenstemming is met een motiveringsplicht neergelegd in artikel 2.4.2 van het WTO *Anti-Dumping Agreement* 1994/ADA. Niets blijkt minder waar. Het Hof zegt weliswaar dat het, op basis van de verwijzing naar *Nakajima* in *Portugal t. Raad* en gegeven het feit dat de basisverordening genomen is ter uitvoering van de ADA, de wettigheid van de individuele maatregel mag toetsen in het licht van artikel 2.4.2 van de ADA,⁵⁰ maar gaat dan voort met zich in werkelijkheid te baseren op de doctrine van harmonische interpretatie van Gemeenschapswetgeving en internationaal recht,

⁴⁷ Zaak C-352/96, r.o. 20, althans dat lijkt te volgen uit de formulering dat de Gemeenschap door de bestreden verordening aan te nemen nadat het akkoorden ter uitvoering van Artikel XXIV:6 GATT met derde landen had gesloten, uitvoering heeft willen geven aan een specifieke verplichting uit hoofde van het GATT.

⁴⁸ Zaak C-352/96, r.o. 22-24.

⁴⁹ Zaak C-76/00P, Jur. 2003, 79. Zie Zonnekeyn, *The ECJ's Petrotub Judgement: towards a Revival of the Nakajima Doctrine?*, 30 LIEI 249 (2003).

⁵⁰ *Id.*, r.o. 54-56.

vooral waar de eerste bedoeld is uitvoering te geven aan het laatste.⁵¹ Een bepaling omtrent het geven van redenen voor de toepassing van de asymmetrische methode van berekening van de dumpingmarge uit de ADA (artikel 2.4.2) wordt door het Hof in artikel 2.11 van de anti-dumpingverordening ingelezen en wordt daardoor volgens het Hof onderdeel van de motiveringsvereisten van artikel 190 EG-verdrag. Daarop vernietigt het Hof de anti-dumpingmaatregel wegens schending van artikel 190 en niet omdat artikel 2.11 van de verordening in strijd is met artikel 2.4.2 van de ADA en daarom buiten toepassing gelaten zou moeten worden.⁵² *Petrotub* is dus geenszins een toepassing van de *Nakajima* jurisprudentie, maar eerder een teken dat de harmonische interpretatie van *Hermès* en *Schieving-Nystad* in bepaalde gevallen nauwelijks van directe werking te onderscheiden valt.⁵³

De conclusie is onontkoombaar dat de *Nakajima* jurisprudentie logisch-juridisch gezien niet houdbaar is en eigenlijk ook nog niet één keer echt is toegepast. Dat maakt dan ook meteen een einde aan de speculatie op de vierkante centimeter of bepaalde maatregelen van de Gemeenschapswetgever nu wel of niet uitvoering geven aan WTO-recht en of de Gemeenschapswetgever in staat gesteld moet worden om zulke uitvoering te verheimelijken.

Deze wijze van beschouwing van de *Nakajima* jurisprudentie heeft ook geleid tot een hele discussie of maatregelen van de Gemeenschapsinstellingen die uitvoering geven aan een uitspraak van een panel of van het Beroepsorgaan daaraan getoetst moeten kunnen worden.⁵⁴ Ook deze discussie is misleidend en onvruchtbaar.

Al worden panelrapporten en uitspraken van het Beroepsorgaan formeel gesproken

⁵¹ *Id.*, r.o. 57 e.v. met verwijzing naar Zaak C-341/95, *Bettati*, Jur. 1998, I-4355, r.o. 20 e.v.

⁵² *Id.*, r.o. 58-62.

⁵³ Zaak C-53/96, *Hermès*, Jur. 1998, I-3603 en Zaak C-89/99, *Schieving-Nystad*, Jur. 2001, I-5851.

⁵⁴ In de Zaak C-93/02P, *Biret*, (nog niet gepubliceerd) komt deze vraag in r.o. 57 aan de orde. Zie voorts Zonnekeyn, *The Status of Adopted and Appellate Body Reports in the European Court of Justice and the European Court of First Instance. The Banana Experience*, 34 *JWT* 93 (2000); Lavranos, *Die EG darf WTO-Recht weiterhin ignorieren*, EWS 293 e.v. (2004).

nog steeds aangenomen door het DSB, het zou van excessief formalisme getuigen deze rapporten en uitspraken te zien als bindende besluiten van een orgaan van een internationale organisatie. Het volstaat te verwijzen naar het feit dat zulke uitspraken krachtens Artikel [...] van het DSU bindend zijn voor de partijen bij het geschil. Deze uitspraken bevatten interpretaties van bepalingen van de verschillende WTO-verdragen. In zoverre als deze bepalingen geen rechtstreekse werking hebben, verwerven ze die ook niet door de nieuwe interpretatie,⁵⁵ en al helemaal niet, omdat het Hof van Justitie systeemredenen heeft aangevoerd om aan de hele WTO rechtstreekse werking te ontfemen.

Concluderend kan gesteld worden dat de *Fediol* jurisprudentie niet werkelijk handelt over directe werking van WTO-recht, maar wel een zekere “*second-guessing*” van de kant van het Hof van interpretatie van WTO bepalingen gegeven door de Commissie met zich mee brengt. Anderzijds is aangetoond dat de juridische constructie die ten grondslag ligt aan de *Nakajima*-jurisprudentie geen stand houdt. Erkenning hiervan zou aan veel geforceerde juridische gedachte-experimenten terecht een einde maken.

4. **Schadevergoeding uit onrechtmatige overheidsdaad**⁵⁶

Sinds de extracontractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap is aangepast onder de invloed van de ontwikkelingen op het gebied van de aansprakelijkheid van de Lidstaten voor schendingen hunnerzijds van het Gemeenschapsrecht, kan men de voorwaarden voor deze aansprakelijkheid globaal als volgt samenvatten:⁵⁷

⁵⁵ Zo wordt dit probleem ook in de Nederlandse “*Foreign Relations Law*” opgelost, zie Besselink, *Staatsrechts en buitenlands beleid*, Ars Aequi cahiers Staats- en Bestuursrecht, 53-54 (2^{de} druk, 1995).

⁵⁶ De verantwoordelijke auteur is in de periode tussen de uitnodiging om dit pre-advies mede te schrijven en het schrijven ervan onverwacht betrokken geraakt bij een aantal zaken voor het Europese Hof, die deze en de volgende sectie betreffen. Dit maakt dat de opinies hier minder geprononceerd zijn dan in secties 2 en 3 hierboven.

⁵⁷ Zie Kapteyn-VerLoren, *Het Recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschap*, 390 e.v. (6^e druk, 2003) (Kapteyn).

- 1) Er moet werkelijk aantoonbare schade zijn.
- 2) Er moet sprake zijn van onrechtmatig handelen van een gemeenschapsinstelling.
 - (a) Dit onrechtmatig handelen moet bestaan uit een voldoende gekwalificeerde schending van een regel van Gemeenschapsrecht en (b) deze regel van Gemeenschapsrecht moet ertoe strekken aan particulieren rechten toe te kennen.
- 3) Er moet een direct causaal verband bestaan tussen de schending van de regel en de door de benadeelde persoon geleden schade.⁵⁸

Het is vaak voor particulieren moeilijk genoeg om aan te tonen dat er van werkelijk aantoonbare schade sprake is, maar het is duidelijk dat in geval van non-contractuele aansprakelijkheid van Gemeenschapsinstellingen met een internationale dimensie, en vooral WTO-zaken, de problematische punten vooral bij de tweede en derde voorwaarde te vinden zijn.

In verband met het vervullen van de tweede voorwaarde in het geval van beweerde schending van een regel van volkenrecht, in het bijzonder het verdragsrecht en nog meer bepaaldelijk het WTO-recht, zullen de volgende vragen rijzen.⁵⁹

- Wanneer staat onrechtmatig handelen onomstotelijk vast, wanneer is er zonder meer sprake van een gekwalificeerde schending?
- Is een regel van volkenrecht (een verdragsregel) een regel van Gemeenschapsrecht en, samenhangend daarmee, wanneer strekt zo'n regel ertoe aan particulieren rechten toe te kennen?

Het zal voor het Hof van Justitie en het Gerecht niet altijd gemakkelijk zijn om vast te stellen of er sprake is van een schending van een verdrag of andere volkenrechtelijk regel en of zo'n schending gezien kan worden als een

⁵⁸ Voor deze criteria, zie Zaak C-352/98P, *Bergaderm*, Jur. 2000, I-5291, r.o. 41 e.v.

⁵⁹ Zie ook Zonnekeyn, *EC Liability for Non-Implementation of Adopted WTO Panel and Appellate Body Reports. The example of the "innocent exporters in the banana case"*, in *The EU and the International Legal Order: Discord or Harmony?* 251-272 (V. Kronenberger ed., The Hague 2001).

gekwalficeerde schending. Vooral deze verzwareing van het criterium van de schending van een verdragsregel wordt in de huidige discussie over aansprakelijkheid voor schendingen van WTO-recht wel eens uit het oog verloren. In het emotionele klimaat rond bananen, hormonen en GMO's worden beweerdelijke schendingen al snel als evident schandalig en dus als gekwalficeerde schendingen gezien.

In het geval van het WTO-verdrag is het in elk geval eenvoudiger voor het Hof om vast te stellen dat een schending heeft plaatsgehad. Immers het geschillenbeslechtingssysteem helpt daarbij.

Toch is dat niet altijd het geval. Er kunnen zich gevallen voordoen waar de Gemeenschap niet of een derde Staat niet willen/kunnen klagen en het Hof er toch zelf voor zou staan. Het duidelijkst komt dit tot uitdrukking in zaken, zoals Fedio⁶⁰ en soortgelijke zaken, waar het Hof de verwerping van een klacht onder de TBR moet toetsen aan het WTO-recht. Als deze toetsing ten voordele van de klager uitvalt rijst de vraag of hij schadevergoeding moet kunnen krijgen. Maar van wie? En voor wat? Van de Commissie, omdat die hem de kans niet heeft gegeven dat de handelsbarrière werd weggenomen als gevolg van een (hopelijk) succesvolle procedure door de Commissie voor een panel en voor het Beroepsorgaan? Dan komen vragen op in verband met het rechtstreeks causaal verband tussen schending en schade. Immers de verkeerde beoordeling van de klacht veroorzaakt nog geen schade. De schade is ontstaan door onrechtmatige of rechtmatige handelingen van derde staten, niet doordat de Commissie (ten onrechte) de klacht verworpen heeft en dus geen WTO-zaak heeft aangespannen. Want, hoewel men licht kan denken dat het Hof van oordeel is dat het WTO recht geschonden is bij de verwerping van de klacht, is er in werkelijkheid sprake van een verkeerde interpretatie van het WTO-recht door de Commissie en daarmee van schending van de TBR.⁶¹ Maar zelfs als er sprake is van een dergelijke schending van de TBR, zou het toch onzeker blijven of de klacht van de Commissie bij het WTO panel en Beroepsorgaan succes gehad

⁶⁰ Zie, *supra*, voetnoot 41 en bijbehorende tekst.

⁶¹ Zie ook in deze zin, Eeckhout, *supra* noot 6.

zou hebben en er aldus een einde gemaakt had kunnen worden aan de inbreuk op het WTO-recht die de eigenlijke schade veroorzaakte.

Na deze korte uitweiding over het directe verband tussen schending van een regel van WTO-recht en de geleden schade, is het van belang terug te keren naar de vraag wanneer het onrechtmatig handelen onomstotelijk vaststaat en wanneer het van gekwalificeerde aard is. Het geschillenbeslechtingsstelsel kan hierbij behulpzaam zijn, maar zo eenvoudig is de zaak nu ook weer niet.

Ten eerste openen de WTO-verdragen in principe alleen maar “mogelijkheden” om internationaal handel te drijven. Panels hebben er, ook al onder het oude GATT, meermalen op gewezen dat GATT (en WTO) niet de bedoeling hebben specifieke handelsstromen te beschermen of te waarborgen, maar slechts de mogelijkheid van potentiële handelsstromen.⁶² Als de WTO er al niet toe geschapen is bestaande handelsstromen van Leden te waarborgen, hoeveel te minder die van individuele handelaars. Van rechten op een bepaalde hoeveelheid handel zowel van Leden (met andere Leden) als a fortiori van individuen is geen sprake.

Ten tweede wordt er vaak betrekkelijk eenvoudig tot de conclusie gekomen dat gezien de systematiek van artikelen 21, 22 en 23 DSB er op den duur geen alternatief bestaat voor de eerbiediging van de aanbevelingen of besluiten van de DSB.⁶³ Dit is op zichzelf ongetwijfeld juist, maar miskent het verschil tussen de “*law on the books*” en de “*law in action*”. En vooral het “op den duur” is hier van groot belang.

De “*law on the books*” kan niet anders, juist omdat het in GATT en WTO draait om handelsmogelijkheden, dan verlangen dat het uiteindelijke doel moet zijn: het herstel van de rechtsconforme situatie. Schadevergoeding, zoals in het algemene

⁶² Zie *Panel Report United States – Taxes on Automobiles DS 31/R*.

⁶³ Zie de dialoog tussen Judith Bello en John Jackson: Bello, *The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More*, 90 AJIL 416 (1996); Jackson, *Editorial Comment: The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation*, 91 AJIL 60 (1997); zie ook Conclusies AG Alber in de Zaak C-93/02P, *Biret*, § 81.

Volkenrecht wordt toegepast, als “*restitutio in integrum*” niet mogelijk is, wordt door de WTO verworpen. Compensatie en het ondergaan van zgn. retaliatie (schorsing van concessies, “*suspension of concessions*”) zijn in principe slechts tijdelijke maatregelen.⁶⁴ De wettige situatie en daarmee het herleven van de handelsmogelijkheden moet worden hersteld.⁶⁵ Amen.

De “*law in action*” is een heel andere zaak. Wanneer de wetgevende macht, en met name Parlementen, eraan te pas moet komen, blijkt dat een “terugkeer” naar de legaliteit in het geheel niet eenvoudig is en op zijn best uiterst moeizaam en onzeker verloopt (de EG),⁶⁶ en in veel gevallen naar alle waarschijnlijkheid nog jaren zal kosten of wellicht nooit zal plaatsvinden, zodat compensatie of retaliatie wel degelijk blijvend zullen zijn (de VS).⁶⁷ Het is niet wel denkbaar dat de onderhandelaars van de DSU dit niet voorzien hadden.

Het is enigszins beangstigend dat niet slechts academici, maar ook Advocaten-generaal verstrekkende gevolgen willen verbinden aan de “*law on the books*” zonder voldoende aandacht te schenken aan de “*law in action*”.⁶⁸ En deze gevolgen zijn niet slechts beperkt tot de vraag of de schending van WTO-recht onomstotelijk vaststaat, maar strekken zich volgens de betrokkenen ook uit tot de kwestie van directe werking. Later wordt hierop teruggekomen.

Het is eveneens verontrustend dat sommigen⁶⁹ van mening zijn dat na een uitspraak van een panel of het *Appellate Body* een tussen partijen onderhandelde oplossing die daarmee in strijd is en die strijdigheid poogt op te heffen door een waiver te

⁶⁴ Artikel 22.1 DSU.

⁶⁵ Zie ook Artikel XVI : 4 WTO Overeenkomst.

⁶⁶ Zie de *Bananen* en de *Hormonen*-zaken.

⁶⁷ Zie *FSC*, het *Byrd amendment*, de *1916 Anti-Dumping Act*.

⁶⁸ Zie AG Alber in *Biret* en o.a. Zonnekeyn, *EC Liability for the Non-Implementation of WTO Dispute Settlement Decisions – Advocate General Alber proposes a Copernican Revolution in the Case Law of the ECJ*, 6 JIEL 761-769 (2003).

⁶⁹ Opnieuw AG Alber in *Biret*, § 82-85.

verkrijgen, onmogelijk is. Het is onduidelijk op welke gronden deze positie berust, maar het is zeker dat een korte bestudering van bijvoorbeeld de uitkomst van de bananenzaak tot een andere conclusie moet leiden. De gevonden oplossing lag uiteindelijk vrij dicht bij het quotasysteem dat door de grote producenten/distributeurs via de VS en Ecuador was aangevallen en ging vergezeld van een (tweede) waiver voor de Lomé overeenkomst.⁷⁰ Deze opvatting miskent bovendien het karakter van de verhouding tussen de (quasi-) rechterlijke en de politieke organen van de WTO. De politieke organen kunnen niet slechts door een waiver (in één bepaald geval) maar ook door een gezaghebbende interpretatie (Artikel IX: 2 WTO), de uitspraken van panels en het Beroepsorgaan terzijde stellen. Zo kan een geschil in werkelijkheid een heel andere, maar in het stelsel van de WTO ook gelegitimeerde uitkomst krijgen, dan in de betrokken uitspraak van het panel of het Beroepsorgaan voorzien was.

Het blijkt dus dat het moeilijk is één precies moment aan te geven, waarop onomstotelijk vaststaat dat een schending van WTO-regels heeft plaatsgehad, zelfs na een paneluitspraak of een rapport van het Beroepsorgaan. Immers de ‘law in action’ laat nog vele uitkomsten, die ook conform de WTO zouden zijn, open. Deze beleidsmarge zal het in elk geval zelden of nooit toelaten over een gekwalificeerde schending van WTO-recht te spreken.⁷¹

De tweede vraag is of de WTO overeenkomst ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen. Het antwoord is in ander verband al duidelijk gegeven en door het Gerecht in schadevergoedingszaken zonder veel aarzeling toegepast. De vraag of de WTO overeenkomst ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen is volgens het Gerecht identiek aan de vraag of de WTO-normen van dien aard zijn dat zij door de rechter kunnen worden toegepast zodat normen van Gemeenschapsrecht (en

⁷⁰ Op de lange duur moet een “*tariff only*” systeem tot stand komen.

⁷¹ De enige zaak die enigszins in de buurt komt is zaak 112/80 *Dürbeck*, Jur. 1981, 1095 r.o. 42-46 waarin de Commissie en het Hof een foutieve interpretatie van een GATT panel-uitspraak gaven. Het is hoogst onwaarschijnlijk dat zoiets nu nog voor zou komen, nu Commissie en Hof veel beter dan in 1980 geïnformeerd zijn over de WTO en zijn recht.

nationaal recht) terzijde gesteld dienen te worden.⁷² In het interne EG-recht is dit niet het geval; men moet aannemen dat het Hof bewust het verschil gecreëerd heeft tussen “rechtstreekse werking” (nietigheid) en “ertoe strekken aan particulieren rechten toe te kennen” (schadevergoeding) teneinde ook bepalingen van richtlijnen te dekken met deze formule. In het geval van volkenrechtelijke overeenkomsten lijkt deze laatste wijde formule niet gerechtvaardigd. Een verdrag is immers geen richtlijn, zeker niet wanneer het Hof bepaald heeft, zoals in het geval van de WTO, dat het verdrag om systeemredenen eigenlijk dualistisch is en geen directe werking kan hebben.

Er is al op gewezen dat de oude *Schöppenstedt* formule⁷³ (“schending van een ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel”) wellicht ruimer van aard was dan de formule uit de jurisprudentie inzake de aansprakelijkheid van Lidstaten voor het niet (correct) uitvoeren van richtlijnen (“schending van een rechtsregel die ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen”).⁷⁴ Bovendien gaat elke vergelijking tussen aansprakelijkheid voor de niet-uitvoering van richtlijnen, die op individuele, direct geformuleerde regels na, geen directe werking kunnen hebben, en schending van een verdrag, dat op “systeem”-gronden geacht wordt in het geheel geen directe werking te kunnen hebben, uiteraard mank.

Er zou dus op zijn minst een terugkeer naar de oude *Schöppenstedt* formule nodig zijn of een bereidheid om op basis van de afzonderlijke, zelfstandige aard van de actie tot schadevergoeding aan andere criteria te denken dan die gebruikelijk zijn in nietigheidsacties of prejudiciële vragen,⁷⁵ om in WTO-zaken toch tot schadevergoeding wegens niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap te kunnen komen.

⁷² Zie Zaken T-30/99, *Bocchi*, Jur. 2004 II-943 en T-18/99 *Cordis*, Jur. 2001, II-913.

⁷³ Zie Kapteyn-VerLoren, p. 391, met verwijzing naar Zaak 5/71 *Schöppenstedt*, Jur. 1971, 975.

⁷⁴ Zie Zaak C-352/98, *Bergaderm*, Jur. 2000, I-5291.

⁷⁵ Vgl. Anne Thies, *Biret and Beyond : The Status of WTO in Rulings in EC Law*, nog ongepubliceerd manuscript.

Tot slot een kort woord over de kwestie of een panelrapport of een uitspraak van het beroepsorgaan invloed kan hebben op het al dan niet direct-werkende karakter van een verdragsregel, meer in het bijzonder een WTO-regel. Hoewel de precisie van de interpretatie daardoor toeneemt, lijkt het niet goed mogelijk dat een quasi-rechterlijke uitspraak fundamenteel het karakter van en WTO rechtsregel verandert van niet tot wel direct werkend, ook al wordt de interpretatie verduidelijkt. Opnieuw is het systeemkarakter van de afwezigheid van directe werking voor de hele WTO van belang: interpretatie van één bepaalde regel kan hierop logischerwijs geen invloed hebben.

De slotsom moet dus zijn dat om een verscheidenheid aan redenen een actie tot schadevergoeding uit niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap waarschijnlijk niet succesvol zal zijn in het geval van een schending van het WTO-recht door de Gemeenschap. Het zou ook enigszins ongerijmd zijn in een stelsel als de WTO, waar tussen Leden in principe geen schadevergoeding voor in het verleden geleden schade gegeven wordt en de zgn. “*remedies*” vrijwel exclusief op WTO-conform gedrag in de toekomst zijn gericht, schadevergoeding volgens het klassieke sjabloon aan particulieren toe te kennen.

Het kan nuttig zijn even stil te staan bij de vraag of schending van een regel van volkenrecht (gewoonterecht of verdragsrecht) in de Lidstaten en in derde staten, zoals de VS, aanleiding zou kunnen geven tot een eis tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige overheidsdaad. Wat volgt is slechts een eerste impressie, vooralsnog gebaseerd op heel beperkt onderzoek. De indruk die ontstaat is dat, met name in Staten met een monistisch stelsel, dit in principe niet onmogelijk wordt geacht, maar dat er veel beperkende voorwaarden zijn en dat er weinig precedentes te vinden zijn.

Het Engelse voorbeeld maakt duidelijk waarom in een dualistisch stelsel zoiets als een tort claim op grond van schending van verdragsregel door de Staat niet denkbaar is. Het verdrag is simpelweg geen onderdeel van nationaal recht en de schending ervan kan geen “*tort*” opleveren. Slechts indien het verdrag is omgezet in een wet en een verdragsinbreuk dientengevolge gezien kan worden als een inbreuk op een “*statutory duty*” van de overheid tegenover een particulier, en indien een

dergelijke inbreuk “*actionable in tort*” zou zijn, dan zou er sprake kunnen zijn van schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad ingevolge (indirecte) verdragsinbreuk. Dit komt thans in Engeland vrijwel alleen voor in het kader van de *Human Rights Act*, die een soort omzetting van mensenrechtenverdragen is.⁷⁶ Het is denkbaar dat de zaken, althans theoretisch, eenvoudiger zouden liggen voor schendingen van het volkenrechtelijk gewoonterecht, dat immers integrerend onderdeel van de *Common Law* uitmaakt, maar ook daarvan zijn geen recente precedents bekend.

Dezelfde situatie bestaat in grote lijnen in Duitsland. Krachtens Artikel 25 GG zijn de algemene regels van volkenrecht onderdeel van het Bondsrecht en het is alleen in dat gebied van het volkenrechtelijk gewoonterecht dat er enkele gevallen bekend zijn, waarin het *Bundesverfassungsgericht* althans de mogelijkheid van schadevergoeding voor schending van het gewoonterechtelijk oorlogsrecht (met name bezettingsrecht) heeft overwogen.⁷⁷ Op het gebied van het verdragsrecht bestaat in Duitsland een vorm van dualisme en daar zijn geen gevallen bekend van schadevergoeding aan particulieren wegens verdragsschending.

In Nederland met zijn goed ontwikkelde doctrine en rechtspraak op het gebied van de onrechtmatige overheidsdaad, komen schadevergoedingszaken wegens inbreuken op verdragen door de overheid wel voor.⁷⁸ Waar het om schadevergoeding wegens schending van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens betreft, verwijst de administratieve rechter door naar de burgerlijke rechter.⁷⁹ Ook zijn er gevallen bekend van schadevergoeding voor schade als resultaat van de NAVO bombardementen in Kosovo⁸⁰ en wegens schending van een belastingverdrag.⁸¹

⁷⁶ Gebaseerd op informatie verstrekt door Alan Boyle, hoogleraar Volkenrecht te Edinburgh.

⁷⁷ Zie de gevallen genoemd in Bruno Schmidt-Bleibtreu & Franz Klein, *Kommentar zum Grundgesetz* 622 (1999).

⁷⁸ Ik ben Leonard Besselink veel dank verschuldigd voor zijn hulp met betrekking tot deze paragraaf.

⁷⁹ Zie LJN: AA8807, Centrale Raad van Beroep, 96/8243 AAW en 96/8241 AAW, 42-12 1997.

⁸⁰ LJN: AE5164, Hoge Raad, C01/027HR

In de Verenigde Staten is het principe denkbaar dat een eis tot schadevergoeding wegens verdragsinbreuk door de overheid succes zou kunnen hebben onder de zgn. *Federal Tort Claims Act*.⁸² Zonder twijfel zouden de federale hoven eisen dat de verdragsbepalingen in kwestie self-executing zouden zijn, net zoals ze dat voor claims onder het *Alien Tort Statute* gedaan hebben.⁸³ Dit ligt in de Verenigde Staten niet altijd voor de hand, omdat juist belangrijke verdragen die rechten aan de burgers toekennen, zoals mensenrechtenverdragen, door de VS geratificeerd worden met het voorbehoud dat ze geen directe werking zullen hebben. Er zijn dan ook, voor zover bekend, geen voorbeelden van een succesvolle klacht wegens inbreuk op het volkenrecht door de federale overheid onder de *Federal Tort Claims Act*. Waar het de WTO betreft, komt daar natuurlijk nog eens bij dat rechtstreekse werking expliciet is uitgesloten in de *Uruguay Round Agreements Act* en dat uit dien hoofde niet voldaan zal kunnen worden aan het vereiste van “self-executingness” teneinde een schadevergoeding onder de *Federal Tort Claims Act* te verkrijgen.

Hoe deze zaken in de Lidstaten geregeld zijn is niet zonder belang gezien de uitdrukkelijke verwijzing naar de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lidstaten gemeen hebben in Artikel 288 EG Verdrag. Verder onderzoek lijkt nodig voordat het Hof zijn rechtspraak op het gebied van de niet-contractuele aansprakelijkheid zonder meer extrapoleert naar inbreuken op verdragen. Ook de situatie in de VS is niet zonder betekenis, zeker nu het Hof heeft geaccepteerd dat reciprociteit een zekere rol speelt.

5. Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad

Het is welbekend dat het Gerecht en het Hof van Justitie tot nu toe uitgebreid

⁸¹ LJN: AM1885, Hof Den Bosch, 01/02688 22-08-2003.

⁸² 28 USC §§ 1346(b) en 2671-2680.

⁸³ Zie recentelijk de uitspraak van het *Supreme Court* in *Sosa v. Alvarez Machain* (nog niet gepubliceerd).

gefilosofeerd hebben over de vraag of schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad in de Gemeenschap toegekend kan worden en, al filosoferend, de contouren van een dergelijk beginsel, voor het geval het zou worden geaccepteerd als onderdeel van het Gemeenschapsrecht, al vergaand hebben vastgelegd.⁸⁴

Allereerst vereist schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, evenals die bij non-contractuele aansprakelijkheid, werkelijke schade en een direct causaal verband tussen de schade en de rechtmatige overheidshandeling waardoor de schade beweerdelijk werd teweeggebracht. Daarnaast moet de schade, in het geval van rechtmatige overheidsdaad “abnormaal” en “bijzonder” van aard zijn.⁸⁵

Het heeft er alle schijn van dat het Gerecht geneigd is in het geval van schade door rechtmatig overheidshandelen strenge eisen te stellen aan het causaal verband tussen overheidshandeling en schade en de toerekenbaarheid van de schadebrengende handeling aan de Gemeenschapsinstellingen. Met name wanneer, zoals in Dorsch Consult, er twijfel bestaat aan het directe karakter van de causaliteit, omdat er tussen de gewraakte handeling van de betrokken Gemeenschapsinstelling en de schade een tussenliggende handeling vaneen derde staat ligt, meent het Gerecht dat de causaliteit ontbreekt.⁸⁶ Ook de toerekenbaarheid van de handeling aan de Gemeenschapsinstelling kan ontbreken, wanneer de Gemeenschap in wezen geen keus heeft en, zoals in het geval van bindende Veiligheidsraadresoluties, niet anders kan dan de VN-maatregelen getrouw uitvoeren.⁸⁷

In de WTO wordt bij schadevergoeding wegens rechtmatige overheidsdaad altijd in de eerste plaats gedacht aan de “onschuldige slachtoffers” van toegestane retaliatie ten gevolge van voortdurende non-conformiteit van Gemeenschapsregels na een geschillenbeslechtingsprocedure en ommekomst van de “redelijke tijdsspanne”

⁸⁴ Een samenvatting van de jurisprudentie werd door Gerecht en Hof laatstelijk gegeven in de zaken T-184/95 en C-237/98P, *Dorsch Consult/Raad*, Jur. 1998, II-997 en Jur. 2000, I-4549.

⁸⁵ Zaak T-184/95, r.o. 59.

⁸⁶ Zaak T-184/95, r.o. 72.

⁸⁷ *Id.*, r.o. 74.

(reasonable period of time, RPT) gegeven ter uitvoering van het rapport van het panel en/of Beroepsorgaan. Ook in deze gevallen is een handeling van een derde Staat als het ware tussen de handeling (of de afwezigheid daarvan) van de Gemeenschapsinstelling en de schade geschoven. De causaliteit is dus een probleem in zulke gevallen, tenzij men bereid is de weg te volgen van een soort risicoaansprakelijkheid van de overheid, in gevallen waarin een rechtmatige overheidshandeling particulieren aan meer dan normale risico's blootstelt.⁸⁸ Zonder duidelijke indicatie van de wetgever dat zo'n risicoaansprakelijkheid aanvaard zou moeten worden ook op het gebied van de buitenlandse handel, gaat dit op het eerste gezicht rijkelijk ver.

Het meest kenmerkend voor de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad is dat de schade "abnormaal" en "bijzonder" van aard is. De abnormaliteit van de schade heeft te maken met de hoogte ervan, die de grenzen van de gebruikelijke economische risico's van het opereren in de betrokken economische sector te boven moet gaan.⁸⁹ Het speciale, bijzondere karakter van de schade is het meest direct verbonden met de kern van wat in het Franse administratieve recht "*l'égalité devant les charges publiques*" en in Duitsland het "*Sonderopfer*" wordt genoemd: in het algemeen belang wordt een maatregel noodzakelijk geacht, die echter als gevolg heeft dat één bepaalde persoon of groep onevenredig zwaar getroffen wordt door nadelige gevolgen daarvan in vergelijking met anderen.⁹⁰ Dit nadeel dient bij wet te worden weggenomen door compensatie te voorzien of de administratieve rechter dient in individuele gevallen schadevergoeding toe te kennen.

Het is interessant om te signaleren dat volgens deze doctrine schadevergoeding

⁸⁸ Dit is een idee dat men terugvindt in het Franse recht, maar waarbij wel de kanttekening geplaatst moet worden dat het vooral om medische risico's gaat (vaccinatie, bio-medisch onderzoek) en dat de oplossing van de wetgever komt, niet van de rechter, zie Dailler, *La responsabilité administrative* 173-174 (Daloz 1996).

⁸⁹ Zie T-184/95, r.o. 80.

⁹⁰ Zie Dailler, *supra* noot 85, p. 164-167. Vgl in Nederland art. 3:41 lid 2 van de AWB, dat zulke situaties eerder ziet als een schending van het evenredigheids- dan van het gelijkheidsbeginsel. Het niet voorzien van nadeelcompensatie leidt tot onrechtmatigheid in zulke gevallen. Zie Van Buuren en Polak, *Algemene Wet Bestuursrecht, Tekst en Commentaar*, p. 31.

dient te worden toegekend, terwijl het overheidshandelen rechtmatig, en in het algemeen belang is. Desalniettemin staat in bepaalde gevallen het algemeen belang zo sterk voorop, dat het duidelijk de bedoeling van de wetgever is geweest dat géén schadevergoeding zou worden toegekend, zelfs als er sprake is van een onevenredige belasting van een bepaalde groep.⁹¹

Hoe zal het doorgaans met het abnormale en speciale karakter van de schade staan in internationale gevallen en in die van de “onschuldige retaliatie slachtoffers” in het bijzonder? Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft een groot aantal van deze zaken geconsolideerd in één mondelinge behandeling en deze (voor het eerst) aan de *Grand Chamber* toegewezen.⁹² Een uitspraak valt wellicht tegen het einde van het jaar te verwachten.

Wat het abnormale karakter van de schade betreft, zal er veel vanaf hangen als hoe risicovol de internationale handel nog gezien moet worden, nu deze grotendeels onder de discipline van de WTO gesteld is. Het is zeker waar dat ondanks de WTO-regels internationaal opererende personen en bedrijven aan grotere risico's blootstaan dan economische “operators” die zich tot de nationale of de Gemeenschapsmarkt beperken. Is het feit dat retaliatie voorzien is in de DSU en zelfs en détail geregeld in Artikel XXII: 3 daarvan in dit verband van belang of dient het feit dat retaliatie uitzondering moet blijven hierbij ook in de beschouwing betrokken te worden? Is internationale handel te beschouwen als even beschermenswaard als het recht op het ontplooiën van economische activiteiten binnen een nationale, of zelfs de EG-economie? Daarbij dient wel rekening gehouden te worden met hoe mercantilistisch de internationale handel en ook de WTO eigenlijk nog zijn. Volgens de klassieke handelstheorie zijn eenzijdige handelsconcessies per slot van rekening ook in het eigen voordeel. Het GATT en de GATS functioneren niet op die basis, maar op basis van wederkerigheid van

⁹¹ In de Zaak T-184/95 *Dorsch Consult* werd dit het geval geacht voor economische sancties voorgeschreven door de Veiligheidsraad, r.o. 87. Hetzelfde gold in oudere jurisprudentie voor algemene monetair-economische maatregelen, zie Zaken 9/71 en 11/71, *Compagnie d'Approvisionnement et Grands Moulins de Paris*, Jur. 1972, 391, r.o. 45-46.

⁹² Zie Zaken T-69/00 (*FIAMM*), T-151/00 (*Laboratoires du Bain*), T-301/00 (*Groupe Frémaux et Palais Royal Inc.*), T-320/00, (*Cartondruck*), T-383/00 (*Beamglow Ltd*) en T-135/01 (*Giogia Fedon*).

concessies. Kortom de individuele marktdeelnemer moet op zulke mercantilistische ingrepen voorbereid zijn, die zowel onverwacht in zijn voordeel (tariefconcessies in zijn sector gedaan aan een ander land maar mfn op hem van toepassing) als in zijn nadeel (terugtrekking van concessies, toepassing van uitzonderingsclausules, zoals artikel XX GATT etc.) kunnen uitvallen.

Wat het speciale karakter van de schade betreft, hangt veel af van de definitie van de door een retaliatie getroffen groep. In principe kan elke economische sector door retaliatie getroffen worden en het is de keuze van het land dat de retaliatiemaatregelen neemt die ertoe leidt dat een bepaalde groep getroffen wordt. Soms wordt de retaliatie niet werkelijk doorgevoerd, al heeft de DSB daarvoor een autorisatie gegeven. Doen zulke overwegingen af aan het speciale karakter van de schade of dragen ze er juist toe bij?

Tenslotte dient de vraag gesteld te worden of het geven van een schadevergoeding voor rechtmatige overheidsdaad teneinde de negatieve effecten van een door de DSB toegelaten retaliatie, kan leiden tot schending van WTO-recht. Kan er sprake zijn van een verboden exportsubsidie omdat compensatie ertoe zou moeten bijdragen dat export naar het land dat de retaliatie genomen heeft, weer mogelijk en concurrerend wordt? Is er sprake van schending van “*object and purpose*” van de DSU, omdat retaliatie als achterliggend doel heeft interne druk op de regering van de delinquente staat te laten uitoefenen door de getroffen groepen teneinde zo (politiek) bij te dragen tot een terugkeer naar de legaliteit?⁹³

Een blik op het recht van de Lidstaten laat zien dat de notie van schadevergoeding voor rechtmatig overheidshandelen slechts in enkele Lidstaten voorkomt: Duitsland en Frankrijk zijn al genoemd en daaraan kunnen de Lidstaten die de invloed van het Franse (administratieve) recht hebben ondergaan zoals Nederland,⁹⁴ worden toegevoegd. Doch in de landen van de *common law* en ook in de Scandinavische

⁹³ Zie ook in die zin Anne Thies, *supra*, noot 72.

⁹⁴ In Nederland is over de vraag van de toepassing van het principe van de “*Egalité devant les charges publiques*” uitgebreid gedebatteerd bij de totstandkoming van de Sanctiewet 1980, zie P.J. Kuijper, *De nieuwe Sanctiewet*, SEW 319-342 (1980).

landen is het concept onbekend en de indruk bestaat dat dit ook voor veel van de rechtssystemen van de nieuwe Lidstaten geldt.

De vraag kan daardoor ten principale rijzen of er wel genoeg gemeenschappelijke basis in het rechtsstelsel van de Lidstaten bestaat om het beginsel op Gemeenschapsniveau over te nemen: de eerdergenoemde speculatieve benadering van het Gerecht en het Hof lijkt nagenoeg uitsluitend op het Franse administratieve recht geïnspireerd.

6. Voorlopige conclusie

Het lijkt erop dat het Gerecht en het Hof althans voor de middellange termijn de rechtstreekse werking van het WTO-recht terzijde hebben gesteld. Uit het voorgaande volgt dat ook de weg via de nuanceringen van deze uitsluiting van rechtstreekse werking uiteindelijk niet begaanbaar is. Tot zover is de *Nakajima* doctrine nog nooit echt toegepast en dat is begrijpelijk, want deze doctrine is hierboven als logisch-juridisch onhoudbaar ontmaskerd. Wel is duidelijk dat zgn. harmonische interpretatie in bepaalde situaties tot gevolgen kunnen leiden die in feite niet erg ver van rechtstreekse werking en de daaruit voortvloeiende nietigheid verwijderd liggen.

Het verkrijgen van schadevergoeding voor non-contractuele aansprakelijkheid voor schending van het WTO-recht door de Gemeenschapsinstellingen is ook niet eenvoudig : uit het voorafgaande bleek dat het zeer moeilijk zal zijn om in de praktijk aan te tonen dat de vereiste voorwaarden vervuld zijn. Ook het beginsel van de “*égalité devant les charges publiques*” kan wellicht geen uitkomst bieden voor gelaedeerden; het lijkt enigszins ongerijmd dat de eerste toepassing van dit beginsel in de Gemeenschap betrekking zou hebben op de internationale betrekkingen.

Veel hangt in dit verband ook af van de maatschappelijk/juridische waarde die aan het “recht op externe handel” zal worden gehecht. Dit recht wordt door sommigen met grote kracht geponeerd, maar een flinke dosis scepsis over het werkelijke bestaan van dit recht lijkt gerechtvaardigd. Zoals boven is betoogd, staat zelfs binnen een goed functionerend WTO-systeem de internationale handel nog bloot

aan mercantilistische “verrassingen”, zowel positieve als negatieve.

Het lijkt er dus op dat voor het individu weinig rechtswegen openstaan waar het de naleving van het WTO-verdrag betreft. De vraag is of dit erg is. De WTO heeft een zeer compleet geschillenbeslechtingssysteem en dat systeem kan door individuen en ondernemingen in stelling gebracht worden door middel van de handelsbarrièreverordening, op de toepassing waarvan het Hof toezicht uitoefent. De handelspolitiek van de Gemeenschap, ook binnen de WTO, moet in handen van de competente autoriteiten blijven, onder democratische controle. (Rechtstreekse werking kan makkelijk een wapen worden in handen van particulieren, zodat zij zich in feite meester maken van de Gemeenschapslijn in de WTO). De handelsbarrièreverordening geeft een filter, het Gemeenschapsbelang, teneinde hiermee rekening te kunnen houden.

Een andere kwestie is of individuen en ondernemingen ongelimiteerd moeten opdraaien voor de gevolgen van de handelspolitiek in het kader van de WTO, met name wanneer deze voortvloeien uit wat in feite volkenrechtelijke delicten zijn. Zoals boven is uiteengezet, zal het niet eenvoudig zijn in de normale omstandigheden van een schending van het WTO-recht door de Gemeenschapsinstellingen een schadevergoeding wegens extra-contractuele aansprakelijkheid te verkrijgen. En ook daar is niets verkeerd aan. Het aansprakelijkheidsrecht van de Gemeenschap is nog steeds gebaseerd op het idee dat “de overheid” zich mag vergissen, als zij zich maar niet te erg vergist. Dit lijkt voor onrechtmatig handelen in het volkenrecht en met name binnen een relatief jonge en nog incomplete rechtsorde als die van de WTO eens te meer gerechtvaardigd.

Tenslotte de “*égalité devant les charges publiques*”: de toepassing van deze grondregel door de rechter, en dan voor de eerste maal (na nog nooit binnen de Gemeenschap te zijn toegepast) in de externe betrekkingen, lijkt een brug te ver. Maar er is geen twijfel dat de wetgever in bepaalde gevallen, wanneer uitvoering gegeven wordt aan WTO-recht en aan panel- en AB-rapporten, serieus zou moeten

overwogen compensatie uit hoofde van dit beginsel aan bepaalde welgedefinieerde groepen personen toe te staan.

De hierboven geschetste benadering, zonder rechtstreekse werking voor de WTO, zorgvuldige rechterlijke controle op de toepassing van de handelsbarrièreverordening, schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad alleen in extreme gevallen van schending van WTO-recht door de wetgever of handelspolitieke autoriteiten, en mogelijke toepassing van de “*égalité devant les charges publiques*” door de wetgever lijkt een juist evenwicht te bieden tussen handelspolitiek en rechten van individuen.

II. HET ZWARTE GAT VOOR EG-LIDSTATEN⁹⁵

Of het nu particulieren of Lidstaten voor zich vond maakte voor het Hof in zijn jurisprudentie over de werking van de WTO-verdragen in de communautaire rechtsorde tot op heden geen verschil. Aldus heeft het Hof dezelfde redenen, die het ontwikkelde om directe werking aan de WTO te ontzeggen ten aanzien van particulieren, aangevoerd om ook Lidstaten rechtmatigheidscontrole gebaseerd op WTO-regels te onthouden. Alhoewel dit laatste element van de WTO-rechtspraak van het Hof minder de aandacht heeft getrokken dan de ontzegging van directe werking, is de behandeling van Lidstaatberoepen tenminste even opvallend. Sterker nog, die behandeling is onterecht.

Om deze kritiek te onderbouwen is het noodzakelijk nog eens de redenen in herinnering te roepen die het Hof ertoe brachten om particulieren niet toe te staan communautaire maatregelen aan te vechten op basis van het WTO-recht.

⁹⁵ Deze bijdrage bouwt voort op Bronckers, *Editorial: La Jurisprudence des Juridictions Communautaires relatives à l'OMC Demande Réparation: Plaidoyer pour les Droits des Etats Membres*, 37 CDE 3-14 (No. 1-2, 2001).

Alhoewel het uiteindelijke doel van het WTO-geschillenbeslechtingsstelsel is dat een WTO-lid de maatregel intrekt die in strijd is bevonden met de WTO-verdragen, zou dit stelsel de twistende partijen toelaten op kortere termijn een andere oplossing te onderhandelen, aldus het Hof. Indien de Europese rechter dan communautaire maatregelen ongeldig zou verklaren omwille van schending van het WTO-recht, zou daarmee aan de communautaire wetgever of executieve de mogelijkheid ontvallen om, al was het maar tijdelijk, een alternatieve oplossing te vinden om zich aan te passen aan hun WTO-verplichtingen. Bovendien, zo onderstreepte het Hof, erkennen de voornaamste handelspartners van de Gemeenschap de directe werking van de WTO-regels niet in hun interne rechtsorde. Zo overwoog het Hof dat de Gemeenschap ook niet de directe werking zou moeten erkennen daar de WTO, zoals diens rechtsvoorganger het GATT, nog steeds gebaseerd zou zijn op de beginselen van wederkerigheid en wederzijdse concessies. Verder haalde het Hof de preambule van het Raadsbesluit aan waarmee de WTO-verdragen in 1994 werden goedgekeurd, en waarin werd verklaard dat deze verdragen niet van dien aard zijn om rechtstreeks te worden ingeroepen voor nationale of communautair-rechterlijke instanties.

Deze redenering heeft het Hof voor de eerste maal ontwikkeld toen het een beroep van Portugal verwierp tegen een maatregel van de Raad, waarvan Portugal stelde dat deze in strijd was met het WTO-recht.⁹⁶ Wat er ook moge zijn van deze redenering om de directe werking aan het WTO-recht te ontzeggen ten aanzien van particulieren, zij gaat niet op ten aanzien van Lidstaatberoepen op de WTO.

1. Juridische kritiek op de redenering van het hof

Om te beginnen is de verwijzing van het Hof naar het ontbreken van directe werking van de WTO-verdragen in andere landen als grond om het beroep van Portugal te verwerpen gespeend van relevantie (daargelaten of reciprociteit naar Europees recht wel een criterium is voor inroepbaarheid of directe werking van

⁹⁶ Zie Zaak C-149/96, *Portugal t. Raad*, Jur. 1999, I-8359. Het Hof verwierp eerder de mogelijkheid voor Lidstaten om communautaire maatregelen te toetsen aan het GATT. Zie Zaak C-280/93, *Duitsland t. Raad*, Jur. 1994, I-4973.

verdragen⁹⁷). De Lidstaten spelen een andere rol in de constitutionele architectuur van de Gemeenschap dan particulieren. De nationale overheden hebben andere rechten en verantwoordelijkheden met betrekking tot het algemene functioneren van de Gemeenschap, en dat wordt weerspiegeld in de uitgebreidere rol die zij kunnen spelen voor de communautaire rechterlijke instanties. Men denke in dit verband aan het recht van Lidstaten om, anders dan particulieren, een nietigheidsactie in te stellen tegen communautaire wetgeving van algemene strekking, om te interveniëren in enig welk geschil tussen de communautaire instellingen of tussen de instellingen en een andere Lidstaat, enz. Met andere woorden, indien het particulieren niet is toegestaan om de nietigheid in te roepen van nationale maatregelen op basis van het WTO-recht, in de Gemeenschap of elders, zegt dat weinig over de rechtsbescherming die Lidstaten van de Gemeenschap kunnen eisen van het Hof van Justitie.⁹⁸

De andere reden die het Hof gaf om directe werking aan het WTO-recht te ontzeggen overtuigt evenmin om Lidstaten het recht te onthouden zich op WTO-regels te beroepen. De karakterisering van het Hof dat het WTO-geschillenbeslechtingsysteem betrekkelijk tolerant (dat wil zeggen, toleranter dan andere verdragsystemen) zou zijn ten opzichte van voortdurende verdragsschendingen, is misplaatst. Goed beschouwd is het WTO-systeem verder

⁹⁷ Om eerdere rechtspraak op dit punt te onderscheiden, suggereert het Hof in *Portugal v. Raad, id.*, randno. 42, dat reciprociteit een criterium mag zijn bij de interne beoordeling van een verdrag als de WTO dat gebaseerd is op wederkerige en wederzijds voordelige verplichtingen, of dat geen bijzondere relaties strekkende tot integratie met de Gemeenschap, creëert). Deze rechtsvinding werd recent bekritiseerd, mede in het licht van de tradities van monistische EU-Lidstaten, door Uerpmann, *International Law as an Element of European Constitutional Law: International Supplementary Constitutions*, Jean Monnet Paper 9/03, 19-22 (2003): <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-02.pdf> (hij signaleert onder meer dat enkel Art. 55 van de Franse Grondwet een reciprociteitscriterium voor de interne binding van verdragen kent, dat echter in Franse rechtspraak beperkt wordt geïnterpreteerd). Voor een welwillender bespreking van het reciprociteitscriterium ten aanzien van directe werking van WTO-bepalingen ten behoeve van particulieren zie Eeckhout, *Judicial Enforcement of WTO Law in the EU*, 5 JIEL 91, 94-96 (No. 1, 2002).

⁹⁸ Het omgekeerde is niet noodzakelijkerwijs waar: indien een bepaling van het Verdrag directe werking heeft, ligt het normaal gesproken voor de hand dat ook de Lidstaten hieraan de rechtmatigheid van communautaire maatregelen kunnen laten toetsen.

ontwikkeld dan dat van de meeste andere verdragen, waaraan het Hof overigens wel directe werking heeft toegekend.⁹⁹

Het WTO-geschillenbeslechtingsstelsel wordt gekenmerkt door verplichte rechtsmacht, waarbij tot in twee instanties kan worden geoordeeld over de nakoming van WTO-afspraken. Dit is op zichzelf al bijzonder in het verdragenrecht, maar het WTO-systeem gaat verder. Het voorziet ook in een gedetailleerd samenstel van maatregelen dat de naleving van WTO-normen en uitspraken moet bevorderen, waaronder de onderhandeling van tijdelijke compensatiemaatregelen of, gebruikelijker, een machtiging tot het nemen van tijdelijke vergeldingsmaatregelen zolang een verliezend land nalaat om een WTO-geschillenbeslechtingsuitspraak ten uitvoer te leggen. Dit arsenaal aan maatregelen beoogt niet op de normatieve kracht van het WTO-recht af te dingen.¹⁰⁰ De WTO-onderhandelaars hebben zich enkel rekenschap willen geven van de ervaringen met zoveel andere internationale geschillenbeslechtingsstelsels, dat een veroordeling van een overheidsmaatregel het desbetreffende land er niet altijd toe brengt deze maatregel aan te passen, althans niet met bekwame spoed.¹⁰¹ Het is jammer dat deze realistische

⁹⁹ Vgl. bijv. het geschillenbeslechtingsstelsel van de Lomé-Convention, neergelegd in Art. 352 Convention. Pb 1991, L229/3. Vergeleken met de WTO-regeling is het Lomé-systeem elementair te noemen; het Lomé-systeem werd ook nooit toegepast. Toch kende het Hof aan bepalingen van de Lomé-conventie directe werking toe. Zie Zaak C-469/93, *Chiquita Italia*, Jur. 1995, I-4533, r.o. 31-36 (waarbij het Hof de Lomé-Convention contrasteerde met het GATT, in r.o. 26-29, waaraan het opnieuw geen directe werking toekende). Voor een overzicht van geschillenbeslechtingsstelsels in diverse verdragen zie het 'Project on International Courts and Tribunals': <http://www.pict-cti.org/>.

¹⁰⁰ Sommige auteurs hebben hieruit wel afgeleid dat in het WTO-recht onderhandelde oplossingen te prefereren zijn boven nakoming van verdragsverplichtingen. Zie bijv. Rosas, annotatie bij Zaak C-149/96 *Portugal t. Raad*, 37 CMLRev 797, 809 (No. 3, 2000). Een variant hierop is de these dat een partij, die een WTO-geschil verloren heeft, gemachtigd zou zijn de illegale maatregel in stand te laten en de klagende partij zou kunnen verplichten een andere oplossing te aanvaarden. Zie Sykes, *The Remedy for Breaches of Obligations under the WTO Dispute Settlement Understanding: Damages or Specific Performance?*, in *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson* 347-357 (Bronckers & Quick eds., 2001). Deze opvattingen zijn mijns inziens juridisch niet houdbaar, en beleidsmatig onwenselijk. Bronckers, *More Power to the WTO?*, 4 JIEL, 60-61 (No. 1, 2001). In dezelfde zin recentelijk nog Jackson, *Editorial Comment- International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to "Buy Out"?*, 98 AJIL 109-125 (2004). Zie in het bijzonder Art. XVI.4 WTO-Overeenkomst; Art. 22.1 WTO-Geschillenbeslechtingsovereenkomst.

¹⁰¹ Men kan zich afvragen of de maatregelen waarvoor men in de WTO gekozen heeft om verdragsnaleving te bevorderen wel zo gelukkig zijn. Wat mij betreft zou een systeem van financiële

inschatting van wankelmoedig overheidsoptreden het Hof van Justitie op het verkeerde been heeft gezet.

Tenslotte, de derde reden die het Hof gaf om het beroep van Portugal op WTO-recht af te wijzen overtuigt evenmin. Het betreft hier de passage uit de preambule van het Raadsbesluit, waarin de Raad uitsprak dat de WTO-akkoorden ‘van dien aard’ zijn dat ze niet ‘rechtstreeks’ voor de rechterlijke instanties van de Gemeenschap of de Lidstaten kunnen worden ingeroepen. In het licht van de gebondenheid van zowel de Lidstaten en de Gemeenschap aan de WTO ingevolge Art. 300(7) EG, en het recht van de Lidstaten om de rechtmatigheid van communautaire handelingen door het Europese Hof te laten toetsen ex Art. 230 EG, kan een preambuleoverweging niet zulke verstrekkende gevolgen hebben als het Hof voorgeeft. Indien de Raad een stokje zou hebben willen steken voor rechtmatigheidscontrole door Lidstaten, dan zou men tenminste een uitdrukkelijke bepaling in dat Raadsbesluit hebben verwacht, zo niet een Verdragswijziging door de Lidstaten.¹⁰² Sluipenderwijs kan zulk een belangrijk recht toch niet aan Lidstaten, in hun kwaliteit van ‘geprivilegieerde rechtssubjecten’,¹⁰³ worden ontnomen. Voor de hand ligt veeleer dat de Raad in deze preambuleoverweging een bijdrage heeft willen leveren aan het te verwachten debat over de directe werking van WTO-akkoorden ten behoeve van particulieren.¹⁰⁴

compensatie in geval van schending van WTO-afspraken de voorkeur verdienen, om te beginnen vanuit het oogpunt van ontwikkelingslanden. Zie bijv. Bronckers & van den Broek, *Trade retaliation is a poor way to get even*, Financial Times, 24 June 2004, p. 15; Bronckers, *More Power to the WTO?*, *supra* noot 100, 61-62. Dit debat trekt echter het rechtskarakter van WTO-verplichtingen niet in twijfel, noch het primaire oogmerk deze verplichtingen te respecteren.

¹⁰² Zie verder, *infra*, tekst bij noot 116-120.

¹⁰³ Deze uitdrukking gebruikte A-G Saggio in ander verband in zijn conclusie bij *Portugal v. Raad*, *supra* noot 96, para. 18.

¹⁰⁴ De preambule-overweging in het Raadsbesluit doet denken aan Section 102(c) van de Amerikaanse *Uruguay Round Agreements Act*, ingevolge dewelke ‘*No person other than the United States*’ de rechtmatigheid van federale wetten en besluiten kan aanvechten op grond van WTO-regels. Directe werking van WTO-recht ten behoeve van particulieren is hiermee nadrukkelijk uitgesloten.

Enige andere kenmerken van het WTO-geschillenbeslechtingsysteem, door het Hof niet genoemd, verdienen nadere aandacht. Een WTO-uitspraak heeft, naar de gangbare opvatting, enkel prospectieve werking.¹⁰⁵ Daarenboven, indien de verliezende partij niet in staat is een WTO-uitspraak onmiddellijk na te komen, krijgt deze een redelijke termijn (normaal gesproken 15 maanden) om de betwiste maatregel alsnog in overeenstemming met deze uitspraak te brengen vooraleer het klagende land gerechtigd wordt tijdelijke compensatie te vragen of vergeldingsmaatregelen te nemen.¹⁰⁶ Daar tegenover staat dat wanneer het Europese Hof een communautaire maatregel ongeldig verklaart, deze uitspraak normaal gesproken *ex tunc* werkt en zulk een maatregel effectief vernietigt. Zo bezien lijkt het erop dat een rechtmatigheidscontrole door het Hof van een communautaire maatregel in het licht van WTO-regels tot een strenger, althans een juridisch verschillend resultaat leidt dan een rechtmatigheidstoets van dezelfde maatregel door het WTO-geschillenbeslechtingsysteem. Is dit dan niet een argument tegen zulk een rechtmatigheidscontrole door het Hof?

Geenszins. Het feit dat WTO-uitspraken vooralsnog geen retroactieve werking hebben, en dat WTO-leden een zekere termijn kunnen krijgen om een WTO-uitspraak ten uitvoer te leggen alvorens beducht te hoeven zijn voor sancties, doet geen afbreuk aan het verplichtende karakter van het WTO-recht. Het enige dat men hieruit kan afleiden is dat de rechtsgevolgen van een ongeldigverklaring kunnen verschillen van rechtsorde tot rechtsorde. Zo zal een ongeldigverklaring van een communautaire maatregel op basis van het WTO-recht door het Europese Hof de Gemeenschap niet blootstellen aan compensatieverzoeken of vergeldingsmaatregelen van andere WTO-leden. Voor die internationaal-rechtelijke rechtsgevolgen hoeft de Gemeenschap eerst beducht te zijn na een

¹⁰⁵ Hierover Mavroidis, *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, 11 EJIL 763–813 (No. 4, 2000).

¹⁰⁶ Zie Art. 21(3) WTO-Geschillenbeslechtingovereenkomst. Indien de strijdende partijen het niet eens kunnen worden over zulk een redelijke implementatie-termijn, wordt deze termijn vastgesteld door middel van een --opnieuw verplichte-- arbitrage.

ongeldigverklaring van de communautaire maatregel bij wege van het WTO-geschillenbeslechtingsysteem.

Trouwens, ook binnen één en dezelfde rechtsorde kunnen de rechtsgevolgen van een ongeldigverklaring verschillen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Zo beperkt het Europese Hof van Justitie soms de rechtsgevolgen van een arrest, waarin een schending van het Gemeenschapsrecht is geconstateerd, tot de periode na uitspreken van het arrest.¹⁰⁷ Bovendien kan het Hof besluiten, wanneer het een verordening heeft vernietigd op grond van strijd met het Gemeenschapsrecht, dat de vernietigde maatregel van kracht blijft zolang er geen vervangende maatregel is genomen.¹⁰⁸ Dit alles doet evenmin af aan het dwingende karakter van de desbetreffende Gemeenschapsrechtelijke verplichting.

Interessant is dat het Hof in sommige gevallen, waar het wél toetste aan het WTO-recht,¹⁰⁹ geen reden heeft gezien om retro-activiteit uit te sluiten, dan wel een extra uitvoeringstermijn te geven aan de instellingen om een communautaire maatregel in overeenstemming te brengen met het WTO-recht. Recentelijk bij voorbeeld oordeelde het Hof (indirect) dat een EG-antidumping verordening de WTO-Antidumpingovereenkomst schond.¹¹⁰ Het Hof vernietigde de desbetreffende maatregel, zonder nadere clausulering. Het rechtsgevolg was onder meer dat de benadeelde importeurs de in het verleden geheven

¹⁰⁷ Zie bij voorbeeld Zaak C-163/90, *Léopold Legros*, Jur. 1992, I-4625 (ook beperking in de tijd van rechtsgevolg inbreuk op direct werkende bepaling uit vrijhandelsverdrag tussen de toenmalige EEG en Zweden); Zaak C-262/88, *Barber*, Jur. 1990, I-1889.

¹⁰⁸ Zie Art. 231 EG, zoals toegepast bij voorbeeld in Zaak C-65/90 *Parlement t. Raad*, Jur. 1992, I-4593; Zaak C-264/82, *Timex t. Raad*, Jur. 1985, 849.

¹⁰⁹ Zoals bekend, is het Hof in sommige gevallen bereid om op verzoek van particulieren rechtmatigheidscontrole in het licht van WTO-regels uit te oefenen indien de desbetreffende communautaire wetgeving expliciet naar WTO-verplichtingen verwijst. Dit is de zogenoemde *Nakajima*-leer, ontleend aan Zaak C-69/89, *Nakajima t. Raad*, Jur. 1991, I-2069. Er zij aan herinnerd dat hoofdstuk I van dit pre-advies de *Nakajima*-leer fel bekritiseert.

¹¹⁰ Zie Zaak C-76/00, *Petrotub SA en Republica SA t. Raad*, Jur. 2003, I-79. Het betrof hier antidumpingheffingen op invoer van pijpen en buizen vanuit onder meer Roemenië (lid van de WTO sinds 1995).

antidumpingrechten konden terugvorderen van de Gemeenschap.¹¹¹ Dat was een belangrijk, praktisch voordeel voor deze importeurs van hun actie voor de Europese rechter.¹¹² Ter vergelijking: waar een communautaire antidumpingmaatregel werd veroordeeld door een WTO-instantie¹¹³, stelden de Europese instellingen zich op het standpunt dat zij de desbetreffende maatregel na enige tijd enkel voor de toekomst hoefden in te trekken; de importeurs kregen verder geen recht op teruggave van in het verleden geïnde antidumpingheffingen.¹¹⁴

Kortom, aan de verschillen in rechtsgevolg tussen de WTO-rechtsorde en de communautaire rechtsorde ten aanzien van retroactiviteit en uitvoeringstermijn

¹¹¹ Zie de bekendmaking gepubliceerd op 8 februari 2003, Pb 2003, C30/14. Deze terugbetaling kon enkel worden gevorderd met betrekking tot importen van pijpen en buizen geproduceerd door de twee bedrijven (Petrotub en Republica) die beroep hadden aangetekend tegen de antidumpingverordening.

¹¹² Dat wil overigens niet zeggen dat Petrotub geheel uit de zorgen was. De Raad besliste begin 2004 om alsnog een antidumpingheffing op Petrotub's exporten op te leggen, in dezelfde hoogte als de nietig verklaarde heffing, op basis van een aangepaste redenering. Zie Vo. 235/2004, Pb 2004, L40/11. Naar het oordeel van Petrotub vormde deze maatregel een onjuiste implementatie van het eerdere arrest van het Hof en was ook overigens strijdig met de basis-antidumpingverordening. Petrotub tekende derhalve opnieuw beroep aan bij het Gerecht in mei 2004. Zie de aankondiging in Pb 2004, C179/16. De laatste tournure is dat de Commissie in juli 2004 alle antidumpingrechten heeft op de importen van pijpen en buizen uit Roemenië en Rusland heeft ingetrokken, in het licht van kartelrechtelijke overtredingen door sommige klagende Europese producenten. Tegelijkertijd kondigt zij aan dat zij nog steeds bezig blijft met een herzieningsonderzoek betreffende de antidumpingrechten. Voorlopig is Petrotub dus weer antidumping-heffingsvrij, doch dit zou nog kunnen veranderen. Zie Vo. 1322/2004, Pb 2004, L246/10.

¹¹³ Zie WTO Appellate Body, *European Communities - Antidumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India* (WT/DS141/AB/R, 1 maart 2001; aanvaard door WTO Dispute Settlement Body op 12 maart 2001). Met dit rapport werd een klacht van India tegen de EU-antidumpingverordening gehonoreerd.

¹¹⁴ De door WTO in maart 2001 strijdig bevonden antidumpingheffingen op lakens en slopen uit India werden opnieuw door de EU berekend en verlaagd, en in eerste instantie geschorst, in augustus 2001. Vervolgens bevestigde de EU die nieuw berekende heffingen, met behoud van schorsing, in april 2002. Daarover ontstond een nieuw WTO-geschil, dat India ditmaal verloor. Zie WTO Appellate Body, *European Communities - Antidumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India - Recourse to Article 21.5 of the DSU by India* (WT/DS141/AB/RW, 8 april 2003; aanvaard door WTO Dispute Settlement Body op 28 april 2003). De heffingen vervielen uiteindelijk in december 2003. Zie samenvattend Vo. 2239/2003, Pb 2003 L333/3. Bij dit alles was geen sprake van terugbetaling van in het verleden geheven heffingen. Deze beddengoed-saga is uit de doeken gedaan door Hart, *India-EU Dispute Re: Trade in Cotton-type Bed Linen* (eerste web publicatie 24 januari 2003): http://www.commercialdiplomacy.org/pdf/case_studies/bed_linen.pdf. Zie in dit verband ook nog de machtigingsverordening, waarbij de Raad extra voorzieningen trof om de communautaire instellingen in staat te stellen bestaande antidumpingverordeningen aan te passen aan een veroordeling door de WTO (Vo. 1515/2001, Pb 2001, L201/10). Hierover McNelis, *What Obligations Are Created by World Trade Organization Dispute Settlement Reports?*, 37WT 647, 649, 659-661 (2003).

verbond het Hof terecht geen consequenties voor de vraag of de WTO-regels zich lenen voor een rechtmatigheidscontrole.¹¹⁵ Er zijn andere argumenten die wél pleiten voor zulk een rechtmatigheidscontrole.

Krachtens Artikel 300(7) EG zijn internationale overeenkomsten afgesloten door de Gemeenschap bindend voor de Gemeenschapsinstellingen alsook voor de Lidstaten. Het Hof heeft overwogen dat de WTO-verdragen, alsook sommige GATT-akkoorden, zulk een bindende overeenkomst voor de Gemeenschap vormen.¹¹⁶ Sterker nog, het Hof heeft, op verzoek van de Europese Commissie, reeds een Lidstaat veroordeeld op grond dat deze Lidstaat zich niet hield aan GATT-verplichtingen waartoe de Raad zich namens de Gemeenschap had verbonden.¹¹⁷ Het EG-verdrag maakt geen enkel verschil tussen Lidstaten en communautaire instellingen waar het gaat om de bindende kracht van een internationale overeenkomst. Dat aan de Commissie uitdrukkelijk een toezichthoudende rol bij de naleving van het Verdrag en de krachtens het Verdrag vastgestelde bepalingen is toegekend,¹¹⁸ neemt niet weg dat aan Lidstaten ook zulk een toezichthoudende rol toekomt.¹¹⁹ Dientengevolge zou een Lidstaat evengoed de mogelijkheid moeten hebben om het Hof een schending van het WTO-recht door de instellingen te laten vast stellen.¹²⁰

¹¹⁵ Dit laat onverlet de mogelijkheid dat bij de uitoefening van een rechtmatigheidscontrole het Hof, in voorkomend geval, rekening zou kunnen houden met het rechtsgevolg van een WTO-uitspraak bij de bepaling van het communautairrechtelijk rechtsgevolg van een ongeldigverklaring van een communautaire maatregel op basis van WTO-recht.

¹¹⁶ Zie recent Zaak C-94/02P, *Biret t. Raad*, arrest van 30 september 2003, nog niet gepubliceerd, r.o. 35 en 55.

¹¹⁷ Zaak C-91/94, *Commissie t. Bondsrepubliek Duitsland*, Jur. 1996, I-3989, r.o. 1 en 15 (het betrof hier een schending van het GATT-Melkakkoord uit 1979).

¹¹⁸ Zie Art. 211 EG (oud 155 EG), waaraan het Hof refereerde in samenhang met Art. 300 EG (oud 228 EG). Zie *Commissie t. Duitsland, id.*, randno. 15.

¹¹⁹ Anders gezegd, Art. 211 EG, waarin aan de Commissie een toezichthoudende rol op Verdragsnaleving wordt toegekend, doet geen afbreuk aan de rol en de bevoegdheid die Lidstaten hebben bij de rechtmatigheidscontrole op communautaire handelingen ex Art. 230 EG.

¹²⁰ Ook Bourgeois acht de ongelijke behandeling van Commissie en Lidstaten bij een verzoek om rechtmatigheidscontrole gebaseerd op WTO-recht door het Europese Hof per saldo onbevredigend, zij het dat hij een mogelijkheid signaleert om de positie van deze beide categorieën 'toezichthouders' te onderscheiden. Zie Bourgeois, *The European Court of Justice and the WTO: Problems and Challenges, in the EU, the WTO and NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?* 71,

Er zijn nog enkele andere juridisch relevante overwegingen om Lidstaatberoepen, gebaseerd op het WTO-recht, tegen de instellingen toe te laten. Naast de Gemeenschap zijn de Lidstaten nog steeds Verdragspartij bij de WTO, en zij hebben ook stemrecht.¹²¹ Bovendien betalen de Lidstaten, en niet de Gemeenschap, contributie aan de WTO. Desalniettemin hebben de Lidstaten beperkingen op de uitoefening van hun WTO-lidmaatschapsrechten moeten accepteren krachtens het Gemeenschapsrecht.

Zo geeft hun betaling van lidmaatschapscontributies de EG-lidstaten bij voorbeeld niet de bevoegdheid om op individuele basis deel te nemen aan de onderhandeling en afsluiting van elk WTO-akkoord. Die bevoegdheid hangt volgens het Hof af van de interne verdeling van bevoegdheden binnen de Gemeenschap ten aanzien van de internationale handelspolitiek.¹²²

Een andere communautair-rechtelijke beperking op de uitoefening van hun WTO-lidmaatschapsrechten is dat de EG-lidstaten niet vrijelijk het WTO-geschillenbeslechtingsysteem kunnen inroepen. Zo is het bij voorbeeld niet goed denkbaar dat Lidstaten elkaar, of de Gemeenschapsinstellingen, voor de WTO aanvallen om daar elkaars schendingen van de WTO-verdragen aan de kaak te stellen.¹²³ Dit impliciete ‘non-agressiepact’ geldt naar mijn smaak over de gehele linie van WTO-activiteiten, los van de interne bevoegdheidsverdeling binnen de EG. Eenmaal lid van de EG, hangen we de vuile was niet meer buiten. Externe

112-113 (Weiler ed., 2000) (indien men het ervoor houdt dat de Commissie, bij de inbreukactie tegen een Lidstaat als Duitsland omwille van onjuiste implementatie van GATT-verplichtingen, vooral het oog heeft op een inbreuk op communautairrechtelijke verplichtingen van die Lidstaat, terwijl een inbreukactie van een lidstaat als Duitsland tegen een communautaire maatregel op basis van het GATT vooral de verplichtingen van de EG onder het GATT ter discussie zou stellen). Die opening werd recentelijk nog eens onderschreven door Antoniadis, *WTO law and the EU: a nexus of reactive, coercive and proactive approaches*, paper presented at the ECPR/SAIS Standing Group on EU Politics (Bologna, 24-26 June 2004): <http://www.jhubc.it/ecpr-bologna>. Ik zie die nuance niet. Lidstaten en Gemeenschapsinstellingen zijn gelijk voor de wet, zo lees ik Art. 300(7) EG.

¹²¹ Deze uitzonderlijke situatie komt onder meer tot uitdrukking in de regeling dat de Gemeenschap en de Lidstaten tesamen niet meer stemmen kunnen uitbrengen in de WTO dan het aantal Lidstaten (de Gemeenschap krijgt zo dus geen extra stem). Zie Art. IX, voetnoot 2, WTO-Overeenkomst.

¹²² Zie *Advies 1/94*, Jur. 1994 I-5267.

¹²³ Dat zou naar alle waarschijnlijkheid een schending van hun samenwerkingsplicht in de WTO, die het Hof construeerde in *Advies 1/94* (r.o. 108-109) opleveren, alsook van de Art. 10 en 292 EG.

cohesie is belangrijk voor de internationale geloofwaardigheid van de Gemeenschap (en uiteindelijk ook de Unie). Tegelijkertijd vraagt dit wel om een interne ‘uitlaatklep’ waarmee meningsverschillen tussen de verschillende constituerende eenheden binnen de Gemeenschap over elkaars internationale verplichtingen kunnen worden uitgevochten. We komen zo terecht bij meer politieke overwegingen rond de rechtskeuze van het Hof.

2. Rechtspolitieke kritiek op de keuze van het Hof

De beslissing van het Hof om aan particulieren en Lidstaten geen mogelijkheid te geven om de rechtmatigheid van communautaire maatregelen te laten toetsen op basis van WTO-recht vormt in belangrijke mate vrije rechtsvinding.¹²⁴ Naast een juridische beoordeling van de redenering van het Hof stelt zich daarom ook een politieke vraag: is de conclusie van die redenering opportuun?

Er zijn natuurlijk ‘Realpolitiker’ die zullen betogen dat wanneer men accepteert dat de Europese rechter rechtmatigheidscontrole uitoefent, men geen rekening houdt met politieke macht. Wanneer WTO-leden, zoals de Gemeenschap of de Verenigde Staten, veroordeeld worden door een WTO-instantie omwille van een WTO-schending, zijn zij dan niet in staat die uitspraak naast zich neer te leggen of een politieke oplossing te forceren die evenmin conform aan de WTO-spelregels is? Of, zoals het Hof het wat neutraler formuleerde, rechtmatigheidscontrole van communautaire maatregelen door de Europese rechter op basis van WTO-regels zou de wetgevende en uitvoerende organen van de Gemeenschap manoeuvreerruimte ontnemen die hun evenknieën in andere landen van de WTO wel genieten.¹²⁵

Zo gingen er bij voorbeeld stemmen op dat de overeenkomst die de EG en de VS in april 2001 onderhandelden om het gerezen bananengeschil te schikken niet in

¹²⁴ Zie Eeckhout, *supra* noot 97, p. 96 (Eeckhout verdedigt de keuze van het Hof om rechtstreekse werking ten behoeve van particulieren uit te sluiten; hij neemt in dit artikel geen stelling ten aanzien van de positie van Lidstaten).

¹²⁵ Zie *Portugal t. Raad*, *supra* noot 95, r.o.. 47.

overeenstemming zou zijn met het WTO-recht.¹²⁶ Tegelijkertijd werd deze overeenkomst verwelkomd als een middel om de opgelopen spanningen tussen de Gemeenschap en de Verenigde Staten te reduceren. Politici zullen dan al snel betreuren dat een communautair-rechtelijke instantie een zo nuttige overeenkomst zou kunnen veroordelen op grond van strijd met het WTO-recht, in het bijzonder wanneer geen WTO-lid zich om zulk een onregelmatigheid bekreunt.

Bij de appreciatie van die politieke zorg is het goed een onderscheid te maken tussen rechtmatigheidscontrole op verzoek van particulieren (de vraag van directe werking), en controle op verzoek van Lidstaten. EG-lidstaten zullen gevoeliger zijn voor de politieke implicaties van een inbreukactie tegen de Gemeenschap, op basis van schending van WTO-regels, dan particulieren. Zo'n inbreukactie vergt een interne afweging van die Lidstaat tussen diverse binnenlands- en buitenlandspolitieke belangen. Bovendien kan een EG-lidstaat in het dagelijkse politieke overleg met collega-lidstaten ook gevoeliger worden gemaakt voor de implicaties van een mogelijk onbezonnen inbreukactie, die naar het oordeel van de meerderheid in de EG onevenredig afbreuk doet aan de communautaire belangen. Met andere woorden, aan het recht van een Lidstaat om een inbreukactie tegen communautaire maatregelen in stellen, al dan niet gebaseerd op WTO-regels, hangen *'checks and balances'*.

Bij de beoordeling van mogelijke Lidstaatberoepen is de rechts-politieke vraag of, ondanks deze *'checks and balances'*, communautaire standpunten nog meer gevrijwaard moeten blijven van rechterlijke toetsing, door rechtmatigheidscontrole op basis van WTO-beginselen geheel uit te sluiten. Ik meen van niet.

Voor de interne verhoudingen binnen de Gemeenschap zijn er nadelen verbonden aan de weigering van het Hof van Justitie om de verenigbaarheid van communautaire maatregelen met het WTO-recht te toetsen op verzoek van een Lidstaat. Aan die weigering hangt namelijk een prijskaartje. Wellicht blijft zo een stel dubieuze maatregelen in stand, doch het is bepaald denkbaar dat een

¹²⁶ Zie Agence Europe, *UE/Bananes: l'Equateur souhaite une solution négociée, mais n'hésitera pas à recourir à la procédure d'arbitrage de l'OMC*, 27 avril 2001, p. 14.

reeks andere communautaire initiatieven daardoor het daglicht niet eens ziet of slechts met grote vertraging wordt aangenomen.

Teneinde dit interne risico te evalueren, zij eraan herinnerd dat wanneer een onderwerp van internationale handelspolitiek binnen de exclusieve competentie van de Gemeenschap valt, een Lidstaat niet langer bevoegd is unilateraal op te treden. Dat beginsel is gerechtvaardigd want het stelt de Gemeenschap in staat met één, sterkere stem te spreken over een groeiend aantal onderwerpen die verband houden met internationale economische politiek. Op deze wijze kunnen Europese belangen en inzichten krachtiger worden bepleit in internationale onderhandelingen. Dat voordeel kan echter pas worden gerealiseerd als de Gemeenschap erin slaagt een gemeenschappelijk standpunt in te nemen. Daartoe aanvaardden de Lidstaten oorspronkelijk dat een minderheid niet de aanname van een gekwalificeerd meerderheidsstandpunt zou kunnen blokkeren, althans waar het vraagstukken van de internationale handel in goederen betrof.¹²⁷ Dat mechanisme heeft het de Gemeenschap gemakkelijker gemaakt om tot besluiten te komen dan mogelijk was geweest indien men de consensusregel zou hebben toegepast.

Het is evident dat een effectief besluitvormingsmechanisme ertoe bijdraagt dat de Gemeenschap als een sterke internationale onderhandelingspartner wordt gezien. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat de interne weerstand tegen meerderheidsbeslissingen op het gebied van internationale handels- of economische politiek de afgelopen jaren aanhoudt. Anders dan vroeger, toen de exclusieve competentie van de Gemeenschap over internationale handelspolitiek hand in hand ging met meerderheidsbeslissingen, is het de laatste jaren usance geworden voor Lidstaten om erop aan te dringen dat initiatieven van de Gemeenschap op nieuwe terreinen van internationale handelspolitiek weliswaar

¹²⁷ Zie de huidige versie van Art. 133 (4) EG (Nice-versie), dat identiek is aan Art. 113 EG uit het oorspronkelijke Verdrag van Rome.

onder haar exclusieve competentie vallen, doch slechts met consensus onder de Lidstaten kunnen worden aanvaard.¹²⁸

Deze ontwikkeling is teleurstellend voor eenieder die een krachtiger communautair optreden op internationaal niveau wenselijk acht. Het zou goed zijn indien de Gemeenschap grotere slagkracht krijgt bij onderhandelingen over nieuwe onderwerpen in het internationale economische verkeer (diensten, milieu, mededinging, investeringen). Slagkracht is echter steeds moeilijker te ontwikkelen indien er consensus moet worden bereikt tussen 25 Lidstaten. Maar voor die Lidstaten is het vooruitzicht van meerderheidsbeslissingen over de onderhandeling, de tenuitvoerlegging en het toezicht op de naleving van internationale akkoorden minder aantrekkelijk indien een minderheid zich niet kan weren tegen misbruiken van de meerderheid. Die misbruiken kunnen bestaan in overtredingen van de WTO-regels, zoals protectionistische maatregelen die een meerderheid van de Gemeenschap op enig moment welgevallig zouden kunnen zijn, doch een minderheid van de Lidstaten kunnen afsnijden van goedkopere toeleveranciers of (bij voorbeeld bij vergeldingsmaatregelen tegen de EG) exportmarkten.

Die zorg over misbruiken verhindert of vertraagt niet alleen communautaire onderhandelingen over nieuwe onderwerpen. Goed beschouwd ondermijnen ongecontroleerde meerderheidsstandpunten ook het vertrouwen van Lidstaten (en hun burgers) in communautaire maatregelen over 'klassieke', gevoelige onderwerpen, zoals de handel in landbouw- en textielproducten, enz. De WTO-rechtspraak van het Hof kan worden gezien als een poging om zoveel mogelijk de externe eenheid van de Gemeenschap te bewaren, door het individuele Lidstaten onmogelijk te maken de communautaire instellingen te controleren met een beroep op het WTO-recht. Afgewogen tegen een vermindering in interne

¹²⁸ Zie Art. 133(5) EG (Nice-versie), en vergelijk Art. III-217(4) van de onlangs aangenomen Europese Conventie.

legitimiteit lijkt die prijs voor de instandhouding van communautaire standpunten in het externe verkeer, vooralsnog¹²⁹, te hoog.

Deze discussie heeft nog een andere externe dimensie. Zelfs voor een machtige overheden is een terugkeer naar internationale betrekkingen gebaseerd op macht (hetgeen een implicatie is van een politieke voorkeur om een interne, rechterlijke rechtmatigheidscontrole op WTO-conformiteit te beperken of uit te sluiten) een twijfelachtige stap. Indien machtige mogendheden zoals de Gemeenschap ervan uitgaan dat zij hun internationale verplichtingen naar keuze kunnen miskennen of heronderhandelen, is het dan nog wel realistisch voor hen te veronderstellen dat andere, vooral kleinere landen bereid zullen zijn internationale overeenkomsten met hen af te sluiten? Hoe zou de Gemeenschap de terugkeer naar internationale betrekkingen gebaseerd op macht kunnen rijmen met de leidende rol die het beoogt te spelen bij het terugdringen van het deficit aan goed internationaal bestuur ('*global governance*'); en dit te meer, daar voortrekkers hiervan zich laten inspireren door het Europees organisatiemodel, en het belang onderstrepen van een effectief geschillenbeslechtingsstelsel dat gelijkwaardige garanties biedt aan grote en kleinere landen?¹³⁰

Anders gezegd, er zijn schaduwzijden aan het machtsdenken van de Gemeenschap. Het is in het welbegrepen eigenbelang van de Gemeenschap dat aan dat machtsdenken zekere grenzen worden gesteld. Ook daarom is enige zelfbeperking is op zijn plaats, en moet niet alle verantwoordelijkheid om de

¹²⁹ Dat voorbehoud maak ik daar op enig moment in de toekomst de institutionele verhoudingen binnen de Gemeenschap zich zo ver kunnen hebben ontwikkeld dat de plaats van Lidstaten in de WTO en de EU niet langer geprivilegieerd is. Dan wordt de beleidsmatige afweging om aan Lidstaten rechtmatigheidscontrole toe te staan een andere. Op dat moment zou het aanvaardbaar kunnen zijn dat enkel de communautaire instellingen, en wellicht de burgers, toezicht houden op naleving van internationale (bijv. WTO-) verplichtingen binnen de EU. De toezichthoudende rol van de instellingen is dan niet meer vergelijkbaar met die van de Lidstaten. Het zou dan bij voorbeeld niet langer onbevredigend zijn dat de Commissie een inbreukactie instelt tegen een Lidstaat omwille van schending van WTO-verplichtingen, doch dat omgekeerd een Lidstaat niet langer een communautaire instelling kan vervolgen omwille van schending van WTO-verplichtingen. Vergelijk tekst, *supra*, bij noot 116-120.

¹³⁰ Vgl. recentelijk bijv. Pascal Lamy, *La démocratie-monde: Pour une autre gouvernance globale* 79-80 (Seuil, 2004); Lamy & Laïdi, *A European Approach to Global Governance* 1 *Progressive Politics* 56-63 (No. 1, 2002).

Gemeenschap aan haar grenzen te herinneren bij derde landen worden gelegd. Men moet hopen dat wisselende meerderheden van de nu 25 Lidstaten zich hiervan rekenschap geven bij het nemen van communautaire maatregelen. En men moet als waarborg minderheden de gelegenheid geven om meerderheden in deze, nog jonge, Gemeenschap aan zekere grenzen te binden.

3. Conclusie

In essentie draait de WTO-jurisprudentie van het Europese Hof om reciprociteit. Op grond van de ongebreidelde discretie die sommige derde landen aan hun wetgevende of executieve organen laten om WTO-regels te overtreden, wenst het Hof ook niet te interveniëren in het beleid van de communautaire instellingen. Derhalve sluit het Hof de interne rechtmatigheidscontrole op basis van WTO-regels door Lidstaten uit. Daarmee laat het Hof het oor teveel hangen naar het beleid en de institutionele structuur van andere WTO-leden.

Beleidsmatig hecht het Hof teveel belang aan de instandhouding van communautair bereikte standpunten. Het wil geen gewicht toekennen aan de internationale verplichtingen die de Europese Gemeenschap op zich heeft genomen, indien de Europese wetgever zich in de litigieuze wetgeving niet nog eens uitdrukkelijk aan die internationale verplichtingen onderworpen heeft. Deze volledige overgave aan communautarisme, of dualisme, kan voor de internationale positie en geloofwaardigheid van de Gemeenschap nadelige gevolgen hebben. Dat is met name zo indien het de EG ernst is met de verbetering van internationaal bestuur (*'global governance'*), geïnspireerd door het Europese model van samenwerking in een rechtsgemeenschap. Als recht, en rechtshandhaving, ook internationaal belangrijk wordt geacht door de EG, dient bij uitstek het Hof zich af te vragen of er bij de interne besluitvorming voldoende gewicht wordt toegekend aan die internationale regels. 'Zelfcontrole' door de Europese wetgever, op verenigbaarheid met internationale verplichtingen, lijkt niet meteen voldoende. Zonder zo ver te gaan dat individuele burgers als toezichthouders op de naleving van WTO-afspraken kunnen optreden (door aan

WTO-recht 'directe werking' toe te kennen), zou het Hof individuele Lidstaten die rol van toezichthouder moeten laten spelen.

Vanuit een ander perspectief, dat niet noodzakelijkerwijs afhangt van een beleidsmatige voorkeur voor meer controle van communautair handelen op verenigbaarheid met internationaal (WTO-)recht, komt aan Lidstaten een grotere rol toe bij rechtmatigheidscontrole dan het Hof hen toe nu toe geeft. Dat heeft te maken met de institutionele structuur van de WTO en de EG. Het Hof miskent namelijk dat de EG-Lidstaten nog steeds op eigen naam en voor eigen rekening lid zijn van de WTO, en nog niet alle bevoegdheden voor WTO-activiteiten aan de EG hebben overgedragen. Het Hof miskent tegelijkertijd de constitutionele architectuur van de Gemeenschap, waarin Lidstaten traditioneel een belangrijke rol spelen bij de rechtmatigheidstoets van communautaire maatregelen.¹³¹ In dit verband is nog relevant dat het vanuit EG-perspectief ongepast is dat Lidstaten de verenigbaarheid van communautaire maatregelen met WTO-recht laten toetsen door de WTO.

Kortom, zolang de EG geen andere politieke keuze maakt, en rechtmatigheidscontrole van communautaire maatregelen door Lidstaten uitdrukkelijk uitsluit, is het juridisch en beleidsmatig aangewezen dat het Europese Hof aan Lidstaten toestaat die controle ook op basis van WTO-regels uit te oefenen.

¹³¹ Zie het al eerder genoemde Art. 230 EG.