

# Doorwerking van WTO-recht in de Europese rechtsorde: het toenemende belang van de verdragsconforme interpretatie

Mr. N. van den Broek\*

In een aantal recente zaken spreken het Hof van Justitie en een aantal advocaten-generaal zich wederom uit over de doorwerking van het recht van de Wereldhandelsorganisatie (WTO) in de Europese rechtsorde. Hoewel de deur voor ‘rechtstreeks effect’ gesloten blijft, is iedere Europese rechter onder het principe van de ‘verdragsconforme interpretatie’ verplicht om het Europees recht voor zover mogelijk uit te leggen in lijn met relevante regels van WTO-recht. Aldus bestaat er wel degelijk een mogelijkheid voor particuliere partijen om zich op het WTO-recht te beroepen en de rechter, althans de Europese, geeft daaraan steeds vaker (expliciet of impliciet) gehoor.

*HvJ 14 april 2011, gevoegde zaken C-288/09 en C-289/09, BskyB and Pace/The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs, ECLI:EU:C:2011:248*

*HvJ 22 november 2012, gevoegde zaken C-320/11, C-330/11, C-382/11, en C-383/11, Digitalnet OOD, ECLI:EU:C:2012:745*

*HvJ 27 september 2007, zaak 351/04, Ikea Wholesale Ltd./Commissioners of Customs & Excise, ECLI:EU:C:2007:547*

*HvJ 27 juni 2013, gevoegde zaken C-457/11 tot en met C-460/11, VG Wort/Kyocera e.a., ECLI:EU:C:2013:426*

*HvJ 10 april 2014, zaak C-435/12, AGI Adam e.a., ECLI:EU:C:2014:254*

*HvJ 3 juni 2008, zaak C-308/06, Intertanko e.a./Secretary of State for Transport, ECLI:EU:C:2008:312*

*HvJ 13 januari 2015, gevoegde zaken C-404/12 P en C-405/12 P, Raad en Commissie/Stichting Natuur en Milieu en Pesticide Action Network Europe, ECLI:EU:C:2015:5*

*HvJ 13 januari 2015, gevoegde zaken C-401/12 P tot C-403/12 P, Raad e.a./Vereniging Milieudefensie en Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht, ECLI:EU:C:2015:4*

*HvJ 9 september 2008, gevoegde zaken C-120/06 en C-121/06, Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) e.a./Raad en Commissie, ECLI:EU:C:2008:476*

*HvJ 14 juni 2012, zaak C-533/10, Compagnie internationale pour la vente à distance (CIVAD) SA v. Receveur des douanes de Roubaix e.a., ECLI:EU:C:2012:347*

## Inleiding

Internationale handelsverdragen zoals die in het kader van de Wereldhandelsorganisatie (WTO) zijn gesloten (en waaraan zowel Nederland als de Europese Unie als geheel gebonden is), hebben sinds het midden van de jaren negentig een steeds verdergaande invloed verworven over het handelen van zowel de Europese Unie, als onze nationale overheid. Op interstatelijk niveau (dat wil zeggen tussen WTO-lidstaten) roept de WTO verplichtingen in het leven waaraan WTO-lidstaten zich om internationaalrechtelijke redenen moeten houden (denk bijvoorbeeld aan verplichtingen om importtarieven af te schaffen of te verlagen, en dat regelgeving non-discriminatoir moet zijn en zo min mogelijk handelsbelemmerend). Daarnaast echter – en dit komt steeds vaker voor – kunnen bedrijven en andere particulieren WTO-regels via hun eigen overheid inroepen tegen buitenlandse overheden die zich niet verdragsconform gedragen, of ze kunnen op basis van die regels (vaak in combinatie met andere juridische en politieke argumenten) een lobbystrategie ontwikkelen om het handelen van hun eigen of een buitenlandse overheid te beïnvloeden. Veel minder duidelijk is of en onder welke omstandigheden bepalingen uit de WTO-verdragen, of de interpretatie en toepassing daarvan door WTO-panels en het

\* Mr. N. (Naboth) van den Broek is partner bij WilmerHale, Washington DC/Brussel en Adjunct Professor aan de Georgetown University Law Center.

WTO Beroepsorgaan,<sup>1</sup> ook voor de nationale of Europese rechter (succesvol) door een particuliere partij kunnen worden ingeroepen. Het Hof van Justitie heeft de zogeheten ‘rechtstreekse werking’ van het WTO-recht consistent afgewezen. De uitzonderingen daarop zijn minimaal en gelden eigenlijk alleen voor een beperkte groep van situaties waarin Europese regelgeving rechtstreeks dient ter implementatie van WTO-recht (*Nakajima*-exceptie)<sup>2</sup> of waar de Europese regelgeving uitdrukkelijk verwijst naar een regel van WTO-recht (*Fediol*-exceptie).<sup>3</sup> Beide ‘uitzonderingen’ zullen in deze bijdrage verder worden besproken.

Vrijwel ongemerkt is daarnaast echter een andere vorm van ‘indirecte doorwerking’ van het WTO-recht steeds relevanter geworden. Op basis van het beginsel van de ‘verdragsconforme interpretatie’ is de Europese (en dus ook de Nederlandse) rechter *verplicht* om het Europese recht voor zover mogelijk uit te leggen in lijn met eventueel relevante regels van WTO-recht. In de afgelopen jaren heeft het Hof van Justitie een dergelijke verdragsconforme interpretatie reeds meerdere malen toegepast – soms expliciet en soms impliciet. Aldus bestaat op dit moment wel degelijk een mogelijkheid voor particuliere partijen om zich in hun geschillen met de Europese Unie, of met de Nederlandse of andere Europese overheden, succesvol op het WTO-recht te beroepen. Dit artikel zal met name deze impliciete en expliciete voorbeelden van ‘verdragsconforme’ interpretatie, en de gevolgen die zij hebben voor de praktijk en voor de rol van het WTO-recht in de Europese rechtsorde, nader bespreken.

## Achtergrond: de Wereldhandelsorganisatie (WTO) en het wereldhandelsrecht

De WTO is zowel een internationale organisatie (gevestigd in Genève), als een serie internationale verdragen aangaande vrijwel alle aspecten van internationale handel en investeringen. Bekende WTO-verdragen zijn onder meer de General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) en de General Agreement on Trade in Services (GATS). Deze en andere WTO-verdragen leggen onder meer de verplichting op om douaneheffingen te verlagen of tot nul terug te brengen, maar omvatten bijvoorbeeld ook antidiscriminatieregels en andere bepalingen die de mogelijkheden voor de nationale en Europese overheid aan banden leggen waar het gaat om wet- of regelgeving die een rechtstreeks of indirect effect heeft op de mogelijkheid om hier in Europa buitenlandse goederen in te voeren, of om hier als buitenlandse dienstenaanbieder zaken te doen. Daarnaast bevat een verdrag

als het Agreement on Trade Related Intellectual Property Rights (TRIPS) regels aangaande de bescherming van allerlei vormen van intellectuele eigendom en bedrijfsvertrouwelijke informatie. Regels zoals die zijn neergelegd in bijvoorbeeld het Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement) gaan zelfs nog verder en verbieden een hele reeks aan overheidshandelingen die een negatief effect hebben op de internationale handel, tenzij daarvoor een duidelijke ‘public policy’ rechtvaardiging bestaat (milieubescherming, bijvoorbeeld) en er geen *minder handelsbelemmerende manier* is om hetzelfde legitieme doel te bereiken.

Naast deze ‘multilaterale’ verdragen waaraan alle WTO-leden gebonden zijn, zijn er ook steeds meer sector-specifieke overeenkomsten, zoals bijvoorbeeld het Information Technology Agreement (ITA) en het Financial Services Agreement, die meestal ‘plurilateraal’ zijn en dus slechts een beperktere groep WTO-leden binden. Er zijn ook bilaterale en regionale overeenkomsten, bijvoorbeeld van de EU met de Verenigde Staten en Japan waarover momenteel onderhandeld wordt, en overeenkomsten zoals die reeds zijn onderhandeld met Zuid-Korea, Canada en andere landen. Die laatste zijn weliswaar geen formeel onderdeel van de WTO, maar zijn in ruimere zin een onderdeel van het wereldwijde systeem van handels- en investeringsverdragen waarin de WTO een centrale rol speelt.<sup>4</sup>

Bedrijven wereldwijd maken steeds actiever gebruik van de regels zoals die in het kader van de WTO en deze bilaterale, sectorale en regionale onderhandelingen zijn afgesproken. Zij doen dat om hun positie veilig te stellen ten opzichte van hun concurrenten, of om huns inziens handelsbelemmerende regelgeving in landen waar zij zaken doen aan te vechten of via een juridische lobbystrategie op wijziging daarvan aan te dringen. In veel gevallen gaat het daarbij om het veiligstellen van belangen op of het verder openen van markten elders in de wereld, met als uiteindelijk doel om de handel met die landen verder uit te breiden. Maar er zijn ook situaties waarin het juist de Nederlandse of een andere Europese overheid is, die met haar handelen de WTO-regels (of andere handelsregels) heeft overtreden. Het is in die laatste categorie gevallen dat de vraag naar de al dan niet rechtstreekse doorwerking van het WTO-recht in de Europese rechtsorde en de daarvanuitgaande rechtsbeschermende werking relevant is.

## Rechtstreekse werking: een goed gesloten deur

Op basis van artikel 216 lid 2 VWEU zijn door de Unie gesloten internationale overeenkomsten verbindend voor haar instellingen, en hebben zij voorrang boven de

1. Het WTO Appellate Body.

2. HvJ 7 mei 1991, zaak C-69/89, *Nakajima All Precision Xo. Ltd/Raad*, ECLI:EU:C:1991:186, punt 31.

3. HvJ 22 juni 1989, zaak 70/87, *Federation de l'Industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol)/Commissie*, ECLI:EU:C:1989:254, punten 19-22.

4. Dit artikel zal overigens niet expliciet ingaan op de vraag naar de rechtstreekse werking van dergelijke bilaterale of regionale verdragen aangezien dat een meer diepgaande analyse zou vergen die de strekking van dit artikel ver te buiten gaat.

handelingen die zulke instellingen uitvaardigen.<sup>5</sup> Ondanks deze fundamenteel ‘monistische’ aard van het Unierecht is het reeds sinds de jaren zeventig vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie dat de GATT (General Agreement on Tariffs & Trade, de voorganger van de huidige WTO als organisatie, en nog steeds een van de WTO-verdragen) zodanig flexibel en politiek van aard was, dat deze geen ‘rechtstreekse werking’ heeft binnen dat Unierecht (indertijd het Gemeenschapsrecht). Met andere woorden, particuliere partijen konden de regels van de GATT niet zelfstandig inroepen bij de rechter (althans niet succesvol) om daaraan de wettelijkheid van Gemeenschapshandelingen te laten toetsen.<sup>6</sup>

Tot verrassing van velen veranderde de situatie evenmin met de oprichting van de Wereldhandelsorganisatie (WTO) en het daaraan verbonden WTO-geschillenbeslechtingsstelsel in 1995. ‘Ofschoon de WTO-overeenkomsten inderdaad (...) aanzienlijk verschillen van de (...) GATT 1947,’ zei het Hof van Justitie in 1999, ‘is in (...) die overeenkomsten (...) niettemin een belangrijke plaats ingeruimd voor onderhandelingen tussen partijen.’<sup>7</sup> Het Hof van Justitie vond derhalve dat de WTO-overeenkomsten, ondanks de grote wijzigingen die in 1995 hadden plaatsgevonden, nog steeds niet van dien aard waren dat er rechtstreekse werking aan kon worden toegekend.

Meer recentelijk heeft het Hof van Justitie bovendien gesteld dat dezelfde redenering ook van toepassing is ten aanzien van uitspraken van het WTO-geschillenbeslechtingsstelsel. Met andere woorden, zelfs als een WTO-panel en het Appellate Body tot de conclusie zijn gekomen dat de Unie de WTO-regels overtreedt – wat leidt tot een internationaalrechtelijke verplichting om het handelen zodanig aan te passen dat de Unie weer ‘in compliance’ is – kan die bevinding door een particuliere partij *niet* voor de Europese rechter worden gehandhaafd – zelfs niet als een particulier daardoor bijvoor-

beeld commerciële of anderszins financiële schade ondervindt.<sup>8</sup>

## Indirecte doorwerking van WTO-recht: Fediol & Nakajima

Hoewel het Hof van Justitie de deur dus goed heeft gesloten voor daadwerkelijke ‘rechtstreekse werking’ van het WTO-recht, zijn er ook uitzonderingen. Die uitzonderingen zijn niet onbelangrijk, maar ze zijn vrij beperkt en slechts in een aantal zeer specifieke gevallen relevant.

Allereerst was er de ‘troostprijs’,<sup>9</sup> *Nakajima* (1991). Die zaak betrof een beroep van de Japanse printerfabrikant Nakajima All Precision Co. Ltd in een Europese antidumpingprocedure. In haar beroep verwees Nakajima onder meer naar de antidumpingcode (de voorganger van het huidige WTO-verdrag inzake antidumpingrechten) als basis voor het Hof van Justitie om artikel 2 lid 3 onder b, ii van Verordening (EEG) nr. 2176/84 van de Raad van 23 juli 1984 (de oude Europese basisverordening inzake antidumpingrechten) onwettig en dus niet van toepassing te verklaren. Volgens Nakajima was die laatste verordening namelijk in strijd met een aantal bepalingen van de antidumpingcode, te weten artikel 2 leden 4 en 6 (aangaande het bepalen van de zogeheten ‘dumping marge’ wanneer er geen of niet voldoende verkopen van het betreffende product zijn in de thuismarkt van dat product om een vergelijking te maken tussen de prijs op die thuismarkt en de prijs op basis waarvan de goederen worden geïmporteerd in, in dit geval, de EU).<sup>10</sup> De Raad probeerde zich te verdedigen op basis van de op dat moment reeds geldende rechtspraak dat de antidumpingcode ‘aan particulieren [geen] rechten toe[kent] die voor het Hof van Justitie kunnen worden ingeroepen, en [dat] de bepalingen van deze code in de Gemeenschap niet rechtstreeks toepasselijk zijn.’<sup>11</sup>

5. Zie in die zin, bijvoorbeeld, HvJ 13 januari 2015, gevoegde zaken C-401/12 t/m C-403/12 en C404/12 en C-405/12, Raad, *Europees Parlement en Europese Commissie/Vereniging Milieudefensie e.a.*, ECLI:EU:C:2015:4, punt 44, evenals HvJ 3 juni 2008, zaak C-308/06, *Intertanko e.a./Secretary of State for Transport*, ECLI:EU:C:2008:312, punt 42 en de daaraan aangehaalde rechtspraak.
6. Aldus stelde het Hof van Justitie reeds in *International Fruit* (1972) dat ‘deze Overeenkomst [d.w.z. de GATT], die blijkens de preambule uitgaat van het beginsel van onderhandelingen “op grondslag van wederkerigheid en wederzijds voordeel”, wordt gekenmerkt door een grote soepelheid van haar bepalingen, met name die betreffende de uitzonderingsmogelijkheden, de maatregelen die in geval van bijzondere moeilijkheden kunnen worden genomen, en de regeling van geschillen tussen de verdragsluitende partijen’. HvJ 12 december 1972, gevoegde zaken C-21/74 t/m C-24/72, *International Fruit Company/Produkt-schap voor Groenten en Fruit*, ECLI:EU:C:1972:115, punt 21.
7. HvJ 23 november 1999, zaak C-149/96, *Portugal/Raad*, ECLI:EU:C:1999:574 (hierna: *Portugal/Raad*), punt 36.

8. In *Van Parys*, bijvoorbeeld, stelde het Hof van Justitie in 2005, dat ‘door in casu na de uitspraak van het DSB (...) de verbintenis aan te gaan, zich te schikken naar de WTO-regels, en, in het bijzonder, naar de artikelen I, lid 1, en XIII van de GATT 1994, heeft de Gemeenschap niet een bijzondere verplichting in het kader van de WTO willen aangaan die een uitzondering op de niet-inroepbaarheid van de WTO-regels voor de gemeenschapsrechter kan rechtvaardigen en deze laatste in staat zou stellen, de wettigheid van de gemeenschapsbepalingen aan deze regels te toetsen’. HvJ 1 maart 2005, zaak C-377/02, *Léon Van Parys/Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, ECLI:EU:C:2005:121, punt 41. Het Hof van Justitie baseerde die conclusie onder meer op het feit dat ook in een dergelijke situatie nog ruimte bestaat voor partijen om tot een onderhandelde schikking te komen. *Van Parys*, punt 42. Een soortgelijke redenering werd ook gevolgd in HvJ 30 september 2003, zaak C-94/02, *Biret/Raad*, ECLI:EU:C:2003:518 en HvJ 12 december 1995, zaak C-469/93, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Chiquita Italia SpA*, ECLI:EU:C:1995:435.
9. Ofwel ‘consolation prize’ zoals dit arrest werd genoemd door M. Bronckers, ‘The Effect of the WTO in European Court Litigation’, *Texas International Law Journal* 2005, vol. 40, p. 444.
10. *Nakajima*, punt 26.
11. *Nakajima*, punt 27.

Van belang was echter, zei het Hof van Justitie, ‘dat de door verzoekster in geding gebrachte nieuwe basisverordening is vastgesteld ter nakoming van de internationale verplichtingen van de Gemeenschap’.<sup>12</sup> Aldus, zei het Hof van Justitie, betrof het beroep van Nakajima eigenlijk geen vraag aangaande de wettigheid van de Gemeenschapsregels in het licht van de antidumpingcode of enigerlei ander internationaal akkoord, maar juist een vraag naar de wettelijkheid van de handelingen van de Gemeenschap (te weten het opleggen van antidumpingheffingen aan Nakajima) in het licht van haar eigen wetgeving (Verordening (EEG) nr. 2176/84 waarnaar hierboven reeds werd verwezen). Die laatste, zei het Hof van Justitie, was immers zelf, volgens haar eigen considerans, ‘vastgesteld in overeenstemming met de bestaande internationale verplichtingen, in het bijzonder met die welke voortvloeien uit artikel VI van de Algemene Overeenkomst en uit de anti-dumpingcode.’<sup>13</sup> Het was vervolgens op deze basis dat het Hof van Justitie naging of de Raad, zoals Nakajima stelde, buiten het aldus vastgestelde wettelijk kader was getreden ‘en met de bestreden bepalingen de bewoordingen van artikel 2, leden 4 en 6, van de anti-dumpingcode heeft geschonden.’<sup>14</sup> In zekere zin keek het Hof van Justitie dus slechts indirect – namelijk via Verordening (EEG) nr. 2176/84 – naar de bepalingen van de GATT-antidumpingcode.

Rond dezelfde tijd concludeerde het Hof van Justitie dat er ruimte was voor nog een andere uitzondering. In *Fediol* (1989) vocht de Europese olie-industrie een beschikking aan waarin de Raad afwijzend besloot op een verzoek van Fediol om een onderzoek in te stellen naar mogelijk onrechtmatige handelspraktijken van Argentinië bij de uitvoer van ‘sojaschroot’ naar wat toen nog de Europese Gemeenschap heette. In het bijzonder betrof het in dit geval een aantal differentiële belastingen die in Argentinië werden geheven en waarvan Fediol meende dat deze in strijd waren met de artikelen III, XI en XXIII van de GATT, en die volgens haar niet gerechtvaardigd konden worden onder artikel XX van diezelfde overeenkomst.<sup>15</sup>

Volgens de Europese Commissie moest het beroep van Fediol onder meer worden afgewezen omdat:

‘het Hof van Justitie de door de Commissie in het kader van verordening nr. 2641/84 gegeven uitlegging van de begrippen “onrechtmatige handelspraktijken” en “internationaal recht” – inzonderheid de GATT – slechts kan toetsen, voor zover de niet-inachtneming of de verkeerde toepassing ervan neerkomt op schending van bepalingen van gemeenschapsrecht waaraan particulieren rechtstreekse en individuele rechten kunnen ontleen. De bepalingen van de GATT zijn evenwel niet nauwkeurig genoeg

om voor particulieren dergelijke rechten te doen ontstaan.’<sup>16</sup>

Het Hof van Justitie was het met de Commissie eens dat het ‘inderdaad herhaaldelijk geoordeeld [had], dat heel wat bepalingen van de GATT niet geëigend zijn om voor de gemeenschapsonderdanen het recht mee te brengen zich daarop in rechte te beroepen’.<sup>17</sup> ‘Uit deze rechtspraak kan evenwel niet worden afgeleid,’ zei het Hof van Justitie:

‘dat de justitiabelen zich voor het Hof van Justitie niet op de bepalingen van de GATT kunnen beroepen om te laten vaststellen, of een praktijk waartegen zij overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 2641/84 een klacht hadden ingediend, een onrechtmatige handelspraktijk als bedoeld in die verordening oplevert. De bepalingen van de GATT zijn immers een onderdeel van het internationaal recht, waarnaar artikel 2, lid 1, van genoemde verordening verwijst, hetgeen overigens wordt bevestigd door de tweede juncto de vierde overweging van de considerans van de verordening’.<sup>18</sup>

Door ‘verwijzing’, aldus het Hof van Justitie in *Fediol*, kunnen bepalingen van de GATT- of andere WTO-overeenkomsten dus worden geïncorporeerd in het EU-recht, en vanaf dat moment kan de Gemeenschapsrechter het handelen van de instellingen (of een nationale overheid) wel degelijk aan die GATT- of WTO-bepalingen (waarnaar verwezen wordt) toetsen.

*Fediol* en *Nakajima*, met andere woorden, bevestigen dat er twee niet onbelangrijke uitzonderingen bestaan op de hoofdregel dat de Europese rechter Uniewetgeving niet mag toetsen aan het WTO-recht (of daaraan voorafgaand de GATT). Ook in latere rechtspraak wordt herhaaldelijk verwezen naar deze *Fediol*- en *Nakajima*-‘uitzonderingen’, en in een aantal zaken heeft het Hof van Justitie de *Nakajima*- en *Fediol*-aanpak verder toegepast of besproken.<sup>19</sup> In ieder van die zaken was echter sprake van een uitdrukkelijke verwijzing naar en poging tot implementatie van of een directe verwijzing naar WTO- (of GATT-)regels – de specifieke situaties waarvan in *Fediol* en *Nakajima* sprake was. In die zin zijn de *Fediol*- en *Nakajima*-uitzonderingen dus weliswaar belangrijk, maar ook vrij beperkt en, wellicht nog relevanter, is door de Europese wetgever eenvoudig te voorkomen dat zij van toepassing worden geacht (door niet naar de WTO te verwijzen). Een opening voor verregaande rechtsbescherming bieden zij dus niet.

16. *Fediol*, punt 18.

17. *Fediol*, punt 19.

18. *Fediol*, punt 19, cursivering toegevoegd.

19. Zie bijv. HvJ 27 september 2007, zaak C-351/04, *Ikea Wholesale Ltd./Commissioners of Customs & Excise*, ECLI:EU:C:2007:547, punten 29-69. Zie ook HvJ 9 september 2008, gevoegde zaken C-120/06 en C-121/06, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) e.a./Raad en Commissie*, ECLI:EU:C:2008:476, punten 106-133; HvJ 14 juni 2012, zaak C-533/10, *Compagnie internationale pour la vente à distance (CIVAD) SA/Receveur des douanes de Roubaix e.a.*, ECLI:EU:C:2012:347.

12. *Nakajima*, punt 31.

13. *Nakajima*, punt 30.

14. *Nakajima*, punt 32.

15. Zie o.m. *Fediol*, punt 11.

## Kritiek op het gebrek aan 'rechtstreekse werking' en vergelijking met andere volkenrechtelijke verplichtingen van de Europese Unie

### Kritiek op de rechtspraak van het Hof van Justitie

Het feit dat de deur door het Hof van Justitie zodanig dicht is gegooid voor enigerlei vorm van rechtstreekse werking, en dat uiteindelijk alleen de belangrijke maar vrij beperkte *Fediol*- en *Nakajima*-uitzonderingen beschikbaar zijn, heeft tot aardig wat kritiek geleid vanuit de academische wereld en de advocatuurlijke praktijk. Zelf concludeerde ik kort na het *Portugal/Raad*-arrest dat de juridische redenering in die zaak, en dan met name de conclusie dat er qua flexibiliteit en politieke manoeuvreerruimte eigenlijk niets veranderd was en dat een gebrek aan rechtstreekse werking in andere landen ('wederkerigheid') een probleem zou zijn, simpelweg onjuist was.<sup>20</sup> Een nauwkeuriger vergelijking tussen het GATT-systeem van vóór de totstandkoming van de WTO, en het post-1995 WTO-tijdperk laat zien dat er juist enorme veranderingen hebben plaatsgevonden, en dat het systeem veel juridischer is geworden en veel minder politieke manoeuvreerruimte laat aan de lidstaten zodra een maatregel binnen het WTO Geschillenbeslechtingsstelsel is aangekaart. Zo is het in het WTO-systeem niet langer mogelijk voor de verliezende partij in een geschil om het aannemen van een panelrapport tegen te houden (een dergelijk vetorecht bestond onder het oude GATT-systeem wél). Ook bestaat er inmiddels een Appellate Body, een WTO-beroepsorgaan, waarin WTO-experts en voormalige hoge rechters uit verschillende WTO-lidstaten zitting hebben. In geval van 'non-compliance' heeft de klagende lidstaat bovendien het recht om handelssancties in te stellen tegen de verliezende lidstaat, om op die manier 'compliance' af te dwingen. Al met al is het ook overigens zeer duidelijk dat 'compliance' de einddoelstelling is van het systeem, en 'non-compliance' hooguit een tijdelijke optie.<sup>21</sup> Ook het rechtstreekse (economische en commerciële) belang dat private partijen vaak bij de naleving van het WTO-recht zullen hebben, kan worden aangevoerd als een belangrijke reden om het WTO-recht nu juist wél recht-

streeks effect te geven. Zulke rechtstreekse werking is immers een belangrijk middel om private partijen in staat te stellen hun (economische) rechten te verdedigen en de naleving van daarmee verbandhoudende verplichtingen van de Europese of nationale overheid af te dwingen.

### Vergelijking met andere volkenrechtelijke verdragen

Ook wanneer men het WTO-systeem vergelijkt met andere verdragen waarbij de Unie partij is, dan is helemaal niet duidelijk dat die qua 'aard en opzet' zo fundamenteel van elkaar verschillen. Sterker nog, de WTO-verdragen lenen zich in zekere zin méér voor de verschillende vormen van rechtstreekse of indirecte werking (*Fediol* en *Nakajima*) dan andere, niet-WTO-regimes. 'Wederkerigheid' ofwel 'geven en nemen' en 'compromisvorming' liggen aan de basis van elke (volkenrechtelijke) overeenkomst. De specifieke bepalingen van veel WTO-verdragen zijn bovendien vrijwel altijd veel duidelijker en meer rechtstreeks relevant voor private partijen, en de WTO als geheel is niet méér, maar juist minder politiek en méér juridisch dan veel andere verdragen waarbij de EU partij is. Dat eerste wordt bijvoorbeeld vrij eenvoudig duidelijk wanneer men kijkt naar zeer economisch relevante en juridisch gezien vrij heldere (en zeker zeer strikte) bepalingen als artikel 2.2 van het Agreement on Technical Barriers to Trade, op basis waarvan nationale regelgeving niet meer handelsbeperkend mag zijn dan noodzakelijk is voor het bereiken van een legitiem publiek doel (bijvoorbeeld milieubescherming). Dat de WTO-verdragen over het algemeen veel juridischer en minder politiek zijn dan veel andere verdragen waarbij de EU een partij is, blijkt bijvoorbeeld uit het bestaan van een bindend geschillenbeslechtingsorgaan (een soort verplichte arbitrage), inclusief een mogelijkheid tot hoger beroep.<sup>22</sup>

Ook een aantal recente zaken over het Verdrag van Aarhus doen aan de redenering hierboven niets af. Het Verdrag van Aarhus betreft toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden.<sup>23</sup> In enkele recente uitspraken waarbij onder andere de Vereniging Milieudefensie en de Stichting Natuur en Milieu hier in Nederland betrokken waren, ging het Hof van Justitie uitdrukkelijk

20. N. van den Broek, 'Legal Persuasion, Political Realism, and Legitimacy: The European Court's Recent Treatment of the Effect of WTO Agreements in the EC Legal Order', *Journal of International Economic Law* 2001, p. 411-440. Ik concludeerde overigens ook dat er vanuit politiek en diplomatiek perspectief misschien best wat te zeggen is voor de uitkomst, ongeacht deze strikt juridische bezwaren.

21. Vooral het eerste punt werd krachtig en overtuigend bepleit door John H. Jackson in reactie op een artikel van Judith H. Bello. Zie J.H. Jackson, 'The WTO Dispute Settlement Understanding-Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation', 91 *AJIL* 60 (1997) en J.H. Bello, 'The WTO Dispute Settlement Understanding: Less Is More', 90 *AJIL* 416, 416-17 (1996), evenals een later nog uitgebreider stuk van Jackson getiteld 'International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to "Buy Out"?', 98 *AJIL* 109 (2004).

22. In reactie op het *Portugal/Raad*-arrest liet ik dit in detail zien door te kijken naar bijvoorbeeld de Yaoundé Overeenkomst ('Convention de Yaounde, l'Association des Pays et Territoires d'Outre-Mer à la CEE, du 20 juillet 1963'), de Yaoundé II Convention van 29 juli 1969, en de Vierde ACP-EEC Conventie getekend te Lomé op 15 december 1989, *PbEG* 1991, L 229/3. Gek genoeg heeft het Hof van Justitie aan deze overeenkomsten namelijk wél rechtstreekse werking toegekend terwijl zij eveneens uitdrukkelijk op wederkerigheid zijn gebaseerd (zoals elk verdrag) en veel minder juridisch en meer politiek van aard zijn dan de WTO. Voor een nadere bestudering en bespreking van deze overeenkomsten en verschillen, zie N. van den Broek, 'Legal Persuasion, Political Realism, and Legitimacy: The European Court's Recent Treatment of the Effect of WTO Agreements in the EC Legal Order', *Journal of International Economic Law* 2001, p. 411-440.

23. Verdrag van Aarhus betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden, dat namens de Europese Gemeenschap is goedgekeurd bij besluit 2005/370/EG van de Raad van 17 februari 2005, *PbEU* 2005, L 124/1.

in op de vraag of aan een aantal bepalingen van dit verdrag rechtstreekse werking kon worden toegekend. Het deed dit specifiek in de context van een hogere voorziening ingesteld door de Raad, het Europees Parlement en de Commissie om vernietiging van arresten van het Gerecht waarin die laatste een eerdere serie besluiten van de Commissie nietig had verklaard omdat die in strijd zouden zijn met bepalingen van het Verdrag van Aarhus. Meer in het bijzonder betrof het besluiten van de Commissie om de betrokken milieubewegingen niet-ontvankelijk te verklaren (vanwege het gebrek aan individuele strekking van de handelingen die zij aanvochten). De milieubewegingen vonden dat dit in strijd was met het Verdrag van Aarhus dat, volgens hen, een specifiek recht in het leven riep voor private partijen om voor de rechter bepaalde milieugerelateerde besluiten aan te vechten.

In zijn arrest begon het Hof van Justitie met de vaststelling dat men allereerst moet kijken of aan bepalingen van een verdrag rechtstreekse werking toekomt. Dat dient te gebeuren, zei het, op basis van de ‘aard en de opzet’ van de betreffende overeenkomst, alsmede de vraag of de bepalingen waarop men zich beroept ‘inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn’.<sup>24</sup> Anders dan in het geval van de WTO-overeenkomsten echter verwierp het Hof van Justitie de mogelijkheid van rechtstreekse werking niet op basis van de ‘aard en opzet’ van het Verdrag van Aarhus, maar specifiek omdat, volgens het Hof van Justitie, de betreffende bepaling van dat verdrag waarop de milieubewegingen zich hadden beroepen ‘geen enkele onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurig omschreven verplichting’ bevatte, ‘die de rechtspositie van particulieren rechtstreeks kan regelen’.<sup>25</sup> Het Hof van Justitie, met andere woorden, ging aan een nadere bespreking van de ‘aard en opzet’ van het Verdrag van Aarhus eenvoudigweg voorbij.

Interessant genoeg verwierp het Hof van Justitie ook het beroep van partijen op de *Fediol*- en *Nakajima*-uitzonderingen, omdat er feitelijk gezien geen rechtstreekse verwijzing naar Aarhus was opgenomen in de relevante Commissiebesluiten – een vereiste onder *Fediol* – en omdat volgens het Hof van Justitie *Nakajima* niet van toepassing was omdat Aarhus aan de verdragsluitende partijen ‘een ruime beoordelingsmarge [laat] ten aanzien van de wijze van uitvoering van “bestuursrechtelijke of rechterlijke procedures”’.<sup>26</sup> Het Hof van Justitie onderscheidde Aarhus in dat laatste opzicht nadrukkelijk van het WTO-antidumpingstelsel in het bijzonder, waarop *Nakajima* betrekking had en waarvan het zei dat dit ‘zeer compact is in zijn opzet en toepassing, in die zin dat het voorziet in maatregelen jegens ondernemingen

die van het gebruikmaken van antidumpingmaatregelen worden beschuldigd’.<sup>27</sup> Paradoxaal genoeg sluit het Hof van Justitie indirecte werking van het Verdrag van Aarhus dus onder meer uit op basis van de aard en het ontwerp van in ieder geval een van de WTO-verdragen – die het ‘compact’ noemt en die ‘voorziet in maatregelen jegens ondernemingen’ – terwijl het rechtstreekse werking van de WTO-verdragen nu juist altijd uitsluit op basis van de volgens het Hof van Justitie te politieke aard van het WTO-recht.<sup>28</sup> Volledige consistentie in de rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt in dit opzicht dus nog steeds ver te zoeken.

## De recente rechtspraak en ervaringen uit de praktijk: indirecte doorwerking van WTO-recht als effectief middel voor particuliere geschilspartijen

Gezien de hierboven besproken rechtspraak en de schijnbaar starre (en niet zeer consistente) houding van het Hof van Justitie, ligt het voor veel private partijen en juristen voor de hand om maar niet over eventuele WTO-schendingen na te denken. Die houding is echter veel te pessimistisch (en niet in het belang van de rechtsvinding). Ten eerste bestaat er altijd de mogelijkheid om schendingen van het WTO-recht via bevriende overheden rechtstreeks voor de WTO aan te kaarten (in een typisch geval werken een onderneming en haar advocaten bijvoorbeeld nauw samen met het Directoraat Generaal Handel van de Europese Commissie om de EU een zaak te laten aanspannen tegen een derde land). Ten tweede gaat er van het WTO-recht ook een zekere ‘soft power’ werking uit (dat wil zeggen dat het in veel gevallen al voldoende is om met goede argumenten uit te leggen waarom bepaald handelen in strijd is met het WTO-recht om een verandering te bewerkstelligen). En ten slotte, en zoals hieronder nader besproken, bestaat er ook nog een derde ‘uitzondering’ op de hoofdregel dat WTO-recht ‘geen rechtstreekse werking’ heeft en dus niet kan worden ingeroepen voor de Europese of nationale rechter. Die derde uitzondering, de ‘verdragsconforme interpretatie’, is in de praktijk steeds belangrijker aan het worden en leidt inmiddels regelmatig tot succes.

### Het principe van de Verdragsconforme Interpretatie

De Europeesrechtelijke doctrine van de ‘verdragsconforme interpretatie’ (‘treaty-consistent interpretation’) werd voor het eerst toegepast in de zaken *Hermès/FHT*

24. HvJ 13 januari 2015, gevoegde zaken C-401/12 t/m C-403/12, *Raad, Europees Parlement en Europese Commissie/Vereniging Milieudefensie e.a.*, ECLI:EU:C:2015:4, en HvJ 13 januari 2015, gevoegde zaken C-404/12 en C-405/12, ECLI:EU:C:2015:5, resp. punten 54 en 46.  
25. *Raad, Europees Parlement en Europese Commissie/Vereniging Milieudefensie e.a.*, resp. punten 55 en 47.  
26. *Raad, Europees Parlement en Europese Commissie/Vereniging Milieudefensie e.a.*, resp. punten 59 en 51.

27. *Raad, Europees Parlement en Europese Commissie/Vereniging Milieudefensie e.a.*, resp. punten 59 en 51.

28. Zoals ik al betoogde in reactie op het oude *Portugal/Raad*-arrest (1999), zijn er wellicht goede politieke redenen voor de conclusie van het Hof van Justitie, maar is die puur juridisch bezien niet erg goed onderbouwd en zeker niet consistent.

*Marketing Choice BV* en *Dior/Tuk*.<sup>29</sup> Met name in dat laatste arrest gaf het Hof van Justitie aan dat ‘met de vaststelling, dat de bepalingen van [een van de WTO verdragen] in deze zin geen “rechtstreekse werking” hebben, (...) het door de verwijzende rechters aan de orde gestelde probleem niet geheel [is] opgelost.’<sup>30</sup> In plaats daarvan, zei het Hof van Justitie:

‘Betreft het een gebied waarop het TRIPs van toepassing is en de Gemeenschap reeds regelgevend is opgetreden, zoals het geval is met het merkenrecht, moeten de rechterlijke autoriteiten van de lidstaten, zoals uit het voornoemde arrest *Hermès* volgt en met name uit punt 28 daarvan, wanneer zij met toepassing van hun nationale recht voorlopige maatregelen treffen ter bescherming van rechten die tot dat gebied behoren, krachtens het gemeenschapsrecht hun nationale regels zoveel mogelijk toepassen in het licht van de bemoedigen en het doel van artikel 50 van het TRIPs.’<sup>31</sup>

Jarenlang was het vervolgens redelijk stil rond de verdragsconforme interpretatie – misschien omdat veel advocaten nog steeds hoopten dat ze het Hof van Justitie konden overtuigen van de rechtstreekse werking van het WTO-recht – maar in een aantal recente arresten is het juist de verdragsconformiteitsdoctrine die voor het WTO-recht uitermate relevant is geworden.

#### ‘Verdragsconforme Interpretatie’: de recente rechtspraak

Het meest in het oog springend is *BskyB* (2011). In die zaak vocht British Sky Broadcasting Group (BSkyB) de tariefindeling van bepaalde van haar zogeheten ‘set-top boxen’ aan.<sup>32</sup> Volgens een bindende tariefinlichting (BTI) die het bedrijf in het Verenigd Koninkrijk had aangevraagd, behoorden deze producten te worden ingedeeld onder tariefnummer 8521.90.00 van de Gecombineerde Nomenclatuur (GN). Gevolg was echter dat op de set-top boxen invoertarieven van toepassing waren die dat, volgens BSkyB, niet zouden zijn als de uitleggingsregels werden toegepast van onder meer de Werelddouaneorganisatie en de bepalingen van de Information Technology Agreement of ITA, een van de zogeheten ‘plurilaterale’ WTO-akkoorden. Het Hof van Justitie concludeerde vervolgens dat, volgens vaste rechtspraak, ook al heeft een overeenkomst als de ITA geen rechtstreekse werking, er wel degelijk een verplichting bestaat voor de rechter om ‘teksten van afgeleid [EU] recht ... voor zover mogelijk overeenkomstig [door

de Unie gesloten internationale overeenkomsten] uit te leggen.’<sup>33</sup> En dat was uiteindelijk ook precies wat het Hof van Justitie deed in deze *BSkyB*-zaak.

De redenering van het Hof van Justitie en de eindconclusie (namelijk om wel degelijk, hoewel enigszins impliciet, het ITA te volgen), volgden de eerdere *Dior-Tuk*-aanpak. Ze gingen bovendien een stap verder (of voegden in ieder geval een nadere verheldering toe) omdat zij kort volgden op een belangrijk rapport van het WTO Geschillenbeslechtsingsorgaan aangaande de uitlegging van het ITA Verdrag. Dat rapport, in de *EC-IT Products*-zaak, werd in september 2010 formeel aangenomen (hoewel de beslissing al enige tijd daarvoor openbaar was geworden<sup>34</sup>) en was dus ten tijde van de behandeling van de *BSkyB*-zaak bekend bij het Hof van Justitie. Het *EC-IT Products*-rapport ging in detail in op het belang van de hoofdfunctie voor de interpretatie van douaneclassificaties onder WTO-recht, en was onder meer gebaseerd op een aantal specifieke bepalingen dienaangaande van de Werelddouaneorganisatie en een specifiek ingewonnen advies van die organisatie dat, naast andere factoren, ten grondslag lag aan de conclusies van het WTO-panel.

De feiten en de interpretatievragen waar het Hof van Justitie naar moest kijken in de *BSkyB*-zaak sloten nauw aan bij hetgeen het WTO-panel in *EC-IT Products* had besproken. Meer specifiek bijvoorbeeld voerde BSkyB voor het Hof van Justitie aan dat het betrokken product moest worden ingedeeld onder GN-onderverdeling 8525.71.13 als afzonderlijke set-top box met een communicatiefunctie, namelijk als een ‘[ontvangstoestel] voor televisie’ van post 8528.<sup>35</sup> Een belangrijke reden hiervoor was dat de televisieontvangfunctie volgens BSkyB de ‘hoofdfunctie’ was van het apparaat. Juist in de WTO *EC-IT Products*-zaak was, zoals hierboven besproken, ditzelfde classificatieprincipe aan de orde geweest (en eveneens in het kader van de ITA). Hetzelfde gold ook voor het meer algemene idee dat bepalingen van de ITA zo geïnterpreteerd moeten worden dat zij de verdere handelsliberalisering ondersteunen, met name ook in het licht van de steeds verdergaande technologische ontwikkeling en ‘convergentie’ van verschillende technologieën. In *EC-IT Products* (de WTO-zaak) betrof het bijvoorbeeld printers die ook kunnen scannen, en televisieschermen die ook op een computer kunnen worden aangesloten. In *BSkyB* (de EU-zaak) betrof het een set-top box die ook een harde schijf heeft en videosignalen kan ‘weergeven’. Zonder dit expliciet te zeggen, met andere woorden, volgde het Hof van Justitie de aanpak van het *EC-IT Products* WTO-panel. Met name blijkt uit nauwkeurige lezing van het arrest, in het licht van de onderliggende feiten en de gevolgen van de bevindingen van het Hof van Justitie voor de classificatievraag, dat het Hof van Justitie vrij veel gewicht gaf aan de vraag

29. HvJ 16 juni 1998, zaak C-53/96, *Hermès International/FHT Marketing Choice BV*, ECLI:EU:C:2012:426 (hierna: *Hermès*); HvJ 14 december 2000, gevoegde zaken C-300/98 en C-392/98, *Parfums Christian Dior SA et al./Tuk Consultancy BV et al.*, ECLI:EU:C:2000:688 (hierna: *Dior/Tuk*), punt 47.

30. *Dior/Tuk*, punt 45.

31. *Dior/Tuk*, punt 47 (cursivering toegevoegd) en, voor een conclusie met dezelfde strekking, *Hermès*, punt 28.

32. HvJ 14 april 2011, gevoegde zaken C-288/09 en C-289/09, *BskyB and Pace/The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs*, ECLI:EU:C:2011:248 (hierna: *BSkyB*), punten 69 e.v.

33. *BSkyB*, punt 83.

34. In de WTO-praktijk wordt een panelrapport door het panel dat de zaak heeft behandeld openbaargemaakt en pas een aantal weken later formeel ‘aangenomen’ door het voltallige WTO Geschillenbeslechtsingsorgaan waarin alle WTO-lidstaten zitting hebben.

35. *BSkyB*, punt 40.

naar de ‘hoofd functie’ en ‘neven functie(s)’ van de betrokken producten. Dat was iets wat de Europese rechtspraak tot op dat moment veel minder gedaan had. Het lijkt er ook op dat het Hof van Justitie in aanmerking nam dat technologie zich in de loop der tijd ontwikkelt en dat dit bij de interpretatie van classificatieregels van belang is (met andere woorden, dat classificatiebepalingen niet zodanig nauw moeten worden uitgelegd dat technologische ontwikkelingen een verdrag als het ITA al snel van iedere daadwerkelijke betekenis beroven). Enigszins impliciet lijken het WTO-recht en de uitspraak in de *EC-IT Products*-zaak dus grote invloed te hebben gehad op de uitkomst in het *BskyB*-arrest.

Nog recenter paste het Hof van Justitie de ‘verdragsconforme interpretatie’ wederom toe in de prejudiciële beslissing in de zaak *Digitalnet OOD et al./Nachalnik na Miticheski punkt – Varna Zapad pri Minita Varna* (2012).<sup>36</sup> Het betrof alweer de ITA Overeenkomst, maar in deze zaak gaf interessant genoeg juist de Europese Commissie aan dat, haars inziens, de GN-toelichtingen terzijde moesten worden geschoven omdat zij een te strikte uitlegging gaven aan het begrip ‘modem’ als bedoeld in GN-post 8528 71 13. In dat kader wees de Commissie erop:

‘dat het WTO-panel in het kader van de geschillen WT/DS375/R, WT/DS376/R en WT/DS377/R tussen de Europese Unie en verschillende staten [met andere woorden, de *EC-IT Products*-zaak waarnaar ook hierboven al werd verwezen] het begrip “modem” ruimer heeft gedefinieerd dan de definitie die in de toelichtingen van 7 mei 2008 is vervat. De Commissie is dan ook van mening dat deze toelichtingen niet stroken met de tekst van de GN-posten en dat zij buiten beschouwing moeten worden gelaten bij de door de verwijzende rechter verlangde uitlegging’.<sup>37</sup>

Het Hof van Justitie volgde deze redenering ook, verwees in dat kader specifiek naar het rapport van het WTO-panel in de hierboven genoemde zaken, en herhaalde de conclusie dat aan overeenkomsten als de ITA weliswaar geen rechtstreekse werking toekomt, maar dat ‘volgens vaste rechtspraak geldt dat de voorrang van door de Unie gesloten internationale overeenkomsten op teksten van afgeleid recht gebiedt dat deze teksten voor zover mogelijk conform deze overeenkomsten worden uitgelegd’.<sup>38</sup>

Buiten de context van de WTO zelf volgt een soortgelijke nadruk op het belang van de ‘verdragsconforme interpretatie’ ook uit de nog weer recentere conclusie van advocaat-generaal Jääskinen van mei 2014 in de gevoegde zaken C-401/12 t/m C-403/12 (waarvan ik de uitspraak van het Hof van Justitie hierboven reeds

besprak). In die conclusie, die overigens het Verdrag van Aarhus betrof en niet de WTO-verdragen, nam Jääskinen de positie in dat de algemene regel dat de WTO-verdragen geen rechtstreekse werking hebben

‘niet de fundamentele regel in twijfel [trekt] dat de GATT en de WTO-overeenkomsten [en andere volkenrechtelijke verplichtingen van de EU, zoals het Verdrag van Aarhus] deel uitmaken van het gemeenschapsrecht en dus in beginsel de Gemeenschap binden. Zo zijn volgens het Hof de normen van de WTO (...) als integrerend deel van de communautaire rechtsorde, referentienormen bij de uitlegging van de handelingen van het Unierecht.’<sup>39</sup>

## ‘Impliciete Verdragsconforme Interpretatie’ (doorwerking van WTO-recht door de achterdeur)

Ten slotte is in dit kader nog van belang melding te maken van een eveneens nieuwe ontwikkeling waarin het Hof van Justitie, of een advocaat-generaal, weliswaar niet expliciet overgaat tot een ‘verdragsconforme’ interpretatie, maar dat op een meer impliciete wijze doet, met andere woorden, zonder dat het dit uitdrukkelijk aangeeft en zonder uitdrukkelijk te verwijzen naar het ‘verdragsconformiteitsbeginsel’. Tot op zekere hoogte gebeurde dit al in het *BskyB*-arrest dat hierboven werd besproken. Daarin werd naar bepaalde bevindingen van het WTO-panel immers niet uitdrukkelijk verwezen maar volgde het Hof van Justitie toch een vrijwel identieke redenering. Enkele jaren geleden was dit bovendien ook het geval in *Ikea Wholesale* (2007). Die zaak betrof de weigering van de autoriteiten in het Verenigd Koninkrijk om bepaalde antidumpingheffingen die tegen *Ikea Wholesale* in rekening waren gebracht terug te betalen. Ikea had daarom gevraagd nadat een WTO-rapport had geconcludeerd dat deze heffingen in strijd waren met bepalingen van het WTO-antidumpingverdrag.

In het *Ikea Wholesale*-arrest herhaalde het Hof van Justitie dat volgens vaste rechtspraak ‘de WTO-overeenkomsten (...) niet [behoren] tot de normen waaraan het

36. HvJ 22 november 2012, gevoegde zaken C-320/11, C-330/11, C-382/11, en C-383/11, *Digitalnet OOD*, ECLI:EU:C:2012:745, punten 25-48.

37. *Digitalnet OOD*, punt 36.

38. *Digitalnet OOD*, punt 39.

39. Opinie van A-G Jääskinen van 8 mei 2014 in gevoegde zaken C-401-403/12, *Raad, Europees Parlement en Europese Commissie/Vereniging Milieudéfensie e.a.*, ECLI:EU:C:2014:310, punt 44. Tot op zekere hoogte zou zelfs betoogd kunnen worden dat A-G Jääskinen in zijn opinie de deur wederom op een kier zette voor een andere, verdergaande vorm van doorwerking van (niet-)WTO-overeenkomsten in het kader van de wettelijkheidstoetsing van Europese regelgeving. Het Hof van Justitie zei daarover echter niets en ging ook in het kader van de toetsing aan het Verdrag van Aarhus niet verder in op de ‘verdragsconforme interpretatie’. Het concludeerde echter wel dat de specifieke bepalingen waarop klagers zich beriepen niet zodanig van aard waren dat daaraan rechten voor particulieren konden worden ontleend omdat ze niet duidelijk en onvoorwaardelijk genoeg waren. Het zou dus zeer goed kunnen dat diezelfde redenering, in ieder geval, ook een beroep op verdragsconforme interpretatie in de weg stond – hoewel het Hof van Justitie hierover verder niets zei.

Hof de wettigheid van handelingen van de gemeenschapsinstellingen toetst'.<sup>40</sup> Het *Ikea Wholesale*-arrest maakte bovendien duidelijk dat de *Fediol*-uitzondering niet opgaat wanneer de Gemeenschapswetgever wijziging in Europese regelgeving doorvoert op basis van een daaraan voorafgaande bevinding van het WTO Geschillenbeslechtsorgaan dat de bestaande regelgeving in strijd was met het WTO-recht (maar niet rechtstreeks naar die WTO-regels verwijst). Desondanks echter volgde het Hof van Justitie wel degelijk de redenering van het WTO Geschillenbeslechtsorgaan, maar zónder dat expliciet te zeggen. Via de achterdeur, en volledig impliciet, hield het Hof van Justitie dus rekening met de internationale verplichtingen van de Unie in het kader van de WTO en voorkwam het een verdergaande inbreuk op het WTO-recht die ongetwijfeld tot verdere WTO-geschillen had geleid.<sup>41</sup> Meer recent heeft een aantal advocaten-generaal een soortgelijke 'impliciete verdragsconforme interpretatie' eveneens gevolgd. Aldus refereerde bijvoorbeeld zowel advocaat-generaal Mengozzi als advocaat-generaal Bot in conclusies in het afgelopen jaar (2014) uitdrukkelijk naar uitspraken van het WTO-orgaan voor geschillenbeslechting (Dispute Settlement Body) ter ondersteuning van een bepaalde interpretatie van, respectievelijk, de woorden 'normale handelstransactie' en 'ontwijking' in Verordening (EG) nr. 1225/2009 (betreffende beschermende maatregelen tegen invoer met dumping).<sup>42</sup> Zij interpreteerden die woorden vervolgens op basis van of in ieder geval consistent met die uitspraken zonder dat expliciet te zeggen.<sup>43</sup> Hetzelfde geldt voor advocaten-generaal Cruz Villalón en Sharpston die allebei verwezen naar de zogeheten 'driestappentest' in de *Berner Conventie voor de Bescherming van Auteursrechten* in het kader van hun interpretatie van Richtlijn 2001/29/EG,<sup>44</sup> hoewel het Hof van Justitie die aanpak in de laatste van die twee situaties niet (hoefde) te volgen omdat de termijn voor omzetting van de relevante bepalingen van de richtlijn

ten tijde van het mogelijk inbreukmakend handelen nog niet was verstreken.<sup>45</sup>

## Conclusie en belang voor de praktijk

Al met al leidt een analyse van de rechtspraak tot de conclusie dat de 'verdragsconforme' interpretatie hoe langer hoe meer de belangrijkste ingang is voor het WTO-recht in de intra-Europese rechtsorde. Dat is met name het geval omdat daadwerkelijke rechtstreekse werking consistent is afgewezen door het Hof van Justitie, en omdat de wellicht onder juristen bekendere *Fediol*- en *Nakajima*-uitzonderingen slechts in een beperkt aantal situaties van toepassing zijn. De 'verdragsconforme interpretatie' is daardoor de belangrijkste manier geworden voor de Europese rechter om consistentie met het internationale publiekrecht – en dus een zo veel mogelijk harmonieuze toepassing van het Europese en internationale recht – voor zover mogelijk te waarborgen. Het Hof van Justitie lijkt aan die opdracht steeds vaker gehoor te geven. Binnen de Europese rechtsorde is dat bovendien een belangrijke manier om daadwerkelijk invulling te geven aan (thans) artikel 216 lid 2 VWEU, op basis waarvan de door de Unie gesloten internationale overeenkomsten verbindend zijn voor haar instellingen (dus inclusief het Hof van Justitie), en voorrang hebben boven de handelingen die zulke instellingen uitvaardigen.<sup>46</sup>

40. HvJ 27 september 2007, zaak C-351/04, *Ikea Wholesale Ltd./Commissioners of Customs & Excise*, ECLI:EU:C:2007:547, punten 29-30.

41. Zie in het bijzonder punten 54-57 van het arrest (waarin het Hof van Justitie de praktijk van 'zeroing' verwerpt als zijnde in strijd met het Unierecht. Deze interpretatie is volledig in lijn met de veroordeling van 'zeroing' door meerdere WTO-panels en het WTO Appellate Body in een reeks van zaken die Japan, Korea en de EU zelf in de loop der jaren hebben aangespannen tegen de Verenigde Staten (die eveneens gebruikmaakten van 'zeroing'). Zie bijvoorbeeld Panel Rapport, US – Zeroing, WT/DS294, en Appellate Body Report, US – Zeroing, WT/DS294/AB, beide aangenomen door de DSB op 9 mei 2006.

42. Conclusie van A-G Mengozzi van 17 juli 2014 in zaak C-393/13, *Raad/Alumina d.o.o.*, ECLI:EU:C:2014:2105, punten 27 en 38 en o.m. voetnoten 13, 15, 19, en 24; Conclusie van A-G Bot van 10 april 2014 in zaak C-21/13, *Simon, Evers & Co. GmbH/Hauptzollamt Hamburg Hafens*, ECLI:EU:C:2014:261, bijv. punt 10.

43. Het Hof van Justitie had in die zaken ten tijde van het finaliseren van deze bijdrage nog geen uitspraak gedaan.

44. Conclusie van A-G Cruz Villalón van 9 januari 2014 in zaak C-435/12, *ACI Adam BV e.a./Stichting de Thuiskopie*, ECLI:EU:C:2014:1, punt 72; Conclusie van A-G Sharpston van 24 januari 2013 in gevoegde zaken C-457, 458 en 460/11, *VG Wort/Canon en Fujitsu*, ECLI:EU:C:2013:34, punt 9.

45. HvJ 27 juni 2013, *VG Wort/Kyocera e.a.*, gevoegde zaken C-457/11 t/m C-460/11, ECLI:EU:C:2013:426, punt 29, en vgl. HvJ 10 april 2014, zaak C-435/12, *ACI Adam e.a.*, ECLI:EU:C:2014:254.

46. Zie in die zin gevoegde zaken C-401/12 t/m C-403/12, punt 52 en C-404/12 en C-405/12, punt 44; evenals HvJ 3 juni 2008, zaak C-308/06, *Intertanko e.a./Secretary of State for Transport*, ECLI:EU:C:2008:312, punt 42 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.