

Diensten van de Eerste Minister  
Wetenschappelijke, Technische en Culturele Aangelegenheden

•

Plan voor Wetenschappelijke Ondersteuning van een Beleid Gericht op Duurzame Ontwikkeling

•

Hefbomen voor een Beleid Gericht op Duurzame Ontwikkeling

---

**JURIDISCHE ASPECTEN VAN DE KEUZE INZAKE  
MILIEUBELEIDSINSTRUMENTEN VANUIT  
BELGISCH, EUROPEES EN INTERNATIONAAL PERSPECTIEF  
(CONTRACT DWTC HL/01/002)**

**DEEL III – HET INTERNATIONALE PERSPECTIEF**

---

Afgesloten op 31 augustus 2001

Prof. Dr. K. Deketelaere  
Dr. Geert Van Calster  
Jan Vanheule  
Kristof De Cock  
Gaëtan Verhoosel

•

Instituut voor Milieu- en Energierecht (IMER)  
Collegium Falconis  
Katholieke Universiteit Leuven

<b>4</b>	<b>JURIDISCHE ASPECTEN VAN DE KEUZE INZAKE MILIEUBELEIDSINSTRUMENTEN VANUIT INTERNATIONAAL PERSPECTIEF</b>	<b>4</b>
<b>4.1</b>	<b>Inleiding:</b>	<b>4</b>
<b>4.2</b>	<b>Vrijhandel en Leefmilieu:</b>	<b>4</b>
4.2.1	Algemeen:	4
4.2.2	Algemene principes van het internationale handelsrecht:	5
4.2.2.1	Geschiedenis en enkele termen:	5
4.2.2.2	Basisprincipes van het internationale handelsrecht	5
4.2.2.2.1	Het principe van de Meest Begunstigde Natie:	7
4.2.2.2.1.1	Doel en algemene aard van MBN behandeling:	7
4.2.2.2.1.2	'Soortgelijke producten':	7
4.2.2.2.2	Het principe van de 'nationale behandeling' inzake interne belastingen en reglementeringen:	8
4.2.2.2.3	Verbod op kwantitatieve handelsbelemmeringen:	11
4.2.2.2.4	De algemene uitzonderingen van Artikel XX:	12
4.2.2.2.5	Het WTO Committee on Trade and Environment	13
4.2.3	Bevoegdheidsverdeling met de Europese Unie:	14
4.2.3.1	Inleiding :	14
4.2.3.2	Rechtspraak van het Hof van Justitie die aan de Gemeenschap bevoegdheden toekent inzake externe betrekkingen:	15
4.2.3.3	Expliciete externe milieubevoegdheden: artikel 174(4)	15
4.2.3.4	Tussenkomst van artikel 133 EG – Milieumaatregelen met een handelsimpact:	16
4.2.3.5	Exclusieve bevoegdheden?	17
4.2.4	Handelsmaatregelen genomen naar aanleiding van multilaterale milieuaakkoorden:	17
4.2.4.1	Pijnpunten in MEAs ten opzichte van het internationale handelsrecht:	18
4.2.4.1.1	CITES:	18
4.2.4.1.2	Verdrag van Basel:	18
4.2.4.1.3	Verdragen van Wenen en Montreal:	19
4.2.4.2	Conceptuele aanpak van de WTO leden ten aanzien van het MEA vraagstuk:	20
4.2.4.3	Nood aan de verduidelijking van de relevante principes uit het internationale handelsrecht:	21
4.2.4.3.1	Algemeen:	21
4.2.4.3.2	Mogelijke opties voor verduidelijking van WTO standpunt ten aanzien van MEAs:	21
4.2.4.3.2.1	Een milieuvenster in artikel XX:	22
4.2.4.3.2.2	Specifieke vrijstelling ('waiver'):	24
4.2.4.3.2.3	De invoering van een 'troefkaart' in Artikel XX:	25
4.2.4.3.2.4	Een uitzondering zoals deze van GATT Artikel XX(h):	25
4.2.4.3.3	Geblokkeerde vooruitgang in het CTE.	26
4.2.4.3.4	Verbeterde opmaak van de MEAs:	26
4.2.4.3.5	Vermindering van spanningen door voorafgaandelijke evaluatie en door aanmelding.	27
4.2.5	Handelsmaatregelen genomen naar aanleiding van eenzijdige milieuaacties:	28
4.2.5.1	Inleiding:	28
4.2.5.2	GATT/WTO geschillenbeslechting van eenzijdige maatregelen:	28
4.2.5.2.1	De Tuna-Dolphin Panels:	28
4.2.5.2.1.1	Tuna/Dolphin I:	29
4.2.5.2.1.2	Tuna/Dolphin II:	30
4.2.5.2.2	United States Gasoline:	31
4.2.5.2.2.1	Panel beslissing:	32
4.2.5.2.2.2	Beroep bij de Appellate Body:	32
4.2.5.2.3	US shrimp/turtle:	33
4.2.5.2.3.1	Rapport van het Panel:	34
4.2.5.2.3.2	Beroep bij de Appellate Body:	35
4.2.5.2.4	Het Franse asbest verbod:	37

4.2.5.2.4.1	<a href="#">Rapport van het Panel. Toepasselijkheid van het TBT Akkoord:</a>	38
4.2.5.2.4.2	<a href="#">Beslissing van het AB:</a>	41
4.2.5.3	<a href="#">Conclusie inzake eenzijdige TREMs – Vingerwijzingen voor nationale maatregelen:</a>	43
4.2.5.3.1	<a href="#">Besluiten:</a>	43
4.2.5.3.2	<a href="#">Perspectieven voor een Millennium Ronde:</a>	44
4.2.5.3.3	<a href="#">Conclusie – Met onder andere een vergelijking met de EG:</a>	45
4.2.5.3.4	<a href="#">Positieve en negatieve integratie:</a>	47
4.3	<a href="#">Milieueffectenrapportering:</a>	49
4.4	<a href="#">Veiligheidsrapportering:</a>	51
4.5	<a href="#">Instrumenten van financiële steun:</a>	52
4.5.1	<a href="#">Inleiding en terminologie:</a>	52
4.5.2	<a href="#">Milieusubsidies:</a>	53
4.5.2.1	<a href="#">Het WTO Akkoord inzake subsidies en tegenmaatregelen:</a>	53
4.5.2.1.1	<a href="#">Het bestaan van een subsidie:</a>	53
4.5.2.1.2	<a href="#">Enkel “specifieke” subsidies worden geïmplementeerd:</a>	54
4.5.2.1.3	<a href="#">Drie soorten subsidies:</a>	55
4.5.3	<a href="#">“Eco-dumping”:</a>	57
4.5.3.1	<a href="#">Zwakke milieuwetgeving en/of zwakke afdwinging hiervan in het licht van de anti-dumping bepalingen van het WTO akkoord:</a>	57
4.5.3.2	<a href="#">Lakse milieureglementering en het SCM Akkoord:</a>	58
4.5.4	<a href="#">Conclusie:</a>	58
4.6	<a href="#">Internationaal milieustrafrecht. Convention sur la protection de l’environnement par le droit pénal:</a>	59
4.6.1	<a href="#">Inleidende beschouwingen: het Vlaamse milieustrafrecht:</a>	59
4.6.1.1	<a href="#">Het Vlaamse milieustrafrecht: een ongewild status quo:</a>	59
4.6.1.2	<a href="#">Het Vlaamse milieustrafrecht: quo vadis?:</a>	61
4.6.1.3	<a href="#">Het Vlaamse milieustrafrecht de lege ferenda en de delictomschrijvingen uit het Verdrag:</a>	63
4.6.2	<a href="#">Analyse van de strafbaarstellingen ex artt. 2, 3 en 4 van het Verdrag:</a>	65
4.6.2.1	<a href="#">Terminologische beschouwingen:</a>	65
4.6.2.2	<a href="#">Misdrijf ex art. 2, §1, a en art. 3, §1:</a>	66
4.6.2.2.1	<a href="#">Objectieve delictsbestanddelen:</a>	67
4.6.2.2.1.1	<a href="#">Verspreiding, emissie of inbreng van stoffen en ioniserende stralingen versus verontreiniging:</a>	67
4.6.2.2.1.2	<a href="#">Het strafrechtelijk relevante gevolg: ecologische rechtsgoederen versus menselijke integriteit:</a>	70
4.6.2.2.2	<a href="#">Subjectieve delictsinhoud:</a>	70
4.6.2.3	<a href="#">Misdrijf ex art. 2, §1, b en art. 3, §1 van het Verdrag:</a>	72
4.6.2.3.1	<a href="#">Objectieve delictsinhoud:</a>	72
4.6.2.3.1.1	<a href="#">Wederrechtelijke verspreiding, emissie of inbreng van stoffen en ioniserende stralingen:</a>	73
4.6.2.3.1.2	<a href="#">Het strafrechtelijk relevante gevolg:</a>	75
4.6.2.3.2	<a href="#">Subjectieve delictsinhoud:</a>	76
4.6.2.4	<a href="#">Overige misdrijven ex art. 2, §1 en art. 3 van het Verdrag:</a>	76
4.6.2.5	<a href="#">Abstracte gevaarzettingsdelicten:</a>	77

## **4 JURIDISCHE ASPECTEN VAN DE KEUZE INZAKE MILIEUBELEIDSINSTRUMENTEN VANUIT INTERNATIONAAL PERSPECTIEF**

### **4.1 INLEIDING:**

In het deel “Juridische aspecten van de keuze inzake milieubeleidsinstrumenten vanuit internationaal perspectief” wordt aandacht besteed aan de internationaalrechtelijke regels die moeten worden nageleefd bij de aanwending van de verschillende milieubeleidsinstrumenten. In tegenstelling tot delen I (België) en II (Europa) wordt niet elk milieubeleidsinstrument afzonderlijk behandeld. Voor een aantal milieubeleidsinstrumenten bestaan immers nog geen internationaalrechtelijke regels. De internationaalrechtelijke regelen inzake milieueffectenrapportering, veiligheidsrapportering, financiële steunverlening en internationaal strafrecht worden wel behandeld. Het leeuwedeel van deel III wordt evenwel besteed aan de vraag in welke mate de bekommernis het leefmilieu te beschermen beperkingen kan aanbrengen op de vrijhandel.

### **4.2 VRIJHANDEL EN LEEFMILIEU:**

#### **4.2.1 Algemeen:**

Het internationale handelsrecht krijgt een steeds grotere, soms directe, invloed op een groeiend aantal nationale rechtstakken. Net zoals onze juristen zich hebben moeten aanpassen aan het begrippenkader en procedurele implicaties van het Europese Gemeenschapsrecht, zo ook moet men er sinds de Uruguay akkoorden mee rekening houden dat het internationale handelsrecht de dagelijkse rechtspraktijk kan beïnvloeden.

Spanningen tussen nationale en/of internationale initiatieven in het kader van duurzame ontwikkeling, worden veelal aangeduid onder de noemer ‘Vrijhandel en Leefmilieu’. De centrale vraag van het Vrijhandel en Leefmilieu debat, is hoe een steeds verdergaande globalisering van de wereldhandel gepaard kan gaan met een blijvende of betere bescherming van het leefmilieu.

Het “Vrijhandel en Leefmilieu”-debat heeft zijn oorsprong in de jaren 80 van vorige eeuw. Het onderzoekt of het internationale handelsrecht plaats biedt voor de inschakeling van milieubekommernissen, dan wel of door de oorsprong van dit recht in een periode van relatief weinig milieuaandacht, de teksten ervan ‘besmet’ zijn en niet in staat om milieubekommernissen op te vangen. Een radicale stelling van milieueactivisten wijst de GATT/WTO in hun huidige vorm af als aanvaardbaar forum voor de oplossing van handelsconflicten die hun oorsprong vinden in milieuwetgeving van de Staten. Zij stellen voor ofwel om dit soort van conflicten toe te vertrouwen aan een andere internationale organisatie (nieuw op te richten dan wel door hervorming van bijvoorbeeld UNEP, het milieuprogramma van de VN), ofwel om aan de GATT/WTO een volledig nieuw hoofdstuk te hechten dat in het bijzonder zou handelen over de handelsrechtelijke impact van het milieurecht.

Zeker tengevolge van de *Tonijn/Dolfijn* zaken, is het debat in de loop van de jaren '90 vastgelopen in dogma. Milieuactivisten grepen deze zaken aan om de GATT af te schilderen als een vrijhandel Armageddon, waarin volledig legitieme milieubekommernissen niet opkunnen tegen economische belangen en macht. Ze verweten het GATT geschillenbeslechtingsmechanisme een compleet gebrek aan milieup expertise. Omgekeerd werd er door verdedigers van het internationale handelsrecht gehamerd op de leer van de vergelijkende voordelen en op de *rule of law* die koste wat kost moest worden instandgehouden.

## **4.2.2 Algemene principes van het internationale handelsrecht:**

### **4.2.2.1 *Geschiedenis en enkele termen:***

De WTO (thuisbasis: Genève) werd opgericht op 1 januari 1995. Het is de opvolger van het Algemeen Akkoord inzake Handel en Tarieven van 1947 ("GATT", opnieuw naar het Engels). GATT had als doel de geleidelijke vrijmaking van de handel in goederen, zowel via het oorspronkelijke akkoord van 1947 (met onder andere niet-discriminatie clausules), als via opeenvolgende Rondes van onderhandelingen. Het zwaartepunt van deze onderhandelingen waren telkens de verbintenissen die de Staten aangingen om de tarieven te verlagen die zij heffen op de invoer van de producten van de anderen.

Tijdens de laatste van de GATT onderhandelingsrondes, de 'Uruguay Ronde' 1986-1994, werd de WTO opgericht. De WTO heeft hetzelfde principiële doel als de GATT. Maar haar reikwijdte is veel omvangrijker. Het WTO Verdrag bestaat uit een amalgaam van afzonderlijke Verdragen, waaronder de *GATT* (nu in een aangepaste vorm) – GATT heeft betrekking op goederen; de *GATS*, het Algemeen Akkoord inzake Handel in Diensten ; *TRIPs*, dat betrekking heeft op intellectuele eigendom (copyright, handelsnamen, enz); het *TBT* akkoord, dat technische handelsbelemmeringen omvat (bijvoorbeeld productnormering); het akkoord inzake de landbouw; *TRIMs*, het akkoord inzake onderlinge investeringen; enz. Andere akkoorden, zoals bijvoorbeeld met betrekking tot de telecommunicatie, maken deel uit van het WTO kader maar zijn niet door alle WTO leden ondertekend.

### **4.2.2.2 *Basisprincipes van het internationale handelsrecht***

GATT Article I:

1. With respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation, and with respect to all matters referred to in paragraphs 2 and 4 of Article III, any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties. (...)

GATT Article III:

“1.The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges, and laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production.

2.The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products. Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1.”

**Interpretative note Ad III:2**

"A tax conforming to the requirements of the first sentence of paragraph 2 would be considered to be inconsistent with the provisions of the second sentence only in cases where competition was involved between, on the one hand, the taxed product and, on the other hand, a directly competitive or substitutable product which was not similarly taxed."

GATT Article III:4:

“The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the product.”

GATT Article XI:

“1. No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party.”

**Interpretative Note Ad Article XI**

“Note to Articles XI, XII, XIII, XIV and XVIII: Throughout Articles XI, XII, XIII, XIV and XVIII, the terms "import restrictions" or "export restrictions" include restrictions made effective through state-trading operations."

GATT Article XX:

"Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

- (a) necessary to protect public morals;
- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
- (c) relating to the importations or exportations of gold or silver;

- (d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trade marks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;
- (e) relating to the products of prison labour;
- (f) imposed for the protection of national treasures or artistic, historic or archaeological value;
- (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption’;
- (h) undertaken in pursuance of obligations under any intergovernmental commodity agreement which conforms to criteria submitted to the Members and not disapproved by them or which is itself so submitted and not so disapproved (...)
- (i) involving restrictions on exports of domestic materials necessary to ensure essential quantities of such materials to a domestic processing industry during periods when the domestic price of such materials is held below the world price as part of a governmental stabilisation plan; Provided that such restrictions shall not operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination;
- (j) essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply; Provided that any such measures shall be consistent with the principle that all contracting parties are entitled to an equitable share of the international supply of such products, and that any such measures, which are inconsistent with the other provisions of the Agreement shall be discontinued as soon as the conditions giving rise to them have ceased to exist. The Members shall review the need for this sub-paragraph not later than 30 June 1960.”

#### *4.2.2.2.1 Het principe van de Meest Begunstigde Natie:*

##### 4.2.2.2.1.1 Doel en algemene aard van MBN behandeling:

Naar internationaal publiek recht is een MBN clausele een voorziening in een Verdrag waarbij een Staat de verplichting op zich neemt om aan een andere Staat MBN behandeling te verlenen in een overeengekomen geheel van relaties.<sup>1</sup> MBN behelst een vergelijking tussen de behandeling van verschillende Staten door een enkel andere Staat. Het verschilt van ‘nationale behandeling’ (zie hieronder) in die zin dat het laatste de thuisstaat vergelijkt met andere Staten. De MBN clausele neergelegd in GATT Artikel I [de hier aangehaalde GATT Artikelen zijn opgenomen op het einde van de tekst] is een van de hoekstenen van het internationale handelsrecht. MBN wordt dikwijls beschouwd als de hefboom voor landen met economisch gezien een kleiner gewicht.

##### 4.2.2.2.1.2 ‘Soortgelijke producten’:

Enkel soortgelijke producten moeten gelijkaardig worden behandeld. De leden (‘contracterende partijen’ heetten ze in GATT termen) van de GATT hebben nooit een specifieke definitie van het begrip naar voren geschoven. Het spreekt voor zich dat de begripsbepaling doorslaggevend is bij de toepassing van de MBN clausele. Voor wat betreft de milieuproblematiek is de meest prangende vraag die van de zogenaamde ‘PPMs’ (Productieprocessen en –Methoden). Het gaat hierbij om producten die weliswaar, in hun afgewerkte staat, geen eigenschappen vertonen die

---

<sup>1</sup> Final draft articles of the International Law Commission (UN) on Most-Favoured-Nation clauses, A/33/192, 30 August 1978, opgenomen in 17 ILM 1518 (1978).

schadelijk zijn voor het leefmilieu, maar die tijdens het productieproces en omwille van de gebruikte productiemethode, schade toebrengen aan het leefmilieu. Zijn producten verschillend omdat ze met verschillende PPMs zijn tot stand gebracht, ook al is het resultaat hetzelfde? Een andere vraag in verband met gelijkheid van producten, die bij de milieupolitiek een rol speelt, is of er een onderscheid kan worden gemaakt waar de consument dit voorstaat omwille van milieuoverwegingen. Is een product verschillend omdat de consument van mening is dat het verschillende milieukwaliteiten vertoont?

Tijdens de besprekingen in de voorbereidende fase van GATT 1947, werd aangehaald dat het begrip 'soortgelijke producten' verschillende betekenissen heeft binnen de context van de verschillende artikelen waarbinnen het in de GATT voorkomt. Het voorbereidende comité zelf achtte het niet nodig om de term specifiek te definiëren en suggereerde dat het de voorkeur verdiende om het concept te bestuderen eens het Akkoord in werking trad. In de praktijk werden er door GATT en WTO Panels de volgende elementen weerhouden om ten aanzien van twee producten te besluiten tot gelijksoortigheid: classificatie in de douanetarifiering van de betrokken Staten; het eindgebruik van een product; smaken en gebruiken van de consument; en, vooral, de fysische eigenschappen van het product.

Voor de milieuproblematiek betekent dit halsstarrig vasthouden aan de notie van de fysische eigenschappen, dat binnen de context van Artikel I van de GATT (maar evenzeer voor wat betreft Artikel III, zie verder), er door de Staten geen onderscheid mag worden gemaakt op basis van de PPMs van de betrokken producten. Wanneer dus een Staat actie wil ondernemen tegen producten die met een milieuvriendelijke PPM zijn vervaardigd, verschuift het debat *ipso facto* binnen de huidige GATT praktijk naar de algemene uitzonderingen van GATT's Artikel XX (zie verder).

#### *4.2.2.2 Het principe van de 'nationale behandeling' inzake interne belastingen en reglementeringen:*

Het principe van de 'nationale behandeling', neergelegd in Artikel III van de GATT, is een noodzakelijke aanvulling op het MBN principe van Artikel I, en op de tariefverminderingen waartoe de Staten zich verbinden tijdens opeenvolgende onderhandelingsrondes. De algemene bedoeling van Artikel III is om protectionisme te voorkomen door de ongelijke toepassing van interne discriminatie en andere nationale reglementeringen.<sup>2</sup> Eens een product gededouaneerd, moet het op gelijke wijze worden behandeld als een 'gelijksoortig' nationaal product.

Artikel III:1 bevat het algemene principe, Artikel III:2 en 4 zijn daarvan toepassingen. De rechtspraak inzake deze artikelen is nogal complex en het is niet dienend om er hier in detail op in te gaan. De lezer zal vermoeden dat ook hier een centrale vraag is wat er wordt bedoeld met 'soortgelijke producten'. Het antwoord op deze vraag is met name uitermate belangrijk bij de beoordeling van milieubelastingen.

De Volkenbond, de voorloper van de Verenigde Naties, omschreef de term 'soortgelijke producten' als 'praktisch identiek',<sup>3</sup> maar deze uitleg geeft onvoldoende zekerheid. Bovendien is

---

<sup>2</sup> Report of Appellate Body on Japan - Taxes on Alcoholic beverages, WT/DS8, 10, 11/AB/R, Hoofding F.

<sup>3</sup> Report of Panel on EEC - Programme of minimum import prices (MIPs), licences, and surety deposits for certain processed fruits and vegetables, BISD 25S/68 (1978), at 3.27 and 4.12.



het natuurlijk niet zeker of de oorspronkelijke GATT onderhandelaars de bedoeling hadden om de Volkenbond interpretatie over te nemen als de hunne. Een zeer belangrijke rol in de discussie over 'soortgelijke producten' wordt gespeeld door het rapport van een werkgroep van 1970 aangaande 'Border Tax Adjustment' (BTA).<sup>4</sup> BTA heeft betrekking op het verzekeren van de 'fiscale neutraliteit' van producten die de grens oversteken, door het terugbetalen door de thuisstaat van in die Staat op het product geheven belastingen, en het opleggen door diezelfde Staat op de ingevoerde producten van de belastingen die in de Staat op de 'thuis' producten worden geheven. Dit alles om de concurrentiepositie van binnenlandse producten niet in het gedrang te brengen (bij niet-terugbetaling en/of niet-oplegging loopt het betrokken product immers kans om in het internationale handelsverkeer verschillende malen te worden belast).

Het rapport van deze werkgroep concludeerde onder andere dat de notie 'soortgelijke producten' moet worden onderzocht op casuïstische basis. Hierbij werd er de nadruk op gelegd dat de context van de verschillende artikels belangrijk is. In het geval van Artikel III is het in dit verband vanzelfsprekend belangrijk dat er binnen hetzelfde artikel ook gesproken wordt van "directly competitive or substitutable product" (Interpretatieve Noot bij Artikel III:2). Deze toevoeging heeft een uitdrukkelijk doel. Het beoogt de Lid-Staten ervan te weerhouden om de verkoop van nationale producten te bevoordelen die onderling verwisselbaar zijn met het ingevoerde product. Veronderstel bijvoorbeeld dat land A van land B een verminderd douanetarief heeft verkregen voor sinaasappels. *"Now country B after that can proceed to put an internal duty of any height at all on oranges, seeing that it grows no oranges itself. But by putting on that very high duty on oranges, it protects the apples which it grows itself. The consequence is that the binding duty which country A has secured from country B on its oranges is made of no effect, because in fact the price of oranges is pushed up so high by this internal [tax] that no one can buy them."*<sup>5</sup>

'Soortgelijke producten' is dus in ieder geval een minder omvangrijke categorie dan 'directly competitive or substitutable'.

GATT rechtspraak neemt aan dat het begrip 'soortgelijke producten' suggereert dat opdat twee producten als zodanig kunnen worden beschouwd, ze, behalve soortgelijke toepassingsmogelijkheden, ook in essentie dezelfde fysieke kenmerken moeten vertonen.<sup>6</sup> In de praktijk hebben GATT Panels bij de interpretatie van het begrip in de context van Artikel III, dezelfde criteria toegepast als bij Artikel I: soortgelijke fysieke kenmerken, veelal gelijklopende classificatie in douanetarieven, en de perceptie door de consument dat het gaat om soortgelijke producten.<sup>7</sup> Hierbij moet worden opgemerkt dat geen van deze criteria op zichzelf volstaat in een bepaald geval. Zo zal bijvoorbeeld de houding van de consument om twee producten als niet soortgelijk te beschouwen omwille van de traditie en cultuur in het betrokken land, niet

---

<sup>4</sup> Report of the 1970 Working Party on Border Tax Adjustments, BISD 18S/97 (1972), at 18.

<sup>5</sup> Debat in Commission A in the Geneva Session of the Preparatory Committee of GATT, EPCT/A/PV/9, p.7, geciteerd in *Guide to GATT Law and Practice*, Geneva, 1995, (2 vol.), Vol.1, p.159.

<sup>6</sup> Report of Panel on Japan - Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8-10-11/R (1996).

<sup>7</sup> Report of Panel on Japan - Customs duties, taxes and labelling practices on imported wines and alcoholic beverages, BISD 34S/83 (1987), at 5.6; Appellate Body Report on Japan - Taxes on alcoholic beverages, WT/DS8, 10, 11/AB/R, at p.18-19; Report of Panel on Canada - Certain measures concerning periodicals, WT/DS31/R (1997), at 5.22.

voldoende zijn om te besluiten dat er geen gelijksoortigheid is waar de producten zijn vervaardigd op basis van dezelfde grondstoffen.<sup>8</sup>

Nogal belangrijk in de Vrijhandel en Leefmilieu context is de zogenaamde ‘aim and effect’ test. In essentie komt de test neer op de vraag of het “so as to afford protection to domestic production” criterium moet worden betrokken bij de bepaling van de gelijksoortigheid van producten. Sommige Panels hebben deze stelling onderschreven.<sup>9</sup> Het 1992 Panel inzake *US Alcoholic & Malt Beverages* was van oordeel dat Artikel III de Staten er niet van weerhoudt om een onderscheid te maken tussen producten op basis van beleidsdoeleinden die geen uitstaans hebben met de bevoordeling van de binnenlandse productie.<sup>10</sup>

*“The Panel recognised that the treatment of imported and domestic products as like products under Article III may have significant implications for the scope of obligations under the General Agreement and for the regulatory autonomy of contracting parties with respect to their internal tax laws and regulations: once products are designated as like products, a regulatory product differentiation, e.g. for standardisation or environmental purposes, becomes inconsistent with Article III even if the regulation is not “applied ... so as to afford protection to domestic production”. In the view of the Panel, therefore, it is imperative that the like product determination in the context of Article III be made in such a way that it not unnecessarily infringe upon the regulatory authority and domestic policy options of contracting parties.”<sup>11</sup>*

Een gelijkaardige redenering werd gevolgd door het 1994 (niet aangenomen)<sup>12</sup> Panelrapport inzake *US - Taxes on automobiles*,<sup>13</sup> maar werd expliciet verworpen door het 1996 Panel inzake *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages*. In beroep verwierp het Appellate Body niet expliciet de aim and effect test,<sup>14</sup> maar hintte wel in die richting. Het Panel en AB rapport inzake *Reformulated and Conventional Gasoline*<sup>15</sup> hielden wel een duidelijke afkeur in van de test, net zoals het *Bananas* rapport.<sup>16</sup>

Staten zijn vanzelfsprekend begaan met de concurrentiepositie van hun nationale productie. In het geval zij de nationale productie aan belastingen onderwerpen, beogen zij gelijkaardige

---

<sup>8</sup> Report of Panel on Japan - Customs duties, taxes and labelling practices on imported wines and alcoholic beverages, noot 7 hierboven, at 5.7.

<sup>9</sup> Net als de voormalige directeur van de GATT juridische dienst: zie ROESSLER, F, 'Diverging domestic policies and multilateral trade integration', in BHAGWATI, J.N., en HUDEC, R.E., (eds.), *Fair Trade and Harmonisation - Prerequisites for Free Trade? Vol.2 - Legal analysis*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 1996, (492p.), (59-94) 29-31.

<sup>10</sup> Report of Panel on United States - Measures affecting alcoholic and malt beverages, BISD 39S/206 (1992), at 5.25.

<sup>11</sup> *Ibidem*, at 5.72.

<sup>12</sup> Onder het vroegere GATT systeem moest een rapport unaniem (inclusief door de ‘verliezende’ partij) worden goedgekeurd om te zijn aangenomen; het huidige WTO systeem leidt tot automatische aanvaarding tenzij er consensus is om het rapport af te keuren.

<sup>13</sup> Report of Panel on United States - Taxes on automobiles, (1994, niet aangenomen), at 5.10, opgenomen in 33 *ILM* (1994), 1399.

<sup>14</sup> ZEDALIS, R.J., 'Product v. Non-Product Based Distinctions in GATT Article III Trade and Environment Jurisprudence: Recent Developments', *European Environmental Law Review*, 1997, (108-112) 111.

<sup>15</sup> Report of Panel on United States - Standards for Reformulated and Conventional gasoline, WT/DS2/10 (1996), at 6.11.

<sup>16</sup> AB-1997-3 (EC- bananas), at 215-216.

belastingen op te leggen aan de goederen die in het land worden ingevoerd. Om dezelfde reden wensen zij de belasting terug te storten voor de goederen die uit het land worden uitgevoerd. Het schijnbaar onwrikbare standpunt met respect tot deze ‘fiscale aanpassing aan de grenzen’ [Border Tax Adjustment – BTA] en de verenigbaarheid ervan met de GATT, legt de nadruk op het onderscheid tussen directe en indirecte belastingen. Belastingen die op de producten zelf worden geheven (‘indirecte belastingen’), zijn in deze optiek vatbaar voor BTA; belastingen die niet direct op producten worden geheven (‘directe belastingen of dikwijls *‘taxes occultes’* genoemd) komen niet voor BTA in aanmerking. Dit is gebaseerd op de nu ongetwijfeld voorbijgestreefde veronderstelling dat directe belastingen niet worden doorgesluisd naar de consument en indirecte belastingen wel.

Dit ‘onwrikbare standpunt’ is vervat in het eindrapport van de werkgroep van 1970 inzake BTA.<sup>17</sup> Na grondig onderzoek van de antecedenten van deze werkgroep, van haar mandaat en van de besprekingen tussen de leden ervan, blijkt echter dat de werkgroep het met name haar taak achtte een stand van zaken te geven van de Statenpraktijk en van de gangbare interpretatie door de GATT leden, van de relevante artikelen van het akkoord. Het rapport zelf definieert de conclusies duidelijk als een momentopname en suggereerde de instelling van een permanente BTA commissie om de BTA praktijk van de Staten te bespreken. Tijdens de besprekingen bleek ook dat er een niet onaanzienlijk aantal leden was dat het onderscheid direct/indirect als litmus test voor de aanvaardbaarheid voor BTA verwierp.

Tezamen met de conclusie dat bij de bepaling van ‘soortgelijke producten’ geen onderscheid mag worden gemaakt aan de hand van PPMs, is ook de conclusie dat geen BTA mogelijk is voor directe belastingen, een serieuze domper voor milieubelastingen. Wat voor de analyse van het Vrijhandel en Leefmilieu debat echter nog belangrijker is, is de totale verstarring die in het BTA debat is ontstaan ten gevolge van het rapport van de werkgroep. De analyse van de auteur toont aan dat er, mits een aantal waarborgen, geen reden is om onderscheid op basis van PPMs noch BTA voor directe belastingen radicaal te verwerpen. Daar wordt hieronder nog op teruggekomen. Een recent rapport van de WTO Appellate Body heeft wellicht eindelijk afbreuk gedaan aan de quasi-dogmatische status van het 1970 rapport van de werkgroep (zie de bespreking hieronder van de *Asbest* zaak).

#### 4.2.2.2.3 *Verbod op kwantitatieve handelsbelemmeringen:*

GATT Artikel XI verbiedt alle kwantitatieve handelsbelemmeringen. Dit omvat alle soorten maatregelen die worden ingesteld of instandgehouden door een lidstaat en die een verbod of een belemmering inhouden van de in- of uitvoer, met uitzondering van douanerechten, belastingen en retributies (die vallen immers onder andere Artikelen).<sup>18</sup> Of er al of niet ook handel belemmerd wordt, is irrelevant, nu het de bedoeling is om de handelsverwachtingen van de Staten te beschermen.

Het belangrijkste twistpunt inzake Artikel XI is de afbakening met Artikel III (zie hieronder). Eens uitgemaakt is dat Artikel XI van toepassing is wordt echter normalerwijze niet echt betwist

---

<sup>17</sup> Noot 4 hierboven.

<sup>18</sup> Zie Report of Panel on EEC - Programme of minimum import prices (MIPS), licences, and surety deposits for certain processed fruits and vegetables, BISD 25S/68 (1978), at 4.9.

dat het ook geschonden is; in de praktijk verplaatst de discussie zich dan nogal snel naar de toepassing van Artikel XX (de algemene uitzonderingen; zie hieronder).

Begrenzing met Artikel III:

Vermits de inleidende zin bij Artikel III duidelijk maakt dat een maatregel niet noodzakelijk moet worden beschouwd als een invoerbeperring omdat ze wordt uitgevoerd en gecontroleerd aan de grens, moet worden uitgemaakt of een concrete maatregel onder het toepassingsgebied van Artikel III dan wel Artikel XI valt. Deze beslissing is van groot belang. Artikel XI verbiedt immers op algemene wijze kwantitatieve belemmeringen van in -en uitvoer. Artikel III:4 en de interpretatieve nota bij Artikel III, maken daarentegen duidelijk dat een Staat interne reglementeringen kan toepassen op ingevoerde producten op voorwaarde dat de betrokken maatregel voldoet aan de voorwaarden van Artikel I:1 (MBN), III:1 (geen toepassing waardoor bescherming wordt verleend aan binnenlandse productie) en III:4 (geen behandeling die minder gunstig is dan deze van gelijksoortige producten van nationale oorsprong).

De meest omvattende bespreking van het onderscheid Artikel III/XI had plaats in de (niet aangenomen) *Tonijn/Dolfijn* rapporten. Deze betroffen de toepassing door de VS van haar Marine Mammal Protection Act (MMPA) op de invoer van tonijn vanuit Mexico. De VS verboden de invoer van tonijn waarvan het vond dat het op een ‘dolfijn-onvriendelijke’ methode werd gevangen (door het gebruik van bepaalde vangtechnieken die een onevenredig groot aantal dolfijnen doodde). Mexico argumenteerde dat de maatregelen een verboden invoerbelemmering waren in de zin van Artikel XI, terwijl de VS pareerden dat de maatregelen vielen onder Artikel III en met de voorwaarden van dat artikel in overeenstemming waren.

Op basis van een tekstuele analyse van de betrokken Artikelen en onder verrijzing naar o.a. een aantal vorige zaken en het hierboven vermelde rapport van de BTA werkgroep (1970), concludeerde het Panel dat de MMPA bepalingen geen productnormen kunnen zijn. Bijgevolg kunnen zij niet vallen onder Artikel III:4 en maken zij een verboden belemmering uit in de zin van Artikel XI.

#### *4.2.2.2.4 De algemene uitzonderingen van Artikel XX:*

GATT's artikel XX is bedoeld om te verzekeren dat de bepalingen van de GATT de Leden van de WTO niet hinderen in het nastreven van de binnenlandse beleidsdoeleinden die in het Artikel zijn opgenomen. Onder die doeleinden ook de bescherming van het leven en het welzijn van de mens, dier en plant, net als de bescherming van het voortbestaan van uitputtelijke natuurlijke grondstoffen. De toepassing van Artikel XX is in essentie afhankelijk van een noodzakelijkheidstest (waarvan de striktheid verschilt per sub-paragraaf; in sommige gevallen leidt dit tot een absolute noodzakelijkheidstest, in andere gevallen is een oorzakelijk verband tussen de maatregel en het nagestreefde beleidsdoel voldoende). Bovendien onderwerpt de inleidende zin bij Artikel XX de betrokken nationale maatregelen aan een niet-discriminatie test en aan een test van afwezigheid van verborgen handelsbelemmeringen.

Het belang van Artikel XX in de sector van de Vrijhandel en Leefmilieu is zeer groot. Met name de restrictieve interpretatie, door de Tonijn/Dolfijn Panels, van Artikel III van de GATT, leidden er *de facto* toe dat de Leden van de WTO blijkbaar de hoop hebben opgegeven om een Panel

ervan te overtuigen dat er wel degelijk heel wat maatregelen zijn die in onder andere Artikel III kunnen worden ingepast, zonder naar de noodrem van Artikel XX te moeten grijpen.

Het weze opgemerkt dat Artikel XX van het GATT akkoord iets biedt wat bijvoorbeeld in de EG context onbestaande is. Het EG Verdrag voorziet wel in uitzonderingen per titel en/of in bijzondere Artikels (wat ook in de GATT, naast het algemene uitzonderingsregime van Artikel XX bestaat), maar kent geen algemeen uitzonderingsregime zoals dat van Artikel XX.

#### *4.2.2.2.5 Het WTO Committee on Trade and Environment*

Binnen de WTO werd een *Committee on Trade and Environment* opgericht dat tot taak kreeg een breed scala van Vrijhandel en Leefmilieu problemen te analyseren en zo nodig oplossingen aan te reiken aan de WTO Ministeriele Conferentie. Het Comité nam de volgende Agenda aan, die is gebaseerd op de bewoordingen van de Marrakesh Ministeriele Verklaring aangaande Vrijhandel en Leefmilieu:<sup>19</sup>

1. De verhouding tussen het multilateraal vrijhandel regime en handelsmaatregelen met milieudoelinden, inclusief deze ten uitvoerlegging van multilaterale milieukoorden;
2. De verhouding tussen onderdelen van het milieubeleid met een relevantie voor zowel milieu- als handelsmaatregelen enerzijds, en het multilateraal vrijhandel regime;
3. De verhouding tussen het multilateraal vrijhandel regime en
  - (a) heffingen en belastingen voor milieudoelinden;
  - (b) productvereisten opgelegd voor milieudoelinden, inclusief productnormen en technische voorschriften, verpakking, etikettering en recyclage;
4. De voorzieningen van het multilateraal vrijhandel regime met betrekking tot de doorzichtigheid van handelsmaatregelen opgelegd voor milieudoelinden en van milieumaatregelen met een belangwekkende impact op de handelsstromen;
5. De verhouding tussen de geschillenbeslechtingsmechanismen van het multilateraal handelsregime en deze die bestaan in multilaterale (milieu)akkoorden;
6. De invloed van milieumaatregelen op de toegang tot de markt, in het bijzonder wat betreft de ontwikkelingslanden en met name de minst ontwikkelde onder hen, en de milieuvoordelen die de verwijdering van handelsbelemmeringen oplevert;
7. De uitvoer van goederen die op de binnenlandse markt zijn verboden;
8. De handelsaspecten van intellectuele eigendom (TRIPs);
9. Diensten;
10. Gepaste maatregelen inzake de verhoudingen met NGOs, en toegang tot informatie.

In de navolgende hoofdstukken worden een aantal van de hierboven vermelde thema's verder uitgespit. Hierbij wordt uitgegaan van de relevantie van de verschillende voormelde thema's voor het specifieke onderzoeksvoorwerp van deze studie. Met andere woorden, de volgende hoofdstukken bieden geen volledig overzicht van de Vrijhandel en Leefmilieu problematiek op zich, doch in het bijzonder deze onderdelen ervan die een relevantie hebben op beleidsgebieden waarvoor België bevoegd is en/of ook actief een beleid kan voeren.

---

<sup>19</sup> Vrije vertaling uit het Engels.

In dit verband is met name de bevoegdheidsverdeling met de Europese Unie van bijzonder belang.<sup>20</sup> In het kader van de bevoegdheidsverdeling in de Europese Gemeenschap, heeft de Europese Commissie voor wat betreft de handelsimpact van MEAs, in ieder geval het laken naar zich toe getrokken.

### **4.2.3 Bevoegdheidsverdeling met de Europese Unie:**

#### **4.2.3.1 Inleiding :**

De aanwezigheid van de Europese Unie op het internationale niveau is vanzelfsprekend zeer zichtbaar. Politiek gezien is het een domein dat tot de nodige strubbelingen leidt – op juridisch niveau is er bovendien sprake van een redelijk ingewikkeld kluwen van bevoegdheden. De moeilijkheden in dit verband gaan terug op een basiskenmerk van elk optreden van de Unie. Zoals bekend hebben de Lid-Staten aan de Unie een deel van hun soevereiniteit overgedragen. De bevoegdheden van de Unie zijn beperkt tot deze uitdrukkelijke soevereiniteitsoverdracht (met de correctie van de impliciete bevoegdheden – ook in Belgische context natuurlijk niet onbekend). Wil een van de Gemeenschappen of de Unie optreden op een bepaald domein, dan moet er in de Verdragen een duidelijke rechtsgrond te vinden zijn die aan de Unie deze bevoegdheid geeft. In juridische terminologie wordt deze overweging aangeduid als de problematiek van de rechtsgrondslag.

Belangrijk is bovendien dat het vinden van zo een artikel in het Verdrag niet enkel bepaalt dat de Gemeenschap überhaupt kan optreden – de rechtsgrondslag bepaalt tegelijkertijd ook de wetgevende procedure die hierbij moet worden gevolgd (inclusief bijvoorbeeld de aard van de inbreng van het Europese Parlement en de stemmingsprocedure die in de Raad van Ministers moet worden gevolgd). De rechtsgrondslag bepaalt tevens of deze bevoegdheid exclusief is dan wel gedeeld met de Lid-Staten (hierover verder meer).

De problematiek van de rechtsgrondslag heeft zeer zeker een hoogtepunt gekend in de sector van de externe betrekkingen. Op dit ogenblik zijn er twee mogelijke toegangspoorten voor EG-actie in het domein van de externe milieubetrekkingen. De eerste is gebaseerd op rechtspraak van het Hof van Justitie en diende als rechtsgrondslag in de periode van voor de aanwezigheid van een specifieke milieutitel in het Verdrag. De tweede is gebaseerd op specifieke verwijzingen naar

---

<sup>20</sup> Zie met name DEMARET, P., 'Environmental Policy and Commercial Policy: The Emergence of Trade-Related Environmental Measures (TREMs) in the External Relations of the European Community', in MARESCEAU, M. (ed.), *The European Community's Commercial Policy after 1992: The Legal Dimension*, Deventer, Kluwer, 1993, 315-399; DEMARET, P., 'Trade-related environmental measures (TREMs) in the external relations of the European Community', in CAMERON, J., DEMARET, P., en GERADIN, D. (eds.), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, London, Cameron May, 1994, p.277-332; JANS, J.H., *European Environmental Law*, Den Haag, Kluwer, 1995, (388 p.) p.67-88; KOVAR, R., 'Les compétences implicites: jurisprudence de la Cour et pratique communautaire', in DEMARET, P., (ed.), *Relations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, Brugge, College of Europe/Story, 1988, 15; LEENEN, A.T.S., 'Participation of the EEC in International Environmental Agreements', *Legal Issues of European Integration*, 1984, 93-111; LENAERTS, K., en VAN NUFFEL, P., *Europees Recht in Hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1995, (736p.) No.757-766; RAUX, J., 'Le recours à l'article 235 du Traité CEE en vue de la conclusion d'accords externes', in *Etudes de droit des Communautés européennes. Mélanges offerts à P.-H. Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, 407.

externe milieubevoegdheden. In dit verband is het echter van in den beginne belangrijk om op te merken dat de komst van de tweede rechtsgrondslag de eerste niet overbodig heeft gemaakt.

#### **4.2.3.2 *Rechtspraak van het Hof van Justitie die aan de Gemeenschap bevoegdheden toekent inzake externe betrekkingen:***

De afwezigheid van een specifieke rechtsgrondslag voor externe bevoegdheden (met uitzondering van de externe handelspolitiek; hierover verder meer) bedreigde reeds snel na de creatie van de Gemeenschap de efficiëntie ervan. Dit heeft het Hof van Justitie ertoe aangezet om rechtspraak te ontwikkelen die uiteindelijk neerkomt op een (gemilderd) parallellisme tussen interne en externe bevoegdheden.<sup>21</sup>

Het Hof heeft voor de Gemeenschap externe bevoegdheden toegekend – naast deze die in het Verdrag op expliciete wijze worden toegewezen – op twee manieren.

Om te beginnen, na een reeks van niet altijd even verhelderende adviezen, besloot het Hof in 1993 dat in het algemeen, wanneer het Gemeenschapsrecht aan de Instellingen de bevoegdheid toekent om binnen de Gemeenschap maatregelen te nemen om een bepaald doel te bereiken, de Gemeenschap bijgevolg ook de bevoegdheid heeft om deze internationale relaties op te bouwen als nodig zijn om dat doel te bereiken, ook al is er geen expliciete verwijzing daartoe in het Verdrag.<sup>22</sup> Deze rechtspraak houdt een bevoegdheidstoekenning in zowel in het geval de Gemeenschap reeds effectief interne wetgeving heeft opgesteld met betrekking tot het betrokken beleidsdomein,<sup>23</sup> als waar de externe politiek enige interne actie voorafgaat.<sup>24</sup>

Vervolgens voorziet artikel 308 van het verdrag “*Indien een optreden van de Gemeenschap noodzakelijk blijkt om, in het kader van de gemeenschappelijke markt, een der doelstellingen van de Gemeenschap te verwezenlijken zonder dat dit Verdrag in de daartoe vereiste bevoegdheden voorziet, neemt de Raad met eenparigheid van stemmen op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement de passende maatregelen.*” De Raad heeft aan deze ‘impliciete bevoegdheden’ een externe component verbonden en het Hof heeft dit erkend. Het is belangrijk om op te merken dat artikel 308 enkel tot externe bevoegdheden kan leiden wanneer er geen andere Verdragsartikel is dat op expliciete wijze een interne bevoegdheid aan de Gemeenschap toekent (zie het verschil met de vorige paragraaf). Dit is een niet onbelangrijke toevoeging in het licht van de procedure.

In de praktijk is het zo dat de Raad vaak het externe optreden van de Gemeenschap grondt op een combinatie van een bepaald Verdragsartikel tezamen met artikel 308.

#### **4.2.3.3 *Expliciete externe milieubevoegdheden: artikel 174(4)***

---

<sup>21</sup> LENAERTS, K., en VAN NUFFEL, P., *Europees Recht in Hoofdpijnen*, Antwerpen, Maklu, 1995, (736p.) No.759 (p.622).

<sup>22</sup> Advies 2/91 van het Hof van 19 Maart 1993, *Re Convention No.170 of the International Labour Organisation*, [1993] Jur. I-1061, r.o. 7.

<sup>23</sup> Vb. Arrest van 31 maart 1971, *Commissie t Raad (re ERTA)*, [1971] Jur. 273.

<sup>24</sup> Vb. Advies 1/76 van 26 april 1977 *Re Laying-up fund*, [1977] Jur. 754.

Artikel 174(4) EG voorziet *“In het kader van hun onderscheiden bevoegdheden werken de Gemeenschap en de lidstaten samen met derde landen en de bevoegde internationale organisaties. De nadere regels voor de samenwerking van de Gemeenschap kunnen voorwerp zijn van overeenkomsten tussen de Gemeenschap en de betrokken derde partijen, waarover wordt onderhandeld en die worden gesloten overeenkomstig artikel 300.”*

Dit artikel brengt in de praktijk een volledige parallel tot stand tussen de externe en de interne bevoegdheid van de Gemeenschap op het gebied van het leefmilieu. De Gemeenschap kan artikel 174(4) enkel invoeren voor extern optreden, voorzover het hiermee de doeleinden dient van de Europese milieupolitiek, zoals die in dat artikel verder zijn gespecificeerd.

De Gemeenschap kan enkel een partij worden bij een internationaal Verdrag ter bescherming van het leefmilieu, wanneer dit Verdrag expliciet voorziet dat Statengemeenschappen zoals de EG partij kunnen worden. De meeste Verdragen hebben nu zulke standaardclausule die, hoewel in theorie open voor toepassing *in abstracto*, in de praktijk met name is gericht op de EG. De Verdragen die bij de pinken zijn vereisen van zulke Statengemeenschappen ook dat ze aan de andere Verdragspartijen en aan het Secretariaat van het Verdrag duidelijk laten weten welke de respectieve bevoegdheden zijn van de Gemeenschap en de leden ervan.

#### **4.2.3.4 Tussenkoms van artikel 133 EG – Milieumaatregelen met een handelsimpact:**

*“1. De gemeenschappelijke handelspolitiek wordt gegrond op eenvormige beginselen met name wat betreft de tariefwijzigingen, het sluiten van tarief en handelsakkoorden, het eenvormig maken van liberalisatiemaatregelen, de uitvoerpolitiek, alsmede de handelspolitieke beschermingsmaatregelen, waaronder de te nemen maatregelen in geval van dumping en subsidies.*

*2. De Commissie doet aan de Raad voorstellen voor de tenuitvoerlegging van de gemeenschappelijke handelspolitiek.*

*3. Indien moet worden onderhandeld over akkoorden met een of meer staten of internationale organisaties, doet de Commissie aanbevelingen aan de Raad, die haar machtigt de vereiste onderhandelingen te openen.*

*De Commissie voert deze onderhandelingen in overleg met een speciaal comité~, door de Raad aangewezen om haar daarin bij te staan, en binnen het raam van de richtsnoeren welke de Raad haar kan verstrekken.*

*De relevante bepalingen van artikel 300 zijn van toepassing.*

*4. Bij de uitoefening van de bevoegdheden welke hem bij dit artikel zijn verleend, besluit de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen.*

*5. De Raad kan met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, besluiten de toepassing van de leden 1 tot en met 4 uit te breiden tot internationale onderhandelingen en overeenkomsten betreffende diensten en intellectuele eigendom, voor zover deze niet onder die leden vallen.”*

Artikel 133 EG (het vroegere artikel 113) geeft de Gemeenschap exclusieve bevoegdheden voor het voeren van het ‘Gemeenschappelijk handelsbeleid’. Deze bevoegdheid is van groot belang in de dagdagelijkse politiek van de Gemeenschap en wordt gekoesterd door de Commissie, met name omdat het hier gaat om een exclusieve bevoegdheid. Zoals hierboven opgemerkt, is de



keuze van de rechtsgrondslag een bepalend ogenblik voor elk optreden van de Gemeenschap. De reikwijdte van artikel 133 neemt hierbij een bijzondere plaats in.

De Commissie heeft steeds de voorkeur gehad aan wat in het jargon de ‘instrumentele’ benadering van artikel 113 wordt genoemd. Dit betekent dat alle wetgeving die handelsinstrumenten gebruikt, met name deze die in het artikel zelf worden genoemd, op artikel 133 moet worden gegrond, ongeacht het doel van deze wetgeving, met andere woorden ongeacht of deze wetgeving gericht is op het totstandbrengen van een gemeenschappelijke handelspolitiek. De Raad daarentegen heeft een meer teleologische aanpak gevolgd, die erop neerkomt dat het loutere gebruik van een handelsinstrument volgens haar niet volstaat om het optreden te kunnen baseren op artikel 133. Waar bijvoorbeeld het opzet van de wetgeving duidelijk gericht is op milieubescherming, verkiest de Raad artikel 174 als rechtsgrondslag.

De aanpak van het Hof van Justitie kan wellicht het beste als ‘objectief’ worden aangeduid (met name in de “Chernobyl-I” Zaak). Het Hof argumenteert dat als een maatregel, in het licht van haar doestellingen en inhoud zoals die blijken uit de bepalingen zelf van de maatregelen, bedoeld is om de handel tussen de Lid-Staten en derde landen te reglementeren, dat deze maatregel dan moet worden gebaseerd op artikel 133 EG, ook al voorziet het in een aantal bepalingen met betrekking tot bijvoorbeeld milieubescherming. Wat milieubescherming in het bijzonder betreft, vond het Hof steun in haar aanpak in het integratiebeginsel, reeds behandeld in andere hoofdstukken. Het Hof argumenteert dat het integratiebeginsel onder andere erop neerkomt dat een optreden van de Gemeenschap niet *ipso facto* moet worden beschouwd als een milieumaatregel louter en alleen omdat het met milieuoverwegingen rekening houdt.<sup>25</sup>

#### **4.2.3.5 Exclusieve bevoegdheden?**

De externe bevoegdheid van de Gemeenschap is in de praktijk slechts in twee gevallen exclusief. Om te beginnen verleent artikel 133 EG, zoals vermeld, aan de Gemeenschap de exclusieve bevoegdheid om een gemeenschappelijke handelspolitiek te voeren. Vervolgens, in het licht van de parallel die door het Hof wordt getrokken tussen de interne en externe bevoegdheid van de Gemeenschap althans op een aantal domeinen., zal extern optreden van de Lid-Staten verboden zijn waar de interne bevoegdheid van de Gemeenschap exclusief is. In de praktijk zal dit met name het geval zijn waar het harmoniserend optreden van de Gemeenschap ‘exhaustief’ is. Dit is echter zelden het geval op het domein van de milieubescherming. In dit verband kan worden verwezen naar de bespreking van de Verdragsartikelen inzake de milieuwaarborg. Met andere woorden, in het licht van de bepalingen zelf van artikel 174 EG en in het licht van de rechtspraak van het Hof inzake de parallel tussen interne en externe bevoegdheden, is het zelden zo dat er door de Gemeenschap exclusief kan worden opgetreden in de externe milieupolitiek, behalve in het uitzonderlijke geval dat het optreden van de Gemeenschap is gebaseerd op artikel 133 EG.

#### **4.2.4 Handelsmaatregelen genomen naar aanleiding van multilaterale milieuakkoorden:**

Een volgend pijnpunt is natuurlijk de verhouding tussen multilaterale milieuakkoorden (‘MEAs’, naar de Engelse benaming Multilateral Environmental Agreements) en het internationale

---

<sup>25</sup> Arrest in Zaak C-62/88, *Griekenland t Raad*, [1990] Jur. I-1545.

handelsrecht. Om milieutechnische redenen komen de Partijen bij Verdragen als CITES (de Conventie inzake internationale handel in bedreigde dieren- en plantensoorten, 1973), Bazel (het Verdrag inzake de grensoverschrijdende overbrenging van gevaarlijke afvalstoffen en hun verwijdering, 1989) en Wenen/Montreal (bescherming van de ozonlaag, 1985-87) vaak maatregelen overeen die een belemmering van de handel inhouden. Het vergunningenstelsel van CITES en Bazel, verbodsbepalingen om handel in de betrokken producten te drijven met niet-Verdragsstaten (vooral in Bazel), de manier waarop Montreal consumptie in de gereguleerde substanties reglementeert (met een indirecte weerslag op de handel in de betrokken stoffen) etc., is in verscheidene opzichten strijdig met het internationale handelsrecht.

#### **4.2.4.1 *Pijnpunten in MEAs ten opzichte van het internationale handelsrecht:***

##### **4.2.4.1.1 *CITES:***

CITES heeft een uitgebreid vergunningsregime, dat de verschillende soorten planten en dieren onderverdeeld in drie bijlagen; opname in een van de bijlagen hangt af van de graad van bedreiging waarmee de betrokken soort wordt geconfronteerd. Sommige soorten zijn onderhevig aan een quota regime. In- en uitvoervergunningen voor soorten die zijn opgenomen in de bijlagen, zijn onderhevig aan een afweging van de betrokken Staten die in grote mate afhankelijk is van milieuoverwegingen (soortenbeheer).

De verenigbaarheid van dit regime met het internationale handelsrecht is op zijn minst gezegd twijfelachtig. Bij effectief conflict zal de houding van het betrokken WTO Panel in ieder geval een grote rol spelen. Het meest kwetsbare aan het Verdrag zijn natuurlijk de maatregelen ten opzichte van niet-Verdragsstaten. Een en ander zal afhangen van de houding van het betrokken WTO Panel en de AB (mocht het inderdaad ooit tot een procedure voor de WTO komen). Het lijkt echter weinig waarschijnlijk dat een Panel een eventueel geschil zou oplossen in de context van GATT artikel III; dat zou immers vereisen dat het, bijvoorbeeld, met uitsterven bedreigde soorten in land X, beschouwd als zijnde niet gelijk aan dezelfde vogelsoort in land Y, waar het niet bedreigd is. Dit betekent dat zulke conflicten wellicht zullen worden beslecht op basis van GATT artikel XX. Dit regime bevat een aantal drempels en voorwaarden die CITES niet lijkt te zullen halen. Zo bijvoorbeeld lijkt de voorwaarde van noodzakelijkheid (het minste belemmerend voor de handel) zoals neergelegd in artikel XX(b) enkel haalbaar mocht het Panel redeneringen adopteren op basis van natuurbeheer. Dit is wellicht onzeker, doch niet uit te sluiten, vermits de WTO Understanding on dispute settlement, en de benadering door het AB zeer duidelijk de niet-isolationistische benadering van het nieuwe geschillenbeslechtsmechanisme onderstrepen. Wat betreft de voorwaarden van de inleidende zin van GATT artikel XX, deze zou duidelijk minder problemen opleveren voor CITES mocht het CITES Secretariaat, onder impuls van de Verdragspartijen, specifieke richtlijnen uitvaardigen voor wat betreft minstens een deel van de vage verplichtingen die in het Verdrag vervat liggen.

##### **4.2.4.1.2 *Verdrag van Basel:***

Het Verdrag van Basel is eveneens kwetsbaar. Het absolute verbod op handel met niet-Verdragsstaten, is gedoemd om bij een eventuele betwisting de test van artikel XX niet te doorstaan, in het bijzonder de inleidende zin van dat artikel, gezien gelijkaardige handel onder de

Verdragspartijen wel wordt toegestaan. Het Verdrag staat weliswaar Partijen toe om akkoorden te sluiten met niet-Verdragsstaten, waardoor het Basel regime *ad hoc* op de betrokken handel van toepassing wordt. In zulke gevallen bestaan er dezelfde oprispingen als voor de handel tussen Verdragspartijen, die als volgt kunnen worden samengevat: In die gevallen waar er een absoluut invoerverbod bestaat tengevolge van de actie van een Basel Verdragsstaat, is artikel XI van de GATT geschonden. Wordt invoer toegestaan en zijn enkel bepaalde operaties verboden of beperkt, dan is een verenigbaarheid met GATT artikel III in principe mogelijk, op voorwaarde dat de gelijkaardige binnenlandse activiteiten aan dezelfde beperkingen zijn onderworpen. Is beroep op artikel XX noodzakelijk, dan is het zeer waarschijnlijk dat een WTO Panel enige sympathie zal vertonen voor mogelijke prangende afvalproblemen in de Staat van invoer. Het verbod op uitvoer van afval dat niet op milieuhygiënische wijze zal worden verwerkt in het land van bestemming is zeer waarschijnlijk in strijd met de inleidende zin van artikel XX, gezien de Verdragsstaten totnogtoe hebben nagelaten enige richtlijnen uit te vaardigen omtrent wat moet worden verstaan onder ‘milieuhygiënisch verantwoord afvalbeheer’. De blinde toepassing van de beslissing om de uitvoer te verbieden van gevaarlijk afval naar niet-OECD Staten is in ieder geval bijna zeker gedoemd om niet door de GATT-beugel te kunnen.

#### *4.2.4.1.3 Verdragen van Wenen en Montreal:*

De invoerbeperkingen die gepaard gaan met de controle op de internationale handel in producten die schadelijk zijn voor de ozonlaag zijn moeilijk verdedigbaar voor de WTO, gezien de afwezigheid van handelssancties tussen de Verdragsstaten. Hetzelfde geldt voor de exportzijde. Handelsbeperkingen tussen de Verdragsstaten zijn enkel indirect, wat een beroep op artikel XX lijkt uit te sluiten, in het bijzonder in het licht van de inleidende zin van dat artikel. In het algemeen is een beroep op de uitzonderingsclausule van GATT Artikel XX en op het uitzonderingsregime van andere akkoorden (waaronder het TBT en SPS akkoord) niet altijd evident bij deze akkoorden. Dit is onder andere het gevolg van de vaagheid van de handelsbelemmeringen die in het akkoord zijn ingebouwd. Zelfs wanneer ze worden gespecificeerd door beslissingen van de vergaderingen der partijen, laten de in deze Verdragen opgenomen voorwaarden voor het verlenen van vergunningen en het toelaten van de vrije handel, te veel oncontroleerbare ruimte aan de Partijen zelf. Dit opent de weg naar arbitraire discriminatie wat, zoals hierboven aangehaald (bij Artikel XX), onaanvaardbaar is voor het internationale handelsrecht. De betrokken Verdragen zouden m.a.w. wellicht makkelijker in het internationale handelsrecht kunnen worden ingepast, mochten de Verdragspartijen het vergunningen- en uitzonderingsregime specificeren door duidelijke instructies en voorwaarden.

Tijdens lange discussies, ondersteund door een batterij rapporten, voorstellen en analyses, werden in het CTE verschillende opties onderzocht om MEAs formeel in de teksten te kunnen inschuiven. Dit ging van kleine tekstuele wijzingen aan GATT Artikel XX, tot het toevoegen van een aparte sub-paragraaf, al dan niet gepaard gaand met een officiële verklaring van de Leden. Met name de EG stak zeer veel energie in het proberen te aanvaarden van een van haar voorstellen (de toevoeging van een sub-paragraaf en de opstelling van een set Richtlijnen). Gezien de eigenlijke vooralsnog beperkte omvang van het probleem, lijkt het wenselijker om gebruik te maken van een bestaand instrument in het WTO akkoord om aan dit soort situaties het hoofd te bieden, namelijk de techniek waarbij de Leden beslissen om een bepaalde situatie die strijdig lijkt met het internationale handelsrecht, van de werking daarvan vrij te stellen (Artikel

IX:3 van het WTO akkoord). Zulke vrijstelling vereist de goedkeuring met een drie/vierden meerderheid van alle WTO leden. Deze aanpak heeft o.i. serieuze voordelen.

Om te beginnen is de mogelijkheid van de vrijstelling reeds in het WTO akkoord ingebouwd. Dit in tegenstelling tot andere routes, zoals de toevoeging van een sub-paragraaf, die een wijziging van de akkoorden vereisen. De wijziging van de akkoorden is problematisch, nu er een aantal Leden is die systematisch elke suggestie van wijziging afwijzen. Het vinden van een voldoende aantal leden voor de vrijstelling lijkt anderzijds een niet al te grote opgave, daar zoals opgemerkt de betrokken Verdragen sowieso een groot aantal Verdragspartijen hebben.

Vervolgens is het gebruik van deze techniek het beste aangepast aan de ware omvang van het probleem. Hoewel zoals vermeld de MEA problematiek symbool is komen te staan voor het Vrijhandel en Leefmilieu debat op zich, zijn er zoals eveneens vermeld nog geen eigenlijke geschillen uit voort gekomen. Het lijkt beter de aandacht, tijd en energie te concentreren op problemen die wel tot specifieke conflictsituaties hebben geleid, zoals de problematiek van de eenzijdige maatregelen (zie hieronder). De vrijstellingstechniek wordt hieronder verder besproken.

#### **4.2.4.2 Conceptuele aanpak van de WTO leden ten aanzien van het MEA vraagstuk:**

De kwestie van de MEAs heeft in het CTE grote aandacht genoten. Dit is te verklaren door de grote symbolische waarde van het conflict. De betrokken milieuverdragen hebben dikwijls immers minstens evenveel Verdragspartijen als de WTO en elke opinie vanuit de WTO die een afkeuring van de Verdragen inhoudt, wordt onmiddellijk geïnterpreteerd als ondemocratisch en zelfs blind kapitalistisch. Deze symbolische spanning is veel belangrijker dan de eigenlijke Verdragspraktijk, nu er bij het geschillenbeslechtsmechanisme nog geen enkel formeel conflict is aangebracht tussen een MEA en de GATT/WTO.

In het kader van GATT 1947 werden ongeveer 250 formele geschillenbeslechtsprocedures bij een GATT Panel aanhangig gemaakt. Slechts 10 daarvan hadden betrekking op een milieukwestie (*sensu stricto*), waarvan geen enkele met betrekking tot MEAs. Desalniettemin is er een klaarblijkelijk potentieel aan conflicten, wat moge blijken uit het feit dat elk van de tien voormelde geschillen voorkwam na 1980.<sup>26</sup> Bovendien wordt de ontwikkeling van internationale milieukoorden aangemoedigd als een gevolg van de scherpe kritiek die overal wordt geuit op unilaterale initiatieven. Hierdoor neemt ook de kans toe op een formeel conflict tussen zulke MEAs en het internationale handelsrecht. Vervolgens zijn er ook enige aanwijzingen dat de huidige onzekerheid met betrekking tot de verhouding tussen MEAs en de GATT/WTO op zichzelf een ontmoediging is voor het gebruik van handelsmaatregelen in nieuwe milieukoorden.<sup>27</sup>

De Statengemeenschap heeft op duidelijke wijze haar wil te kennen gegeven om oplossingen te zoeken om de wettigheid van MEAs te verzekeren, zelfs als zij gebruik maken van

---

<sup>26</sup> PETERSMANN, E.-U, *International and European Trade and Environmental Law after the Uruguay Round*, London, Kluwer, 1995, 167 p.; [PETERSMANN 1995], p. 5.

<sup>27</sup> CHARNOVITZ, S., 'Exploring the environmental exceptions in GATT Article XX', *Journal of World Trade*, 1991, No.5, 37-55 [CHARNOVITZ 1991] 164.

handelsmaatregelen. Deze aanpak is natuurlijk beïnvloed door de reeds vermelde negatieve houding ten aanzien van unilaterale initiatieven. Gezien deze eenzijdige maatregelen door de WTO leden worden afgewezen, is er consensus dat internationaal overeengekomen principes moeten worden ontwikkeld teneinde “*guide the use of trade measures within the context of MEAs while avoiding protectionism and disruptions of the trading system*”.<sup>28</sup> Het CTE noteerde in haar rapport van 1996 dat “*the CTE endorses and supports multilateral solutions based on international co-operation and consensus as the best and most effective way for governments to tackle environmental problems of a transboundary or global nature. WTO Agreements and (MEAs) are representative of efforts of the international community to pursue shared goals, and in the development of a mutually supportive relationship between them due respect must be afforded to both*”.<sup>29</sup>

De milieuinstrumenten die zijn overeengekomen in het kader van de Rio akkoorden vertonen een gelijkaardige voorkeur voor multilaterale akkoorden.

#### **4.2.4.3 Nood aan de verduidelijking van de relevante principes uit het internationale handelsrecht:**

##### *4.2.4.3.1 Algemeen:*

Afgezien van de zeer specifieke tekstvoorstellen die bijvoorbeeld door de EG werden gedaan (zie hieronder) lijkt er in ieder geval nood te zijn aan verduidelijking van een specifiek aantal bepalingen in het GATT akkoord die betrekking hebben op aspecten van het Vrijhandel en Leefmilieu debat. Zo bijvoorbeeld verbiedt de inleidende zin van artikel XX niet op absolute wijze enige discriminatie tussen landen waar dezelfde omstandigheden gelden – het verbiedt deze discriminatie enkel in de gevallen dat zij arbitrair is, of ongerechtvaardigd. De praktijk van de GATT en WTO heeft totnogtoe nagelaten duidelijke aanwijzingen te geven van wat er moet worden verstaan onder "arbitrair" en "ongerechtvaardigd". In alle MEAs waar hierboven kort naar werd verwezen, is de discriminatie die voortvloeit uit het verbod tot in- of uitvoer van of naar niet-Verdragsstaten, een direct gevolg van de niet naleving, door deze Staten, van een geheel van regels waarover door de Verdragsstaten overeenkomst werd bereikt. In de mate dat minstens een aantal van deze afspraken (niet bijvoorbeeld het concept ‘milieuhygiënisch verantwoorde verwerking’ uit het Basel Verdrag) kunnen worden beschouwd als internationaal overeengekomen PPMs, moet door de WTO worden uitgemaakt of zij verhinderen dat enige discriminatie moet worden beschouwd als ‘arbitrair’ of ‘ongerechtvaardigd’, of dat zij bijvoorbeeld ertoe kunnen leiden dat de betrokken Staten moeten worden beschouwd als landen waar *niet* dezelfde omstandigheden gelden. Het is ons oordeel dat dit een afweging is die niet kan worden gemaakt door de geschillenbeslechtinginstanties van de WTO. O.i. moet hierover conceptueel een beslissing worden genomen op het niveau van de Leden zelf van de organisatie.

##### *4.2.4.3.2 Mogelijke opties voor verduidelijking van WTO standpunt ten aanzien van MEAs:*

---

<sup>28</sup> Joint Report of the OECD Environment Policy Committee and the Trade Committee to the OECD Council at Ministerial Level, 23-24 mei 1995, COM/ENV/TD (95) 48.

<sup>29</sup> Report (1996) of the Committee on Trade and Environment (World Trade Organisation), PRESS/TE014, 18 november 1996, par.171.

In totaal werden er met name in de CTE vier opties naar voren geschoven om het GATT/WTO standpunt ten aanzien van MEAs te verduidelijken:<sup>30</sup> de invoering van een ‘milieuvenster’ in artikel XX, door de expliciete erkenning van milieubescherming als een gerechtvaardigd beleidsdoel; de klassieke route van de specifieke ‘vrijstelling’ (‘waiver’) voor de betrokken MEAs; de invoering van een ‘troefkaart’ in artikel XX; en/of de invoering van een uitzondering in artikel XX, gelijkaardig aan artikel XX(h).

#### 4.2.4.3.2.1 Een milieuvenster in artikel XX:

De meest populaire suggestie om zulk venster in te voegen is via het uitbrengen van een gezaghebbende interpretatie door de Ministeriele Conferentie en de Algemene Raad van de WTO, zoals voorzien door artikel IX:2 van het WTO akkoord. Het voordeel van deze aanpak is zeer duidelijk dat het een precies kader zou aanbieden aan de onderhandelaars van MEAs. Anderzijds zou het duidelijk een opdracht zijn van serieuze omvang om algemene criteria te ontwikkelen die op alle MEAs van toepassing zouden kunnen zijn. Bovendien hebben de Leden van de WTO benadrukt dat er geen sprake kan van zijn dat zulke interpretatie de rechten en verplichtingen van de Leden, zoals vastgelegd in het GATT akkoord, zou beïnvloeden. In het algemeen zeggen de meer kritische stemmen dat een *ex ante* aanpak, zoals in zulke verklaring, er niet mag toe leiden dat de uitzonderingen van artikel XX breder worden toegepast, vermits dit de dreiging van protectionistische maatregelen enkel zou doen toenemen. De EG zijn een sterke voorstander van de route van de collectieve interpretatie. In een document van 1992, verzonden aan de *EMIT Group*<sup>31</sup> zette de EG allereerst haar visie uiteen op de elementen die noodzakelijk zijn voor een interpretatie; vervolgens ging het ook in op een aantal overwegingen in verband met het concept zelf van een ‘MEA’.

#### Het 1992 voorstel van de EG – De interpretatie van artikel XX en de inleidende zin.

De EG stelde om te beginnen voor dat om het even welke interventie in het MEA debat, moet onderstrepen dat milieubescherming valt binnen de beleidsdomeinen waarvoor op grond van artikel XX om uitzondering kan worden gevraagd van de normale GATT regels. De EG suggereerde hierbij dat het geen voorstander is van de eenvoudige invoering van ‘de bescherming van het leefmilieu’ in artikel XX. Dit zou immers de indruk kunnen doen ontstaan dat eenzijdige maatregelen ter bescherming van het leefmilieu door de GATT zondermeer worden getolereerd, wat zeker niet de EG’s bedoeling is. Vervolgens legde de EG bijzondere nadruk op de implicaties van de inleidende zin bij artikel XX; voor de EG is het cruciaal na te gaan of de betrokken landen zelf dezelfde milieubeschermingsregels hebben aangegaan als zij opleggen aan derde Staten. Het verwees in dit verband onder andere als GATT-compatibel naar de clause in een aantal van de betrokken MEAs die voorzien dat wanneer niet-Verdragsstaten maatregelen aannemen die worden beschouwd als zijnde equivalent aan wat het Verdrag zelf oplegt, deze niet-Verdragsstaten voor de toepassing van het Verdrag kunnen worden beschouwd als Verdragsstaten. Vervolgens suggereerde de EG, onder verwijzing naar het verbod op verborgen handelsbelemmeringen, dat de inleidende zin van artikel XX zou zijn geschonden wanneer zou blijken uit de context waarin de maatregel is ingevoerd, of uit haar toepassing, dat

<sup>30</sup> PETERSMANN 1995, p.42 *et seq.*

<sup>31</sup> Submission from the European Community to the GATT EMIT group of 17 November 1992 on *The GATT and The Trade provisions of MEAs*, TRE/W/5.

het doel van de maatregel of het effect ervan is dat bescherming aan binnenlandse producenten wordt verleend waar dit *niet* strikt noodzakelijk is om de betrokken milieudoelinden te bereiken. De EG suggereerde vervolgens dat dit wellicht zelden het geval zal zijn bij MEAs. Dit moet o.i. worden genuanceerd: hierboven werd immers reeds gesignaleerd dat MEAs veelal aan Verdragsstaten een grote manoeuvreerruimte laten zelfs bij de toepassing van essentiële onderdelen van het Verdrag. In zulke gevallen is het gevaar voor protectionistische maatregelen echt niet denkbeeldig. In verband met de 'noodzakelijkheidstest' schoof de EG twee volgens haar essentiële overwegingen naar voren. Om te beginnen gaf het aan voorstander te zijn van de 'minst handelsbelemmerende' test als veruitwendiging van de voorwaarde van de noodzakelijkheid. Vervolgens benadrukte het echter dat het niveau van bescherming zelf (of het nu milieubescherming is dan wel bijvoorbeeld bescherming van de volksgezondheid) zoals dat wordt verkozen door een lid van de WTO, *niet* ter discussie mag staan in WTO geschillenbeslechting. Dit in tegenstelling tot de stellingname van andere Leden, die een meer proactieve houding verwachten van de panels en het Appellate Body. Dit zou de milieukeuzes zelf van de betrokken MEAs aan meer onderzoek onderwerpen. Zij dringen erop aan dat handelsmaatregelen in MEAs enkel aanvaardbaar zijn wanneer er duidelijke wetenschappelijke aanduidingen zijn dat het gebruik van zulke maatregelen effectief noodzakelijk en efficiënt is om de betrokken milieudoelinden te bereiken. Zij verhoppen ook de inschakeling van kosten/baten analyse als een bijzondere verwoording van de proportionaliteitstest.

#### Enkel werkelijk *multilaterale* overeenkomsten:

De EG onderstreepte dat een bijzondere uitzondering onder het regime van artikel XX enkel zou kunnen worden toegestaan voorzover de Verdragen waarvoor een uitzondering wordt gevraagd, ook werkelijk multilateraal zijn. Het schoof in dit verband de volgende criteria naar voren:

- (1) Het verdrag moet zijn onderhandeld onder de hoede van de VN (of een van haar gespecialiseerde agentschappen, zoals de UNEP), ofwel moeten de onderhandelingen op gelijke wijze openstaan voor alle WTO leden;
- (2) Het Verdrag moet openstaan voor latere toetreding door GATT Partijen volgens voorwaarden die gelijkaardig zijn aan diegene die van toepassing zijn op de oorspronkelijke partijen bij het Verdrag;
- (3) Als het gaat om een Verdrag dat regionale milieuproblemen behandelt, mag het geen handelsmaatregelen toepassen op landen die buiten deze regio vallen.

De EG ging ook in op de vraag naar de graad van participatie in het akkoord. Het gaf in dit verband aan dat de WTO niet in een positie zit om ten aanzien van een milieuakkoord te bepalen welke graad van participatie nodig is om het akkoord werkelijk te kunnen beschouwen als zijnde multilateraal. Anderzijds is de handelsimpact van de akkoorden natuurlijk wel een kapstok waaraan de WTO haar bevoegdheid kan ophangen; gezien deze handelsaspecten gaf de EG aan dat er enkel een positieve beoordeling kan gegeven worden aan deze MEA vanuit de WTO, in het geval de graad van participatie voldoende representatief is in functie van met name de producten die door het Verdrag aan banden worden gelegd. Dit verwijst naar de 'kwantitatieve' beoordeling van de deelnemingsgraad, een afweging die moeilijk te maken is door de WTO leden. De EG besteedt in het algemeen dan ook meer aandacht aan het kwalitatieve element (in verband met toegankelijkheid etc.; zie hierboven). Dit onderdeel van de EG interventie kon in ieder geval rekenen op brede steun van de WTO leden. De meest gehoorde aanvulling was dat wellicht moet worden overwogen of als criterium wordt toegevoegd dat de betrokken MEAs

rekening houden met de specifieke noden van de ontwikkelingslanden, en/of dat landen in verschillende stadia van ontwikkeling bij het Verdrag partij moeten zijn.

#### 4.2.4.3.2.2 Specifieke vrijstelling ('waiver'):

Een vrijstelling van GATT verplichtingen zou moeten worden toegestaan overeenkomstig artikel IX:3 van het WTO akkoord. Gezien het feit dat de meest in het oog lopende MEAs een groot aantal Verdragsstaten kent, zou de  $\frac{3}{4}$  meerderheid van WTO leden die voor een vrijstelling noodzakelijk is, wellicht geen grote problemen moeten opleveren. De aard van een vrijstelling daarentegen zou van dit instrument misschien een minder goede oplossing maken (zie hieronder).

Artikel IX:3 vereist, net zoals haar voorganger in het GATT akkoord, "uitzonderlijke omstandigheden" vooraleer een vrijstelling kan worden toegekend. Gezien het feit dat aan dit concept in het akkoord geen inhoudelijke invulling is gegeven, betekent dat het verkrijgen van een vrijstelling erop aan komt om zoveel als mogelijk leden van het gelijk te overtuigen. Van groot belang in deze oefening is de doorzichtigheid van de betrokken maatregelen en van de motivering die erachter steekt. Het '*Understanding in respect of waivers of obligations under the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*' vereist dat de verzoeken tot vrijstelling of tot verlenging van de vrijstelling de maatregelen omschrijft die het Lid beoogt te nemen, de specifieke beleidsdoeleinden die hiermee gepaard gaan, en de redenen die het Lid verhinderen om deze doeleinden na te streven zonder dat het aan zijn GATT verplichtingen kan voldoen.

Binnen het CTE werden een aantal voordelen van de vrijstellings-aanpak naar voren geschoven. Wellicht de meest belangrijke hieronder is de overweging dat de oplossing via vrijstelling, op maat gesneden zou zijn van de eigenlijke omvang van de problematiek. Zoals reeds opgemerkt heeft de GATT en nu ook de WTO tot op heden nog geen enkele klacht behandeld inzake de handelsbepalingen van een MEA. Het gebruik van vrijstellingen zou met andere woorden een gepast antwoord zijn op een probleem dat enige spanningen veroorzaakt maar nog niet heeft geleid tot specifieke conflicten. Bovendien zou de vrijstelling garanderen dat het werkelijke multinationale karakter van een MEA op specifieke basis wordt beoordeeld. Als een MEA inderdaad internationale consensus geniet, ziet me niet in hoe het geen brede steun zou kunnen genieten onder WTO leden. Vervolgens zou de vrijstellingsaanpak ook het beste tegemoet komen aan de klassieke GATT structuur en ratio. GATT/WTO wordt over het algemeen gezien als flexibel, die toelaat dat andere dan handelsdoeleinden effectief kunnen worden gerealiseerd in een combinatie van tolerantie en voorwaarden, zonder het evenwicht tussen GATT/WTO rechten en verplichtingen te storen. Tenslotte werd opgemerkt dat door de vrijstellingsprocedure de waarde van de GATT/WTO continue zou worden onderstreept, vermits elk WTO lid bij elke vrijstelling een rol speelt.

De vrijstelling heeft ook nadelen. Zo bijvoorbeeld is een vrijstelling essentieel slechts een tijdelijke maatregel. Dit blijkt zeer duidelijk uit de bepalingen van Artikel IX:4 van het WTO akkoord, dat elke vrijstelling van meer dan een jaar moet worden geëvalueerd door de Ministeriele Conferentie niet later dan een jaar nadat de vrijstelling is toegestaan. Deze evaluatie bekijkt of de uitzonderlijke omstandigheden waarvoor de vrijstelling per definitie is toegestaan, nog effectief bestaan, en of de voorwaarden die aan de vrijstelling verbonden zijn, worden nageleefd. Milieuproblemen daarentegen vereisen het soort van oplossingen op lange termijn die



best niet worden geconfronteerd met een jaarlijkse mogelijke intrekking en/of herziening van GATT/WTO verenigbaarheid.

Het verlenen van een vrijstelling maakt vervolgens de betrokken WTO leden niet immuun voor desgevallende actie door andere leden van de WTO. De voorzieningen van GATT artikel XXIII inzake ‘nullification or impairment’ blijven gelden, ook na de vrijstelling; dit is expliciet bepaald in de Overeenkomst inzake vrijstellingen. Een duidelijk nadeel van de vrijstellingstechniek, is de onzekerheid waarmee de onderhandelaars van MEAs worden geconfronteerd. De mogelijkheid van een vrijstelling *a posteriori* geeft de onderhandelaars van zulke Verdragen wellicht niet de noodzakelijke graad aan zekerheid die zij betrachten, teneinde conflicten met de GATT/WTO te vermijden. Het is belangrijk op te merken dat om het even welke vrijstelling die wordt geformuleerd, voorzichtig en precies moet zijn in haar bewoordingen. Enkel wat wordt vermeldt in de vrijstelling wordt er door gedekt.<sup>32</sup>

#### 4.2.4.3.2.3 De invoering van een ‘troefkaart’ in Artikel XX:

Een troefkaart zou de prioriteit over de GATT bevestigen van een exhaustieve lijst van MEAs. Het *North American Free Trade Association* (‘NAFTA’) akkoord is het stichtend voorbeeld in dit verband. NAFTA vernoemt in artikel 104 drie MEAs (niet verwonderlijk CITES, het Montreal Protocol en de Basel Conventie) waarvan op expliciete wijze wordt gezegd dat ze voorrang hebben op het NAFTA akkoord. Deze voorrang is echter onderworpen aan de voorwaarde dat de Staat, die de MEA wenst te gebruiken als een route om bepaalde NAFTA verplichtingen niet te volgen, dat middel zoekt dat het minste onverenigbaar is met NAFTA, onder de middelen die op redelijke wijze te hare beschikking staan. Of dit ook zo is wordt desgevallend onderzocht door het geschillenbeslechtingsmechanisme van NAFTA. Voor bestaande MEAs kan men zich inbeelden dat het niet zo moeilijk moet zijn voor de WTO leden om een consensus te bereiken over de draagwijdte van de troefkaart (zie dezelfde overwegingen bij de vrijstellingstechniek hierboven). Maar voor toekomstige MEAs die nu nog in onderhandeling zijn is dit vanzelfsprekend minder voor de hand liggend. Het zou vereisen dat de troefkaart met regelmatige tussenpozen wordt aangepast, wat met andere woorden dezelfde nadelen zou hebben als de vrijstelling. Bovendien spreekt zulke troefkaart werkelijk van een prioriteit van MEAs over de GATT/WTO – een psychologisch nadeel.

#### 4.2.4.3.2.4 Een uitzondering zoals deze van GATT Artikel XX(h):

Artikel XX(h) voorziet dat een uitzondering kan worden voorzien voor de GATT principes ten aanzien van deze GATT principes “*undertaken in pursuance of obligations under any intergovernmental commodity agreement which conforms to criteria submitted to the (Members) and not disapproved by them or which is itself so submitted and not so disapproved*”. Het vervolg van de paragraaf omvat een aantal voorwaarden voor het gebruik ervan. De aantrekkingskracht van een gelijkaardige uitzondering voor MEAs, ligt in het gebruik van generische criteria voor sommige situaties, met een mogelijkheid van casuïstische benadering voor andere. Mocht zulke oplossing ook worden uitgewerkt voor MEAs, dan zou er consensus nodig zijn omtrent een lijst van procedurele en inhoudelijke criteria. De GATT zou dan, op

---

<sup>32</sup> Report of Appellate Body on European Communities - Regime for the Importation, sale and distribution of bananas, WT/DS27/AB/R, at 183.

vraag, de verenigbaarheid van een specifieke MEA met deze lijst van criteria kunnen verifiëren. Deze lijst zou de onderhandelaars van een MEA het voordeel bieden dat zij een voorafgaande checklist hebben inzake verenigbaarheid van potentiële handelsmaatregelen. Net zoals in Artikel XX(h) zouden de Partijen bij een MEA nog steeds een aanvraag tot *ad hoc* goedkeuring kunnen indienen mocht hun MEA niet binnen de criteria vallen. Deze route, bijvoorbeeld door de invoering van een sub-paragraaf (k), zou onderworpen blijven aan de voorwaarden van de inleidende zin van Artikel XX. Mocht een MEA alsnog niet met deze voorwaarden in overeenstemming zijn, dan is opnieuw *ad hoc* goedkeuring mogelijk. De gelijkenissen met de suggesties die door de EG werden gemaakt in verband met Artikel XX(b) of (g) zijn natuurlijk voor de hand liggend. Wat zou dan het voordeel zijn van de invoering van een specifieke sub-paragraaf? Een mogelijk voordeel is dat, eerder dan bij een amendement van Artikel XX(b) of (g), het uitzonderlijke karakter van de maatregel beter tot zijn recht zou komen. Net zoals Artikel XX(h) werd ingevoerd voornamelijk om historische redenen, zou de invoering van een sub-paragraaf XX(k) de bedoeling hebben om een eenmalige spanning tussen GATT/WTO en het internationaal publiek recht te ontmijnen. Met andere woorden deze route zou de kritiek counteren dat een ingreep in Artikel XX(b) of (g) zal leiden tot de beruchte '*slippery slope*' van steeds bijkomende eisen tot uitzonderingsregimes (zoals voor sociale clausules, of religieuze overwegingen). Het is belangrijk op te merken dat de formulering van het noodzakelijkheidsverband tussen de handelsmaatregelen en de milieudoeleinden, het verschil zal uitmaken met een loutere wijziging van Artikel XX(b). *Rebus sic stantibus*, is de noodzakelijkheidstest van Artikel XX(b) nogal streng. Men zou zeer zeker kunnen overwegen om in een nieuwe sub-par. een minder strenge noodzakelijkheidstest in te voeren.

#### 4.2.4.3.3 *Geblokkeerde vooruitgang in het CTE.*

De verzoening tussen MEAs and de GATT staat hoog op de agenda van het CTE. Het heeft totnogtoe nog steeds geen consensus gevonden over deze kwestie. Verschillende voorstellen werden gemaakt die steeds in min of meer gevarieerde vorm beantwoorden aan een van de mogelijkheden die hierboven werden geformuleerd. In het algemeen is enige vooruitgang in het CTE echter geblokkeerd door de consistent verschillende zienswijze tussen diegene die een amendering van het GATT akkoord wensen teneinde op expliciete wijze de voorrang van bepaalde milieumaatregelen ten aanzien van de GATT te bevestigen, en deze die het behoud van de *status quo* voorstaan. Oorspronkelijk was het debat over MEAs veelbelovend, doch de laatste jaren is het zondermeer geblokkeerd. Desondanks, in het licht van de symbolische waarde van de problematiek, wordt er bijzonder veel energie van het CTE in dit agendapunt geïnvesteerd – naar ons oordeel een ongelukkige keuze.

#### 4.2.4.3.4 *Verbeterde opmaak van de MEAs:*

In het debat aangaande de spanningen tussen MEAs en de WTO wordt bijzonder weinig aandacht besteed aan de eventuele tekortkomingen van de MEAs zelf. Zijn ze efficiënt, en wat moet desgevallend worden gedaan om ze te verbeteren? In het licht van het Vrijhandel en Leefmilieu debat zijn de volgende aandachtspunten belangrijk.

Bijzonder problematisch is de gefragmenteerde aard van het internationale milieurecht. Haast elk milieuprobleem heeft zijn specifiek verdrag, en, wat meer problematisch is, de meeste van deze verdragen gaan gepaard met een aparte institutionele omkadering.

Bovendien, net zoals er onenigheid is over de gevolgen van handel op het leefmilieu, is er onenigheid over de vraag of het gebruik van handelsmaatregelen in het milieurecht de betrokken milieuproblemen eigenlijk wel vooruit helpt. In de gevallen waarin de handel geen intrinsiek onderdeel is van de betrokken problematiek (of slechts in zeer minieme mate), zouden handelsmaatregelen wel eens een inefficiënte en dure manier kunnen zijn om milieuproblemen aan te pakken.<sup>33</sup>

In het algemeen zijn MEAs aan kritiek onderhevig omdat ze niet genoeg aandacht zouden besteden aan de 'positieve' maatregelen die gepaard moeten gaan met de 'negatieve' aard van handelsmaatregelen om daadwerkelijk de milieuproblematiek te kunnen aanpakken. Hierin begrepen zijn ondermeer toegang tot financiering, toegang tot en transfer van technologie, overgangmaatregelen, en mechanismen voor investeringen (foreign direct investment).

Een ander aspect van MEAs verdient eveneens bijzondere aandacht. Het doel en de internationale consensus die gepaard gaan met MEAs spelen wellicht een belangrijke rol in het argument dat MEAs arbitrair noch onverantwoord zijn. De manier waarop ze worden toegepast door de Verdragspartijen is echter o.i. van aard om deze verdediging op losse schroeven te zetten.<sup>34</sup> MEAs zouden naar de mening van de auteurs wellicht beter in staat zijn om GATT-verenigbaarheid aan te tonen, mocht er minder arbitraire ruimte worden gegeven aan de Verdragspartijen. Dit zou kunnen gebeuren bijvoorbeeld door het uitvaardigen van technische richtlijnen en duidelijke instructies ter toepassing van met name de handelsmaatregelen.

#### *4.2.4.3.5 Vermindering van spanningen door voorafgaandelijke evaluatie en door aanmelding.*

Zowel de GATT als het TBT akkoord houden een plicht in om relevante handelsmaatregelen aan te melden. Op beleidsniveau hebben zowel het CTE van de WTO als de OESO naar manieren gezocht om de spanningen tussen handel en leefmilieu te milderen door een voorafgaandelijke evaluatie van beide in het licht van de kenmerken en doelstellingen van de andere.

De bedoeling van aanmelding is in het algemeen om de doorzichtigheid van maatregelen te verhogen. Dit laat toe om eventuele problemen in een vroeg stadium te ontdekken en desgevallend nog bij te sturen. Zelfs voor deze maatregelen die geen probleem stellen van verenigbaarheid met het internationale handelsrecht, heeft aanmelding grote voordelen, vermits het de betrokken partijen toelaat om zich voor te bereiden. De Uruguay Ronde herbevestigde het belang van aanmelding en versterkte de voorzieningen die reeds in voege waren. De conferentie van Marrakech nam een "*Decision on notification procedures*" aan. Deze beslissing is van subsidiaire aard, dit wil zeggen dat het van toepassing is voor die gevallen waar er geen bijzondere procedure is ingesteld voor specifieke maatregelen. Het bevat onder andere een

---

<sup>33</sup> US Office of Technology Assessment 1992, p.5.

<sup>34</sup> BAKER 'Protection, not protectionism: Multilateral environmental agreements and the GATT', *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1993, 437-468 [BAKER 1993], 465-466.

richtinggevende lijst van maatregelen (*'Indicative List of Notifiable Measures'*). Deze lijst bevat onder andere alle kwantitatieve handelsbelemmeringen, technische handelsbelemmeringen, in- en uitvoerbeperkingen, enzovoort. Deze Marrakech Beslissing stelde ook een werkgroep in die een grondige evaluatie van de bestaande aanmeldingsverplichtingen moet voorbereiden en desgevallend aanbevelingen tot wijziging moest doen.

Vertegenwoordigers in het CTE hebben ook gewezen op de voordelen van een systeem van de evaluatie van de milieupact van het handelsbeleid en van handelsakkoorden. Anderzijds werd er echter ook gewezen op het mogelijke gevaar van een soort van, psychologisch gezien, gesloten 'checklist' van principes inzake vrijhandel en leefmilieu, die *a priori* zouden leiden tot conclusies met betrekking tot de vraag of milieu- dan wel handelsprincipes in een concreet geval de voorrang zouden moeten genieten. Dit precies omdat de grote moeilijkheid van het debat erin bestaat dat elke zaak zijn eigen specificiteiten heeft en dus moeilijk te vatten is in algemene concepten.

#### **4.2.5 Handelsmaatregelen genomen naar aanleiding van eenzijdige milieuacties:**

##### **4.2.5.1 Inleiding:**

Het gebrek aan dan wel het falen van internationale samenwerking, heeft geleid tot een groot aantal eenzijdige maatregelen ter bescherming van het leefmilieu (afgekort tot 'TREM's': *'Trade-related environmental measures'*). In het bijzonder in het geval waarin deze maatregelen de bescherming van het leefmilieu op het oog hebben buiten het grondgebied van de betrokken Staat, leiden zij tot internationale kritiek. Eenzijdige maatregelen nemen haast altijd uitsluitend de vorm aan van handelsmaatregelen – vandaar ook bijna steeds de interesse van GATT/WTO. Steve CHARNOVITZ geeft het volgende overzicht van eenzijdige TREMs, wanneer men ze onderverdeelt naar vorm:<sup>35</sup> invoerverboden (vb. voor ivoor of bepaalde soorten afval), uitvoerverboden (vb. voor pesticiden, bepaalde soorten afval), productnormen (vb. inzake recycleerbaarheid, energieverbruik), normen inzake de gebruikte productieprocessen (vb. vis gevangen met de drijfnetmethode, pels afkomstig van dieren gevangen met een beenklem), en belastingen (vb. op energie). Men kan ook een onderscheid maken naargelang de oorsprong:<sup>36</sup> het kan gaan om pure nationale initiatieven, uitvoeringsmaatregelen naar aanleiding van een Verdrag, een multinationale norm die vereist dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen (niet-)Verdragspartijen en die nationale uitvoeringsmaatregelen behoeft; een nationale maatregel die een reactie is op de schending van het betrokken MEA door een Verdragspartij, of tenslotte de nationale uitvoering van een buitenlandse norm.

##### **4.2.5.2 GATT/WTO geschillenbeslechting van eenzijdige maatregelen:**

###### **4.2.5.2.1 De Tuna-Dolphin Panels:**

De beslissing van twee GATT Panels dat de toepassing van de US Marine Mammal Protection Act (MMPA) op de invoer van tonijn uit Mexico, onverenigbaar was met het GATT akkoord, is

---

<sup>35</sup> CHARNOVITZ 1991, 154.

<sup>36</sup> *Ibidem*, 155.

in de mening van velen het uitgangsbord geworden van het Vrijhandel en Leefmilieu debat. Ook al werden de Panel rapporten nooit aangenomen en dus formeel gezien geen deel uitmaken van ‘officiële’ GATT rechtspraak, toch hebben ze een enorme invloed gehad op de bespreking van de problematiek (in het bijzonder de toepassing van de GATT Artikelen III, XI en XX), en zelfs daarbuiten, wat betreft de toepassing van het internationaal publiekrecht in het algemeen.

Door de toepassing van de MMPA, sloten de VS hun markt af voor tonijnproducten die waren geproduceerd op een dolfijnonvriendelijke wijze.<sup>37</sup> Tonijn die was gevangen in de Eastern Tropical Pacific Ocean (“ETPO”) werd in het bijzonder gevisserd, vermits de vissers in deze zone dolfijnen gebruiken om de tonijn te lokaliseren, en ringnetten om ze te vangen. De MMPA resulteerde in de creatie van een vergunningssysteem voor VS vissers actief in het gebied, die hen verbond aan strikte grenzen inzake de toevallige vangst van dolfijnen bij de tonijnvangst (zowel algemene grenzen als bijzondere grenzen per dolfijnsoort). Op hen waren ook strenge bepalingen van toepassing inzake het gebruik van ringnetten en het omcirkelen van dolfijnen met het oog op de vangst van tonijn die eronder zwemt.

De MMPA vereiste van de VS Regering vervolgens dat het maatregelen zou nemen “[to] ban the importation of commercial fish or products from fish which have been caught with commercial fishing technology which results in the incidental kill or incidental serious injury of ocean mammals in excess of United States standards.” Belangrijk daarbij was dat de regering geen discretionaire bevoegdheid had om uit te maken of het zulke invoer zou verbieden; eens was uitgemaakt dat de Amerikaanse normen niet werden nageleefd, moest ze verplicht de invoer verbieden. Sectie 101(a)(2)B verbood bovendien de invoer van yellowfin tonijn in het bijzonder, voorzover deze was gevangen met het gebruik van ringnetten in de ETPO, *tenzij* de regering bevond dat de vlaggenstaat van de betrokken schepen een programma had gelijkwaardig met dat van de VS inzake de vangst van mariene zoogdieren, en dat de gemiddelde incidentele vangst van zulke dieren gelijkwaardig was aan de gemiddelde VS vangst. ‘Gelijkwaardig’ werd hierbij gedefinieerd als niet hoger dan 1.25 keer de gemiddelde vangst door VS schepen in dezelfde periode.

Tijdens 1990 en 1991, nadat milieugroepen gerechtelijke stappen hadden ondernomen, verbood de VS de invoer van een variëteit aan tonijn en tonijnproducten, inclusief uit Mexico.

#### 4.2.5.2.1.1 Tuna/Dolphin I:

In de eerste *Tuna-Dolphin* zaak, argumenteerde Mexico dat de beperkingen strijdig waren met GATT Artikel XI, terwijl de VS argumenteerden dat de maatregelen moesten worden beschouwd in het kader van Artikel III, en ermee in overeenstemming waren en dat, zelfs als ze niet in overeenstemming waren met Artikel III, ze waren gedekt door de uitzonderingsregel van Artikel XX(b) en (g). Het Panel besliste dat de VS maatregelen niet konden worden beschouwd als interne reglementeringen (‘internal regulations and requirements’) in de zin van GATT Artikel III:4, vermits ze niet direct betrekking hadden op de producten zelf, doch op de productieprocessen – en methoden (‘PPMs’). Deze bevindingen van het Panel waren gebaseerd

---

<sup>37</sup> Voor de feiten zie Report of Panel on United States - Restrictions on imports of tuna (niet aangenomen), gepubliceerd in 30 ILM 1594 (1991), at 2.3 *et seq.*

op een controversiële verwijzing naar het rapport van 1970 van de werkgroep Border Tax Adjustments.

Wat betreft de toepassing van Artikel XX(b), vond het Panel dat de VS met name niet ten volle de mogelijkheid hadden benut om een internationaal akkoord af te sluiten over het onderwerp. Deze bevinding in het bijzonder leidde tot kwaad bloed bij milieuactivisten, vermits de VS beweerdelijk wel degelijk het afsluiten van zulk verdrag hadden nagestreefd, onder andere met Mexico in het bijzonder. Wat echter belangrijker lijkt in het kader van het algemene Vrijhandel en Leefmilieu debat, is dat het Panel overwoog dat de specifieke maatregel die door de VS was aangenomen, de noodzakelijkheidsvereiste van Artikel XX(b) niet haalde, vermits de maximum hoeveelheid incidentele vangst van dolfijnen die Mexico moest halen gedurende een bepaalde periode, gelieerd was aan de eigenlijke incidentele vangst die voor VS schepen werd opgemeten gedurende dezelfde periode. Met andere woorden, de Mexicaanse autoriteiten waren absoluut in de onmogelijkheid om te bepalen of hun maatregelen en beleid in overeenstemming waren met dat van de VS. Gezien de afwezigheid van duidelijke richtlijnen voor de Mexicaanse autoriteiten, konden de maatregelen dan ook niet worden beschouwd als zijnde noodzakelijk voor de bescherming van de betrokken dolfijnen.

Met betrekking tot artikel XX(g), bevond het Panel dat een land uitputbare natuurlijke grondstoffen enkel kan controleren in de mate dat de productie of de consumptie ervan binnen haar jurisdictie gelegen is hetgeen, steeds volgens het Panel, suggereert dat Artikel XX(g) de bedoeling had om handelsmaatregelen te treffen die in hoofdzaak gericht waren op beperkingen van productie of consumptie binnen het grondgebied van de betrokken Staat.

Het Panel besloot dat de invoerbeperkingen van de VS niet waren gedekt door Artikel III:4, maar eerder door Artikel XI, en dat ze niet konden gered worden door een beroep op het uitzonderingsregime van Artikel XX. Het sloot haar rapport af met een interessante *obiter*, die aantoonde dat het Panel zich wel degelijk bewust was van het toen redelijk recente Vrijhandel en Leefmilieu debat. Het onderstreepte het GATT principe van binnenlandse beleidsautonomie en gaf aan dat dit toelaat dat partijen hun eigen binnenlandse milieuprioriteiten nastreven zonder veel belemmeringen, zolang het Most-Favoured-Nation en niet-discriminatievoorschrift worden nageleefd. Het Panel legde er de nadruk op dat invoerbeperkingen die worden opgelegd louter als een reactie op verschillen in (in casu *milieu*-) reglementering tussen binnen- en buitenlandse producenten, niet door de beugel van Artikel XX kunnen. Het riep de Partijen op ofwel om de GATT formeel te wijzigen, ofwel vrijstelling te verlenen, mochten ze van mening zijn dat de loutere verschillen tussen reglementering handelsmaatregelen rechtvaardigen. Het vond uitdrukkelijk dat de interpretatie, door de Panels, van Artikel XX, geen geschikt forum is om deze taak door te voeren.

#### 4.2.5.2.1.2 Tuna/Dolphin II:

In de tweede *Tuna-Dolphin* zaak stond het VS embargo op handel met tussenStaten centraal. Dit embargo kwam erop neer dat elke Staat die yellowfin tonijn of afgeleide producten ervan naar de VS uitvoerde, en die zulke tonijn invoerde vanuit landen die het voorwerp waren van een primair handelsverbod met de VS, het bewijs moest aanleveren dat het geen producten invoerde die

rechtstreeks het voorwerp zijn van het handelsverbod. Klachten tegen dit embargo waren ingediend door de EG en door Nederland.

Dit tweede Panel volgde de redenering van het eerste, door te beslissen dat zowel het primaire als het secundaire embargo kwantitatieve handelsbelemmeringen waren die onverenigbaar zijn met Artikel XI, en niet de loutere toepassing van interne reglementering met toepassing van Artikel III. Het Panel besliste ook dat Artikel XX(g) in principe kan worden ingeroepen voor de bescherming van grondstoffen die zich buiten het grondgebied van de betrokken Staat bevinden maar bleef bij de “*primarily aimed at*” interpretatie van de noodzakelijkheidsvereiste, zoals die ook door het eerste Panel was naar voren geschoven. Het voegde hieraan toe dat naar haar mening de woorden “*primarily aimed at*” niet enkel slaan op het doel van de maatregel, doch ook op het effect ervan op de bescherming van de betrokken natuurlijke grondstoffen. De band die er volgens het Panel moet bestaan tussen de handelsmaatregelen waarvoor een beroep wordt gedaan op het GATT uitzonderingsregime, en het beleidsdoel waarvoor dit wordt ingeroepen, moet rechtstreeks zijn, dit wil zeggen, de handelsmaatregelen op zichzelf genomen moeten in staat zijn het beoogde doel te bewerkstelligen.

Toegepast op het verbod op handel met tussenStaten, vond het Panel dat deze maatregelen op zich *niet* bijdragen tot de beschermingsdoeleinden van de wetgeving, vermits ze enkel dit gevolg zouden kunnen hebben als ze gepaard gaan met opvolgende maatregelen zelfs niet in de Staat die het voorwerp is van de handelsmaatregelen, maar in de Staten waarmee deze laatste handel drijven. Het nam gelijkaardige overwegingen aan bij de toepassing van Artikel XX(b).

#### 4.2.5.2.2 *United States Gasoline*<sup>38</sup>:

De US *Clean Air Act* (“CAA”) beoogt luchtvervuiling in de VS tegen te gaan en te reglementeren. Het voerde twee sets normen in: een voor “*non-attainment areas*”, dit zijn zones die het ergst waren getroffen door zomersmog in de periode 1987-89, en waar enkel ‘geherformuleerde’ brandstof mag worden verkocht. In andere gebieden mocht ‘gewone’ brandstof worden verkocht. Deze reglementering was van toepassing zowel op binnenlandse raffinaderijen als op de invoer. Het Environmental Protection Agency (‘EPA’) werd door het Congres opgedragen deze programma’s te beheren.

De CAA voerde reglementeringen in inzake de samenstelling en de werking van de twee soorten brandstof. Voor gewone brandstof was de reglementering er onder andere specifiek op afgestemd om “*eco-dumping*”, te voorkomen, met andere woorden, om te voorkomen dat de sector in deze brandstof die stoffen zou dumpen die streng gereguleerd waren in de geherformuleerde soort. Om dit te bereiken, voorziet de CAA dat geen raffinaderij, menger of invoerder gewone brandstof mag verkopen die een aantal gevaarlijke onderdelen uitstoot in grotere hoeveelheden dan de brandstof die door de betrokkene werd verkocht in 1990. Deze maatregel vereist vanzelfsprekend de vaststelling van een grenshoeveelheid voor elk van de betrokkenen, in functie van het jaar 1990. Mocht de EPA van mening zijn dat geen adequate

---

<sup>38</sup> Report of Panel on United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/10 (1996); Report of the WTO Appellate Body in United States, Standards for reformulated and conventional gasoline, WT/DS2/AB/R (1996).

en/of betrouwbare gegevens bestaan voor de samenstelling van de parameter, dan wordt een reglementaire parameter vastgesteld, die is vastgesteld in functie van formules deels bepaald door de EPA, deels door de wetgeving (CAA) zelf. Een nogal ingewikkelde samenloop van mogelijkheden kwam er in ieder geval op neer dat er voor buitenlandse operatoren in de overgrote meerderheid van gevallen werd teruggegrepen naar de reglementaire parameter.

#### 4.2.5.2.2.1 Panel beslissing:

Inzake *GATT Artikel III* verwierp het Panel het argument dat de minder gunstige behandeling van ingevoerde brandstof, chemisch gezien identiek aan dat van binnenlandse oorsprong, kon worden verantwoord door het verschil in gegevens dat in handen zou zijn van binnenlandse operatoren en dat invoerders niet zouden kunnen voorleggen. Het oordeelde dat de bewoordingen van Artikel III:4 niet toelaten dat er een minder gunstige behandeling wordt ingesteld op basis van de kenmerken van de producent en de aard van de gegevens waarover zij beschikken.

Dat ingevoerde brandstof in het algemeen minder gunstig werd behandeld dan binnenlandse brandstof, werd door het Panel als nauwelijks betwistbaar beschouwd. Invoerders van brandstof moesten zich aanpassen aan een norm die geen uitstaans had met het betrokken product, terwijl raffineerders van binnenlandse brandstof enkel moesten in overeenstemming zijn met een norm die direct verbonden was met hun eigen product zoals verkocht in 1990.

De beoordeling van *Artikel XX(b)* spitste zich toe op het element 'noodzakelijkheid'. Het Panel volgde de intussen klassiek geworden rechtspraak dat een maatregel niet kan worden gerechtvaardigd in het kader van Artikel XX(b), als een alternatieve maatregel bestaat die het redelijkerwijs kan worden verwacht te gebruiken, en die niet onverenigbaar is met de GATT verplichtingen. Het Panel besliste dat er in dit geval wel degelijk zulke alternatieven waren en het verwierp de bezwaren die de VS hadden tegen deze alternatieven. Het citeerde met name als een alternatieve route, op voorzet van Venezuela en Brazilië (de klagers), dat de invoerders een parameter zouden moeten kunnen gebruiken die koppelt aan de gegevens ter beschikking gesteld door de buitenlandse raffinaderijen.

Met betrekking tot *Artikel XX(g)*, was het cruciale element van de overweging opnieuw de bewoordingen "*related to*". Zoals de *Tuna-Dolphin* Panels, vond het Panel in deze zaak dat een handelsmaatregel enkel kan worden beschouwd als 'betrekking hebbende op' de instandhouding van natuurlijke grondstoffen zoals bedoeld in Artikel XX(g), als het in de allereerste plaats bedoeld was (primarily aimed at) om deze te beschermen. Het oordeelde dat er geen onmiddellijk verband was tussen een regime dat een verschillende behandeling instelt voor stoffen die chemisch gezien identiek zijn, en het doel van het tegengaan van de luchtvervuiling in de VS.

#### 4.2.5.2.2.2 Beroep bij de Appellate Body:

Het beroep van de VS bij de Appellate Body ('AB') was beperkt in omvang: het oordeelde dat het een vergissing was van het Panel te oordelen dat de methode van de bepaling van de parameters, geen direct verband hield met het doel van de bescherming van propere lucht en dat het Panel vervolgens had nagelaten hieruit de juiste conclusies te trekken.



Inzake de ‘primarily aimed at’ test oordeelde het AB (*obiter*) “*the phrase “primarily aimed at” is not in itself Treaty language, and was not designed as a simple litmus test for inclusion or exclusion from Article XX(g).*”<sup>39</sup>

Gezien de partijen het echter niet oneens waren met het gebruik van de ‘primarily aimed at’ test door het Panel, moest het AB binnen de proceslimieten blijven. Het ging niet akkoord met het Panel, en vond dat de bepalingen inzake de vastlegging van de parameters wel degelijk rechtstreeks betrekking hadden op de instandhouding van natuurlijke rijkdommen, vermits ze waren ontwikkeld met het oog op het efficiënt monitoren van operatoren en de daadwerkelijke afdwinging van de standstill clausule van de wetgeving (*i.e.* het doel om de niveaus van luchtvervuiling allereerst te stabiliseren en in een verdere stap aan te pakken).

Het Panel had de andere voorwaarden van Artikel XX(g) niet beoordeeld, vermits het stopte bij de eerste drempel. Het AB moest deze taak dan ook verderzetten (het AB kan niet opnieuw verwijzen naar het Panel). Het hield het bij een letterlijke interpretatie van de voorwaarde dat de betrokken maatregelen “*(are) made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.*” Het noemde deze voorwaarde een vereiste van gelijkwaardigheid (“*even handedness*”) in het opleggen van beperkingen. Het vereist geen absolute identieke behandeling van binnenlandse en ingevoerde producten.

Het AB bekeek vervolgens de toepassing van de inleidende zin bij Artikel XX en met name de concepten ‘*arbitraire of ongerechtvaardigde discriminatie*’ alsook ‘*vermomde handelsbelemmering*’ en beoordeelde ze samen in dezelfde context, namelijk deze van de bedoeling van de inleidende zin om misbruik van de uitzonderingen te voorkomen. Het concludeerde uiteindelijk dat er twee tekortkomingen waren langs de kant van de VS die effectief duiden op een overtreding van de inleidende zin bij Artikel XX: (1) de VS hadden nagelaten op adequate wijze middelen te onderzoeken die het hoofd zouden kunnen bieden aan de problemen die het citeerde als rechtvaardiging voor het beroep op Artikel XX; in het bijzonder had een efficiënte samenwerking met de klagende Partijen de aangehaalde administratieve problemen kunnen vermijden; deze beoordeling kwam overeen met de evaluatie van het Panel in de context van Artikel XX(B) en (2) de VS hadden nagelaten de kost te bepalen van de onderwerping van buitenlandse raffinaderijen aan de reglementaire parameters; het AB was van oordeel dat deze complete onverschilligheid neerkwam op meer dan de discriminatie die in het kader van III:4 bevonden was; ze vond deze van een andere, verderrijkende aard, in die mate dat het niet te verschonen was in het licht van de inleidende zin van Artikel XX. Deze discriminatie was naar de mening van het AB voorzienbaar en niet puur onvermijdelijk. Het AB leidde af uit de argumentatie die de VS naar voren hadden gebracht, dat deze het niet haalbaar vonden om haar eigen raffinneerders aan de kosten en lasten van de reglementaire parameter te onderwerpen (in tegenstelling tot onderwerping aan de parameters gerelateerd aan hun eigen productie) en dat het zulke overwegingen absoluut negeerde bij de onderwerping van buitenlandse raffineerders.

#### 4.2.5.2.3 *US shrimp/turtle:*

De VS 1973 Endangered Species Act (“ESA”), verbiedt het vangen van alle zeeschildpadden die voorkomen in VS wateren en in internationale wateren, tenzij er een specifieke uitzondering is

---

<sup>39</sup> III.B. (p.19).

toegestaan. De VS hadden bovendien een reglementering uitgewerkt die bedoeld was om de sterfte van zeeschildpadden te vermijden bij het vissen naar garnaal, onder andere door het gebruik van zogenaamde “turtle excluder devices” (“TEDs”), ontwikkeld in de VS, die het toevallige vangen van zeeschildpadden bij het vissen naar garnalen, drastisch terugdringt.<sup>40</sup> Section 609 (1989) van de US Public Law verplicht de Minister van Buitenlandse Zaken om onderhandelingen te beginnen voor de ontwikkeling van internationale akkoorden om zeeschildpadden te beschermen. Het voorziet ook dat garnaal die wordt gevangen met behulp van technologie die een negatieve impact kan hebben op zeeschildpadden die onder de bescherming van VS recht staan, niet mogen worden ingevoerd in de VS, tenzij de President jaarlijks aan het Congres mededeelt dat (1) het land waar de garnaal wordt gevangen een reglementair programma heeft inzake het vangen op toevallige wijze van de schildpadden, dat vergelijkbaar is met het programma van de VS; (2) dat de gemiddelde incidentele vangst van het betrokken land vergelijkbaar is met het VS gemiddelde; of (3) dat de eigenschappen van de vangst in de betrokken landen zodanig zijn dat er geen gevaar dreigt voor zeeschildpadden bij het vissen naar garnaal.

In overeenstemming met Richtlijnen van de VS regering van 1991 en 1993 werd Section 609 enkel toegepast op landen in de Caribbean/Western Atlantic. De VS had met een aantal van deze landen een internationale overeenkomst gesloten.<sup>41</sup> Het US Court of International Trade (“CIT”) oordeelde echter in december 1995 dat deze Richtlijnen niet reglementair waren, in zoverre dat ze de geografische reikwijdte van Section 609 beperkten. Het legde aan het Ministerie van Buitenlandse Zaken op om de invoer van garnaal en garnaalproducten te verbieden om het even waar deze werd gevangen in strijd met de voorschriften van Section 609.

Onder nieuwe Richtlijnen (april 1996) moest elke invoer van garnalen of garnaalproducten gepaard gaan van een verklaring ofwel dat de omstandigheden van de vangst geen negatieve gevolgen hadden op zeeschildpadden, ofwel dat de garnaal afkomstig was van een land dat door de VS was gecertificeerd als zijnde ‘zeeschildpaddenveilig’ (met name door het gebruik van TEDs). De Richtlijnen hielden een gedetailleerde reglementering in. India, Pakistan, Thailand en Malaysia dienden klacht in tegen het regime bij de WTO.

#### 4.2.5.2.3.1 Rapport van het Panel:

De nadruk van het Panelrapport verschoof vrij snel naar de toepassing van Artikel XX, eens de partijen het erover eens waren dat de VS maatregelen een kwantitatieve handelsbelemmering inhielden, in strijd met GATT Artikel XI. Het Panel benadrukte dat de context van de inleidende bepalingen van Artikel XX niet enkel Artikel XX in zijn geheel was, maar tevens de relevante bepalingen van GATT 1994 en zelfs van het gehele WTO akkoord. Het kwam tot de conclusie dat hoewel de preambule bij het WTO akkoord bevestigt dat milieuoverwegingen belangrijk zijn voor de interpretatie van het akkoord, de centrale zorg van het akkoord de promotie is van de economische ontwikkeling via de wereldhandel, en dat de bepalingen van de GATT in essentie gericht zijn op de liberalisering van de toegang tot wereldwijde markten op niet-discriminerende wijze.

---

<sup>40</sup> Een TED is een soort van trapdeurtje dat in het net is ingebouwd en dat de schildpadden en andere objecten groter dan de garnalen naar buiten toe dirigeert.

<sup>41</sup> De 1996 Inter-American Convention of the Protection and Conservation of Sea Turtles.

Onder welke omstandigheden moet men dan spreken van een misbruik van de uitzonderingen van Artikel XX? Het Panel besliste dat dit het geval zou zijn met name wanneer een Lid van de WTO de werking van het Akkoord in het gedrang brengt op zulke wijze dat gegarandeerde markttoegang en niet-discriminerende behandeling in een multinationaal kader niet langer mogelijk zouden zijn. Het oordeelde dat wanneer het onderzoekt of een maatregel in overeenstemming is met Artikel XX, het moet onderzoeken niet enkel of de maatregel *op zich* het wereldhandelsstelsel ondermijnt, maar ook of zulke maatregel, mocht ze worden aangenomen door andere WTO leden, een bedreiging zou zijn voor het voortbestaan en de voorspelbaarheid van het multilateraal handelsregime.

Met een taalgebruik dat nadrukkelijk doet denken aan het tweede *Tuna-Dolphin* Rapport (zie hierboven), stelde het Panel dat als een interpretatie van Artikel XX zou worden gevolgd die aan een Lid zou toelaten maatregelen te nemen die markttoegang zou afhankelijk maken van de aanvaarding door het exporterende Lid van een bepaald beleid, waaronder een bepaald natuurbeleid, dat GATT en WTO dan niet langer zouden kunnen functioneren als een multilateraal kader ten behoeve van haar leden, met onder andere haar voorspelbaarheid en de duurzaamheid van de handelsrelaties tussen haar leden.

#### 4.2.5.2.3.2 Beroep bij de Appellate Body:

Het AB verwierp de toepassing door het Panel van Artikel XX en dit in overduidelijke bewoordingen.<sup>42</sup> Het verweet het Panel in het bijzonder dat het geen oog had voor het doel van de inleidende bepalingen van Artikel XX, en zich bij de toepassing van deze bepalingen louter liet leiden door haar eigen interpretatie van de doelstellingen van GATT en WTO als geheel. Bovendien voegde het AB hieraan toe dat het Panel deze laatste op een al te brede ("*overly broad*") wijze had beschreven. Het behoud van het multilateraal handelsregime is vanzelfsprekend een fundamentele premisse die aan de WTO ten grondslag ligt, doch is geen interpretatieve regel die kan gebruikt worden bij de beoordeling van een specifieke maatregel in het licht van GATT Artikel XX.

Bij haar toepassing van Artikel XX(g), noteerde het AB vervolgens dat het 'uitputbare' karakter van de betrokken natuurlijke rijkdommen, in het concreet geval niet werd betwist. Het voegde desalniettemin een aantal specifieke opmerkingen toe, die haar bereidheid aantoonde om internationale (*in casu* milieu) ontwikkelingen in aanmerking te nemen bij de toepassing van het internationale handelsrecht. Het wees er in dit verband op dat alle diersoorten waarvan sprake in de Amerikaanse wetgeving, zijn opgenomen in Appendix I bij het CITES Verdrag, zijnde de lijst met diersoorten die worden beschouwd als zijnde met uitsterven bedreigd.

Het AB oordeelde dat de VS maatregelen wel degelijk verband hielden met de bescherming van natuurlijke rijkdommen en tegemoet kwamen de noodzakelijke causaliteitsvoorwaarde van Artikel XX(b), omdat (1) ze redelijk precies gericht waren op zulke bescherming ("*fairly narrowly focused*"), vermits de uitzonderingen op het invoerverbod onmiddellijk verband houden

---

<sup>42</sup> Report of the Appellate Body van 12 oktober 1998 *re* United States - Import prohibition of certain shrimp and shrimp products, WT/DS58/AB/R.

met het doel om zeeschildpadden te beschermen;(2) de vereiste dat een land een programma instelt dat vergelijkbaar is met dat van de VS, met onder andere het vereiste gebruik van TEDs, onmiddellijk verbonden is met het doel van de natuurbescherming (“*directly connected with the policy of conservation of sea turtles*”); (3) omdat Section 609’s algemene opzet en structuur geen bot, ongenueanceerd invoerverbod voor garnalen inhoudt; (4) omdat, tenslotte, de betrokken maatregelen niet zeer breed zijn in hun opzet en de ingezette middelen in principe op redelijke wijze verbonden zijn met het doel.

Met betrekking tot de inleidende zin van Artikel XX onderzocht het AB eerst of de VS maatregelen neerkwamen op een *ongerechtvaardigde* discriminatie. Het antwoordde dit bevestigend. De richtlijnen van 1996 voorzien dat certificering *moet* gebeuren als het reglementaire kader van een land het gebruik van TEDs oplegt en het een betrouwbaar afdwingingsmechanisme opereert; maar in de praktijk wordt deze route ook als de enige, exclusieve route gebruikt, dit wil zeggen, *de facto* is de enige manier voor een land om certificering te verkrijgen, het instellen van een reglementair kader dat TEDs verplicht en dat door VS ambtenaren als gelijkwaardig wordt beschouwd. Enige andere bewaringsmaatregelen worden buiten beschouwing gelaten. Dit, zo stelde het AB, komt neer op een rigide en onsoepele norm.

Het AB vond ook dat de toepassing van Section 609 leidt tot *arbitraire* discriminatie. Het argumenteerde dat er geen doorzichtig, voorspelbaar certificatieproces was dat werd gevolgd door de administratie. Een hoorplicht, beroepsprocedure, of degelijke melding van de beslissingen waren geen van alle voorzien. Bijgevolg waren de leden van de WTO niet in staat om op enigerlei wijze na te gaan of de bepalingen van Section 609 op een rechtvaardige en niet-discriminatoire wijze werden toegepast, wat in tegenstrijd is met de vereisten van GATT Artikel X:3. Deze procedurele overwegingen leidden het AB ertoe te besluiten dat er wel degelijk arbitraire discriminatie was.

Er zijn zeer zeker een aantal elementen in de overwegingen van de AB die goede vooruitzichten bieden voor het toekomstige Vrijhandel en Leefmilieu debat – tenminste toch voor bepaalde onderdelen ervan. Het AB verwierp om te beginnen op niet mis te verstane wijze de uitsluiting, door het Panel, van een bepaalde soort maatregel, op basis van wat het Panel zag als een bedreiging van de internationale handel, mocht het gebruik van de maatregel grote vlucht nemen. Het AB bracht terecht Artikel XX terug naar de casuïstische benadering die het vereist. De interpretatie door het Panel van Artikel XX was, zoals reeds opgemerkt, geïnspireerd door de *Tuna-Dolphin* Panels. De benadering door het AB houdt een verwerping in van dit onderdeel van deze Panels. Opmerkelijk in deze context is zeker ook de opmerking dat het Panel in *Shrimp/Turtle* de doelstelling van GATT/WTO op een al te brede wijze had omschreven. Dit duidt aan dat het AB erkent dat het WTO akkoord meer dan alleen het economische welzijn van haar leden nastreeft door het vrijmaken van de wereldhandel.

Het AB verwees ook herhaaldelijk naar de ontwikkelingen en juridische instrumenten van het internationale milieurecht, dit als een hulp bij de interpretatie van het handelsrecht voorzover dit betrekking heeft op milieubelangen. Dit is nu een standaardprocedure, en was ook te verwachten het DSU (Dispute Settlement Understanding) verwijst naar alle bronnen van het internationaal publiekrecht als een middel om het WTO akkoord te helpen toepassen.

Het rapport van de AB laat ruimte voor de leden om te eisen dat ingevoerde producten op gelijkaardige wijze worden geproduceerd als de eigen productie (het zogenaamde principe van de 'home country control'). De toepassing van de inleidende zin van Artikel XX moet er precies voor zorgen dat dit principe niet wordt misbruikt. Vanzelfsprekend zal de controle op home country control groter moeten zijn waar eisen worden gesteld inzake productieprocessen.

Het rapport van het AB verwerpt beweerdelijk tevens de *Tuna Dolphin* redenering dat de maatregelen van Leden onaanvaardbaar zijn wanneer ze een ander Lid verplichten haar beleid te wijzigen. Het zei in dit verband "*it is not necessary to assume that requiring from exporting countries compliance with, or adoption of, certain policies (...) prescribed by the importing country, renders a measure a priori incapable of justification under Article XX.*" Eerder dan haar toevlucht te nemen tot absolute formules, zoekt het AB dus heil in de toepassing van de inleidende zin om misbruik van de uitzonderingen te voorkomen.

In de *US Gasoline* zaak (hierboven) had het AB al afstand genomen van de 'primarily aimed at'-test inzake Artikel XX(g) (in *obiter*). In *Shrimp/Turtle* suggereert het AB een alternatieve test, namelijk een van een 'daadwerkelijke band tussen de doeleinden en de middelen' ('*a genuine relationship of ends and means*'), wat onder andere inhoudt dat de maatregelen niet onevenredig breed mogen zijn in hun draagwijdte ten opzichte van het te bereiken beleidsdoel ('*disproportionally wide in their scope and reach in relation to the policy objective*'). De maatregelen die de VS nam werden verenigbaar bevonden met deze test, vermits ze 'onmiddellijk betrokken waren' bij het behoud van de zeeschildpad. Een '*genuine relationship between ends and means*' houdt beweerdelijk een minder strenge test in dan de 'primarily aimed at'-test. Verdere "rechtspraak" van het AB zal hierover verder moeten oordelen.

Wat betreft de bevindingen inzake arbitraire discriminatie, deze waren beperkt tot procedurele overwegingen. Het gebrek aan doorzichtigheid en aan een deugdelijke procesgang verhinderden een evaluatie door andere WTO Leden van het certificatieproces. Met andere woorden, de onzekerheid inzake arbitraire beslissingen, wordt op zichzelf aanzien als een falen in het licht van de bepalingen van de inleidende zin. De verwijzing naar GATT Artikel X:3 helpt op zich bij het invullen van wat moet worden beschouwd als een deugdelijke procedure. Anderzijds is deze verwijzing enigszins verwarrend, nu Artikel X vanzelfsprekend niets heeft te zoeken bij de toepassing van Artikel XX. Mocht deze lezing van het verbod op arbitraire discriminatie behouden blijven dan zal door de Leden veel meer aandacht moeten worden besteed aan het eigenlijke beheer van handelsmaatregelen.

#### 4.2.5.2.4 *Het Franse asbest verbod*<sup>43</sup>:

Het Franse Decreet No.96-1133 van 24 December 1996<sup>44</sup> houdt een totaal verbod in op de productie, de invoer, de uitvoer, het op de markt brengen en de verkoop van om het even welke soort asbest; het voorziet tevens in een uitzonderingsregime dat het gebruik van asbest toestaat voor toepassingen waarvoor er geen veilig, of veiliger, alternatief is. Dit uitzonderingsregime is gepland om geleidelijk uit te doven en wordt bovendien permanent geëvalueerd.

---

<sup>43</sup> Report of the Panel on European Communities — Measures affecting asbestos and products containing asbestos, WT/DS135/R.

<sup>44</sup> Staatsblad van 26 december 1996.

Canada argumenteerde dat het Decreet een productnorm is, onderworpen aan de bepalingen van het WTO Akkoord inzake Technische Handelsbelemmeringen - Agreement on Technical Barriers to Trade ('TBT Akkoord'). Het stelde met name dat het Decreet onverenigbaar was met de paragrafen 1, 2, 4 en 8 van Artikel 2 van dat Akkoord. Canada argumenteerde ten subsidiaire titel dat het Decreet onverenigbaar was met de Artikelen XI en III:4 van het GATT Akkoord. De Europese Gemeenschappen ('EG'), die Frankrijk vertegenwoordigden in de procedure, beweerden dat het Decreet niet valt onder het TBT Akkoord en dat in ieder geval, het in overeenstemming is met de bepalingen ervan. Met betrekking tot GATT 1994 stelde de EG dat het Decreet valt onder GATT Artikel III en geen bevoordeling inhoudt ten opzichte van binnenlandse productie, zoals bepaald door Artikel III:4. Mocht het Panel hiermee niet akkoord gaan dan stelde de EG in subsidiaire orde dat het regime onder de uitzondering van Artikel XX(b) valt (volksgezondheid).

#### 4.2.5.2.4.1 Rapport van het Panel. Toepasselijkheid van het TBT Akkoord:

Inzake de toepasselijkheid van het TBT Akkoord, besliste het Panel na uitvoerige linguïstische en *ratio legis* analyse, dat het principiële verbod onder het GATT akkoord viel, en het uitzonderingsregime onder het TBT Akkoord. Het volgde in dit verband *niet* de suggestie van de EG dat de *accessorium sequitur principale* regel zou moeten worden gevolgd. Voor de betrokken zaak was deze beslissing uiteindelijk niet zo relevant, gezien het uitzonderingsregime voortdurend gebruik toeliet en Canada ook niet had geargumenteed dat er wat betreft de uitzonderingen sprake was van een schending van het akkoord.

**GATT Artikel XI.** Het Panel verwierp het argument van Canada dat GATT Artikel XI van toepassing is op het Decreet. Het Panel gaf in dit verband toe dat de behandeling van ingevoerde en binnenlandse producten weliswaar niet identiek was (producten afkomstig uit derde landen zijn het voorwerp van een invoerverbod, terwijl Franse producten niet op de markt kunnen worden gebracht omdat ze onder genigerlei titel kunnen worden overgedragen), maar dat ze in de praktijk tot hetzelfde resultaat leiden: een halt toeroepen aan de verspreiding van asbest en producten die asbest bevatten, op het Franse grondgebied.

**GATT Artikel III.** Het meest controversiële onderdeel van het Panel rapport, had betrekking op GATT Artikel III. Bij de toepassing van Artikel III:4 moest het Panel namelijk vanzelfsprekend oordelen over de gelijksoortigheid van de producten. Gelijksoortigheid moest twee keer worden beoordeeld: tussen asbest vezels en subsituutvezels enerzijds, en tussen producten die asbest bevatten en niet bevatten anderzijds.

De praktijk van GATT Panels en van WTO geschillenbeslechting neemt aan, zoals bij de algemene bespreking van GATT Artikel III aangeduid (zie hierboven), dat gelijksoortigheid moet worden bepaald in functie van een geheel van criteria, waarvan geen enkel op zich genomen doorslaggevend is. Desalniettemin reduceerde het Panel de analyse tot een enkel criterium, namelijk dat van het eindgebruik van het product. Hierbij valt vooral op dat het weigert de chemische samenstelling en de fysische karakteristieken van de vezels in aanmerking te nemen. Het Panel bepaalde overigens dat het algemene doel van Artikel III er een is van markttoegang; het leidt hieruit af dat de context van Artikel III:4 in ieder geval *niet* beheerst wordt door

wetenschappelijke classificering. O.i. echter is deze beoordeling van het algemene doel van het Artikel niet geheel correct, en heeft het in ieder geval de analyse van het Panel inzake 'gelijksoortige producten' verkeerdelijk beïnvloed. Het doel van Artikel III is namelijk niet markttoegang op zich, doch eerder gelijkheid van mogelijkheden (opportunities) inzake markttoegang. De omvang van enige effectieve markttoegang hangt overigens met name af van de mate waarin de Leden van de WTO deze hebben toegestaan via hun 'schedules of commitments' in de opeenvolgende handelsrondes, alsook door de principiële uitbreiding van enige bijzondere voordelen aan bepaalde Leden, tot alle Leden, via het mechanisme van het Most Favoured Nation (MFN) principe. Artikel III beoogt niet-discriminatoire concurrentievoorwaarden aan te moedigen.<sup>45</sup> De mogelijkheden inzake markttoegang voor Franse en Canadese asbest zijn o.i. gelijk: beide hebben geen enkele markttoegang. Idem voor de vervangproducten: markttoegang is gegarandeerd, ongeacht oorsprong.

Wat nogal belangrijk was voor de EG was de vraag in welke mate er bij de bepaling van gelijksoortigheid rekening kan/moet worden gehouden met het risico dat met de betrokken producten gepaard gaat. Het Panel verwierp de suggesties van de EG – het argumenteerde dat de invoering van risico als een onderdeel van de gelijksoortigheid in het kader van Artikel III, het *effet utile* van Artikel XX(b) zou teniet doen, vermits dit laatste Artikel expliciet de bescherming van het leven en van de gezondheid vermeldt, en Artikel III niet.

In tegenstelling tot wat het Panel doet uitschijnen, zou de bewijslast onder de twee artikelen wel degelijk verschillen. Veronderstel dat risicoanalyse een standaard onderdeel zou zijn van de bepaling van gelijksoortigheid in het licht van Artikel III. Canada zou dan, als klagende partij, hebben moeten aantonen dat haar producten veilig zijn. Bovendien (en dit werd door het Panel aangehaald als een argument tegen de intrede van risicoanalyse in Artikel III) moet de verwerende partij in het licht van Artikel XX de noodzakelijkheid van de betrokken maatregel aantonen.

De verwerping inzake risicoanalyse deed bij voorstanders van de introductie ervan wellicht de opmerking opwellen dat dit standpunt de reglementerende autonomie van de Leden verzwakt. Dit is wellicht niet zo duidelijk in het geval van de asbest zaak, waar de mogelijke rechtvaardiging van het regime in het licht van Artikel XX eigenlijk nooit echt in gevaar was. Maar het afwijzen van deze elementen in het licht van Artikel III is des te belangrijker voor deze maatregelen die een minder stevige wetenschappelijke grond hebben dan het asbest regime. O.i. is het rapport van het Panel onbegrijpelijk in die zin dat de onderdelen van de EG redenering die waren gebaseerd op risicoanalyse, eigenlijk niets anders deden dan de fysische eigenschappen van de betrokken vezels in de verf zetten. Het lijkt onbegrijpelijk dat deze in een Artikel III analyse *geen* rol zouden spelen.

Tenslotte werd de vraag naar gelijksoortigheid van asbestproducten en substituten redelijk snel afgehandeld. Het Panel bevond gelijkenis met name op basis van identieke tariefclassificatie (in het licht van douanewetgeving) en de reeds behandelde verwerping van de risicoanalyse.

---

<sup>45</sup> Report of Panel on United States – Taxes on petroleum and certain imported substances (Superfund), BISD 34S/136 (1987) at 5.2.2.

Wat betreft de *minder gunstige behandeling van Canadese producten* is de klassieke beoordeling dat GATT Artikel III identieke behandeling vraagt van gelijksoortige binnenlandse en ingevoerde producten. De EG poogde dit debat te verbreden naar de vraagstelling van *de facto* discriminatie. Het argumenteerde vooreerst dat er geen *de iure* discriminatie was, gezien ingevoerde en binnenlandse producten op identieke wijze worden behandeld. Deze veronderstelling echter was nauw verbonden met de door de EG gezochte verwerping van gelijksoortigheid tussen asbest vezels/producten en de substituten, wat echter, zoals vermeld, door het Panel werd verworpen. Vervolgens redeneerde de EG dat er geen *de facto* discriminatie was. Het verwees in dit verband om te beginnen naar de context waarin het Decreet was aangenomen, die, steeds volgens de EG, op geen enkele wijze deed vermoeden dat er een beleid was om binnenlandse substituten te beschermen. Bovendien beweerde de EG dat er ook daadwerkelijk geen sprake was van bescherming van enigerlei binnenlandse productie. Het verwees in dit verband naar de vaststelling dat de meeste substituten die in Frankrijk op de markt zijn, afkomstig zijn uit derde landen en dat de Franse industrie zelf door een pijnlijk overgangsproces was gegaan, inclusief het verlies van marktaandeel.

Het Panel echter hield het op een formalistische, *de iure* benadering. Deze ongecompliceerde beoordeling, door het Panel, van het element discriminatie, benadrukt des te meer het belang van de bepaling van gelijksoortigheid.

**GATT Artikel XX.** Inzake de toepassing van GATT Artikel XX, verwees het Panel inzonderheid naar het *US-Gasoline* Rapport (zie hierboven), en naar het Rapport van het AB in *US – Shrimp/Turtle* (ook hierboven). Met verwijzing naar *US Gasoline*, benadrukte het Panel dat de keuze zelf van Frankrijk om haar bevolking tegen het betrokken risico te beschermen, en in het algemeen het niveau van volksgezondheid dat Frankrijk wenst te behalen, niet onder de beoordelingsbevoegdheid van het Panel vallen. Canada's belangrijkste argument voor de afwezigheid van enig gezondheidsrisico was dat zelfs als asbestvezels op zichzelf een risico uitmaken, eens het is opgenomen in cement van hoge dichtheid het geen gevaar stelt. Het hanteren van de betrokken producten, so stelde Canada, kan op een perfect veilige en gecontroleerde wijze gebeuren.

Een interessante passage die op dit argument volgt, is deze waarin het Panel haar rol bespreekt inzake de beoordeling van het wetenschappelijk bewijs dat haar wordt voorgelegd. Het Panel stelde dat het niet haar rol is om scheidsrechter te spelen in een wetenschappelijk debat, gezien het feit dat het niet zelf is samengesteld uit wetenschappers die beslagen zijn in de materie. Eerder ziet het de mening van de experts waarop het een beroep doet als een hulpmiddel om haar in staat te stellen het bewijs dat door de partijen wordt aangebracht, te evalueren en beoordelen. Met andere woorden, het Panel wou niet haar eigen wetenschappelijke mening naar voren schuiven. Wat des te belangrijker is, is dat het Panel bij de EG de verantwoordelijkheid legde om *prima facie* aan te tonen dat er wel degelijk een gezondheidsrisico was (het oordeelde dat de EG dit wel degelijk deed) en dat Canada dan maar de *prima facie* zaak moest weerleggen (het oordeelde dat het hier niet in geslaagd was).

Inzake de noodzakelijkheidstest onderzocht het Panel of er minder handelsbelemmerende alternatieven op redelijkerwijze ter beschikking stonden van de EG. Hierbij ging de meeste aandacht uit naar de bewering van Canada dat het gecontroleerde gebruik van de vezels op redelijke wijze ter beschikking stond. Het noteerde in dit verband dat de experts aan wie het advies had gevraagd, bevestigden dat er geen niveau kon worden vastgelegd beneden hetwelk



blootstelling aan de vezels absoluut onschadelijk was. Het concludeerde dat “*even though some trades of the French population in general are only intermittently exposed to low levels of asbestos, a decision-maker responsible for public health policy might reasonable conclude that there was nevertheless a real risk for these categories*”. Het ging ook akkoord met het Franse argument dat voor de meerderheid van de werknemers in de bouwsector, alsook voor doe-het-zelvers, veilig gebruik onder controle door de Franse autoriteiten, geen redelijk beschikbaar alternatief is.

Wat betreft de toepassing van de *inleidende zin van Artikel XX*, verwierp het Panel de suggestie als zou de Franse maatregel neerkomen op arbitraire of ongerechtvaardigde discriminatie. Het Decreet zelf is van toepassing op producten ongeacht hun oorsprong, inclusief Franse oorsprong. Wat wel belangrijk is (en dit heeft verband met het feit dat Artikel XX de *toepassing* van de maatregelen betreft) is dat het Panel suggereerde dat er in de toepassing van het uitzonderingsregime wel eens discriminatie zou kunnen schuilen die ongeoorloofd is (zie in dit verband ook *Shrimp/Turtle*), gezien de nogal grote discretionaire bevoegdheid voor de verantwoordelijke minister. Het Panel zag hiervan echter geen bewijs in de stukken van Canada.

Wat betreft verborgen handelsbelemmeringen verwees het Panel naar de toepassing van deze test door het AB in *US-Gasoline*, en vond geen aanduidingen dat de formele verenigbaarheid met Artikel XX *de facto* handelsbelemmerende doelstellingen verborg.

#### 4.2.5.2.4.2 Beslissing van het AB:

**Toepassing van het TBT Akkoord.** Het AB verwierp om te beginnen de tweestappenprocedure die het Panel ondernam om vooreerst de toepassing van het TBT Akkoord te evalueren ten opzichte van de verbodsbepalingen van het Franse regime, om vervolgens dezelfde oefening te maken voor de uitzonderingen. Naar het oordeel van het AB kan het correcte juridische karakter van het Franse regime enkel worden bepaald door het regime in zijn geheel te beschouwen. Hierdoor wordt een gescheiden toepassing van het TBT Akkoord en, bijvoorbeeld, het GATT Akkoord, wel zeer onwaarschijnlijk.

Het AB ging vervolgens uitgebreid in op de analyse door het Panel van wat moet worden beschouwd als een productnorm in de zin van het TBT Akkoord. Gezien asbestvezels in hun ruwe, minerale vorm geen gekend gebruik hebben, kan de reglementering van asbest enkel worden bereikt door de reglementering van producten die asbestvezels bevatten. Het Franse regime komt er eigenlijk op neer dat alle producten *geen* asbestvezels mogen bevatten. Dit is een objectief kenmerk van deze producten en dus een productnorm in de zin van het TBT Akkoord. Gezien het AB geen verwijzingsmogelijkheid heeft, kon het dit element niet herverwijzen naar het Panel. Daar bovendien de analyse van het TBT akkoord een primeur zou zijn (totnogtoe heeft geen enkele zaak inzake het TBT Akkoord het stadium van geschillenbeslechting bereikt), en vermits het Panel enigerlei argumentatie niet had onderzocht (het besliste immers dat enkel het GATT Akkoord *in casu* van tel was), besliste het AB dat het geen rechtsvraag had te behandelen. De bevindingen van het AB inzake het toepassingsgebied van het TBT Akkoord zijn vanzelfsprekend wel bijzonder belangrijk naar de toekomst toe.

**Gelijksoortige producten in de context van GATT Artikel III.** Het AB analyseerde dit probleem vanzelfsprekend op uitvoerige wijze, en het floot het Panel terug precies omwille van het feit dat het uitsluitend de nadruk legde op het eindgebruik. Onder verwijzing naar met name het rapport van de werkgroep van 1970 inzake Border Tax Adjustment, alsook naar de daaropvolgende praktijk van de Panels, signaleerde het AB dat de GATT/WTO aanpak inzake gelijksoortige producten in het kader van GATT Artikel III:4, in hoofdzaak neerkomt op het gebruik van vier algemene criteria: eigenschappen, aard en kwaliteit van het product; eindgebruik; de perceptie van de consument en consumentengedrag; alsook tariefclassificatie. Het is van belang dat het AB onderstreept dat deze criteria niets anders zijn dan hulpmiddelen voor het Panel om het voorgedragen bewijsmateriaal te evalueren en naar waarde te schatten. Het gaat hier naar het oordeel van het AB niet om een gesloten lijst van criteria die op een of andere wijze door om het even welke van de WTO Akkoorden is voorgeschreven. Deze laatste overweging is naar het oordeel van de auteurs bijzonder belangrijk. Zeer lang leek het er namelijk op dat de GATT Panels aan het Rapport van voormelde werkgroep van 1970 een soort van dogmastatus gaven.

Het AB gaf in essentie de EG gelijk waar deze argumenteerde dat het Panel te grote nadruk had gelegd op een enkel criterium, namelijk dat van eindgebruik. Evenzeer van belang was dat het AB het Panel zeer duidelijk terechtwees voor wat betreft het onderscheid tussen de vezels. Het AB zei letterlijk dat het niet kon inzien hoe de zeer belangrijke fysische verschillen tussen asbest vezels en substituuft vezels *niet* konden worden weerhouden in een analyse van gelijksoortigheid. Het verwierp echter in een adem ook de argumentatie van de EG dat gezondheidsrisico's een afzonderlijk criterium zouden moeten zijn; naar haar oordeel komen gezondheidsrisico's namelijk aan bod in de reeds bestaande criteria van fysische eigenschappen, en van het gebruik van de consument.

Wat ook interessant is om op te merken is dat een van de leden van het AB (die niet bij naam werd genoemd) een uitzonderlijke 'concurring statement' uitgaf, die werd gevoegd bij het Rapport. Hierin argumenteerde dit lid dat, puur voor de specifieke zaak, er overweldigend bewijs was dat de verschillende vezels niet gelijksoortig waren, louter op basis van een vergelijking van hun fysische eigenschappen. Hij verwees in dit verband naar de z.i. uitgebreide wetenschappelijke studies die het kankerverwekkend karakter van de asbestvezels aantoonde. Dit rechtvaardigde volgens hem althans dat puur voor het specifieke geval, het onaanvaardbaar zou zijn mochten eindgebruik en de perceptie van de consument, de conclusie van gelijkheid wijzigen.

**GATT Artikel XX(b).** Inzake de toepassing van GATT Artikel XX(b), volgde het AB grotendeels de redeneringen van het Panel. Wat in dit verband interessant is om op te merken is dat het AB benadrukt dat WTO Leden een onmiskenbaar recht hebben om te bepalen welk gezondheidsniveau zij wensen na te streven in een welbepaalde situatie. Het herhaalde ook haar conclusie van de *hormonen* zaak dat een Lid van de WTO niet verplicht is, bij het bepalen van haar gezondheidsbeleid, om automatisch te volgen wat er wordt voorgeschreven door wat op een bepaald ogenblik als de meerderheid van de wetenschappelijke opinie moet worden beschouwd, zolang de opinie die wordt gevolgd maar gekwalificeerd is respect geniet.

Wat betreft de noodzakelijkheidsvereiste oordeelde het AB dat het gecontroleerd gebruik, dat Canada zoals gezegd naar voren schoof als een alternatief met minder versturende gevolgen voor

de wereldhandel, Frankrijk niet zou toestaan om het door haar gekozen niveau van bescherming te garanderen. Gecontroleerd gebruik zou namelijk een voortzetting inhouden precies van het regime dat Frankrijk wil stopzetten.

**Conclusie.** Het rapport van het AB inzake *Asbest* is o.i. met name van belang omdat het de kwestie van nationale gezondheidsmaatregelen terug op het spoor brengt van GATT Artikel III, eerder dan de quasi automatische verwijzing van dit soort maatregelen naar Artikel XX. Weliswaar is dit enkel het geval voorzover de betrokken maatregelen niet moeten worden beschouwd als een productnorm in de zin van het TBT Akkoord. Dit Akkoord bevat een groot aantal bepalingen die gelijkaardig zijn aan deze van de GATT doch die totnogtoe niet zijn getest in WTO geschillenbeslechting.

#### **4.2.5.3 Conclusie inzake eenzijdige TREMs – Vingerwijzingen voor nationale maatregelen:**

##### *4.2.5.3.1 Besluiten:*

De hierboven uitgevoerde analyse leidt tot de volgende besluiten:

(1) Ook al deed het eerste *Tuna-Dolphin* Panel veel stof opwaaien en kreeg het veel kritiek te verduren, in het bijzonder in zoverre het scheen te negeren dat de VS wel degelijk hadden gepoogd om een onderhandelde oplossing voor de problematiek te vinden, toch had het Panel wel degelijk oog voor de natuurbeschermende aspecten van de regeling en paste het de handelsprincipes niet op een blinde wijze toe. Zowel inzake de noodzakelijkheidstest van Artikel XX(b) als bij de nadruk op de ‘primarily aimed at’ test in het kader van Artikel XX(g), legde het Panel bijzondere nadruk op de afwezigheid van duidelijke instructies naar Mexico toe. Op gelijkaardige wijze is het slechte ontwerp van de maatregelen wellicht van enig belang geweest bij de beoordeling door het tweede *Tuna-Dolphin* Panel. De alomvattende aard van het invoerverbod, zwakte de band af tussen de TREM en het natuurbehoudsdoel dat werd nagestreefd. Met andere woorden, eenzijdige TREMs moeten in ieder geval op degelijke wijze worden opgesteld, in die mate dat ze onder andere aan de bestemmelingen ervan duidelijke instructies geven inzake de te volgen weg.

(2) Het WTO DSU alsook zeer zeker de praktijk van het AB hebben aan de ‘rechtspraak’ inzake TREMs een breder gezichtsveld gegeven dan wellicht onder GATT het geval was. Hiermee doelen we op de duidelijke lijn van met name het AB om de WTO akkoorden niet in een vacuüm toe te passen, doch oog te hebben voor andere internationaalrechtelijke ontwikkelingen dan het internationaal handelsrecht.

(3) Inzake die TREMs die betrekking hebben op productie processen en –methoden, wijst de praktijk van de geschillenbeslechting op een duidelijk patroon. De betrokken TREM wordt in principe zonder veel controverse beschouwd als een schending van GATT Artikel XI, waarna het debat verschuift naar GATT Artikel XX. Naar de mening van de auteurs is het debat of TREMs verbonden aan PPMs absoluut niet kunnen worden ingepast, echter verre van gesloten. Zeker in het licht van PPMs die het gemeenschappelijk erfgoed van de mens aantasten, lijken niet alle routes voor Artikel III gesloten.

(4) De hernieuwde interesse voor de inleidende zin van GATT Artikel XX zou in de toekomst kunnen leiden tot grote mogelijkheden voor eenzijdige TREMs, zonder evenwel aanleiding te geven tot ongeremd protectionisme.<sup>46</sup>

(5) Zowel *Shrimp/Turtle* als de beslissing van het AB in *US Gasoline* benadrukken het belang van internationale samenwerking. Opdat de vruchten van zulke samenwerking WTO Panels zouden overtuigen, moeten ze duidelijke, bindende verplichtingen inhouden. Dit sluit ook aan bij onze opmerkingen hierboven, in verband met internationale akkoorden. In de mate dat zulke akkoorden aan de leden ervan te veel ruimte laten bij de invulling van de verplichtingen, lijkt er geen reden te zijn om aan te nemen dat zulke nationale maatregelen zich onderscheiden van totaal eenzijdige maatregelen (ie deze die plaatshebben volledig buiten de context van een internationaal Verdrag). Deze overweging houdt voor landen zoals België een duidelijke vingerwenk in: zij kunnen de internationale aanvaardbaarheid van handelsmaatregelen ter bescherming van het leefmilieu zeer zeker vooruithelpen door op milieufora de internationale harmonisering te steunen.

#### 4.2.5.3.2 *Perspectieven voor een Millennium Ronde:*

Vrijhandel en Leefmilieu is geen onderdeel van een de zogenaamde ‘ingebouwde agenda’ van de WTO. Derhalve is het op zichzelf niet gegarandeerd dat milieuvraagstukken onderdeel zouden uitmaken van een nieuwe ronde handelsonderhandelingen, intussen genoegzaam bekend als de ‘Millennium Ronde’. Desalniettemin is de bescherming intussen zodanig onderdeel geworden van met name de publieke opinie ten opzichte van de WTO, dat het leefmilieu een van de centrale thema’s van Ministeriele Conferenties van de WTO is geworden.

Vrijhandel en Leefmilieu was in ieder geval ook aanwezig in een groot aantal van de documenten en voorstellen die werden ingediend door Leden van de WTO in de aanloop naar de (uiteindelijk mislukte) top van Seattle. Een deel van deze documenten hielden niet meer in dan sloganeske taal, met name waar er zonder enige zin voor invulling wordt gepleit voor een WTO die rekening houdt met ‘duurzame ontwikkeling’. Dit concept had een nuttige functie in een periode waarin economische ontwikkeling überhaupt geen aandacht leek te schenken aan milieuoverwegingen (*i.e.* milieu stond niet op de agenda; dit betekent niet noodzakelijk dat economische ontwikkeling automatisch gepaard ging met milieuschade). Intussen echter is de tijd ongetwijfeld rijp voor een meer inhoudelijke invulling van het begrip ‘duurzame ontwikkeling’.

Ondanks de geringe vooruitgang die er in het CTE werd geboekt, blijft het het forum bij uitstek voor de vraagstukken die onderdeel zijn van het Vrijhandel en Leefmilieu debat. Vanaf ongeveer 1998 is het werk van het CTE overigens meer toegespitst op specifieke onderwerpen.

Zowel in de voorbereiding voor Seattle als in deze voor Doha, valt overigens op dat een fundamentele tegenstelling blijft: de ontwikkelingslanden en de zogenaamd nieuw ontwikkelde landen blijven in het algemeen gekant tegen de opname van zogenaamde ‘nieuwe’ onderwerpen in zowel de Millenniumronde als (nog meer) in de WTO Akkoorden zelf. Deze schijnbaar onbuigzame houding zou o.i. echter kunnen worden omgeboogen mocht er effectief een

---

<sup>46</sup> CHARNOVITZ 1991, 50.

Millenniumronde komen, waarin vraagstukken inzake leefmilieu pasmund zouden kunnen worden voor andere onderdelen van de discussie.

#### *4.2.5.3.3 Conclusie – Met onder andere een vergelijking met de EG:*

Geschillenbeslechting binnen de WTO blijft wellicht een groot aandachtspunt voor het Vrijhandel en Leefmilieu debat in de WTO. Doorbraak binnen het CTE is wellicht enkel mogelijk mocht Vrijhandel en Leefmilieu door compromissen gedeblokkeerd geraken. Tenslotte, hoewel de analyse van het Vrijhandel en Leefmilieu debat terecht grote aandacht schenkt aan de WTO, is het o.i. vooral op het niveau van de internationale milieuverdragen dat actie moet worden ondernomen. Er is dringend nood aan de ontwikkeling van internationale milieuverdragen die preciezer en gedetailleerder zijn dan de huidige generatie.

Vergelijkingen tussen de aanpak van de WTO en van de Europese Gemeenschap komen niet uit het ijlle. Zoals hieronder wordt besproken, zijn een aantal van de teksten in de EG/ de WTO identiek dezelfde. Desalniettemin is voorzichtigheid op zijn plaats. De WTO respectievelijk de EG opereren elk in hun eigen context. Wat de EG betreft, haar algemene handelspolitiek is verankerd in de algemene doelstellingen van het Verdrag. Hoewel de principes van de Gemeenschappelijk Markt aan de wieg stonden van de Europese Gemeenschappen, hebben de Verdragen altijd meer beoogd dan een loutere *economische* gemeenschap. Een van de grote uitdagingen van de WTO is precies de bepaling van haar agenda. De WTO akkoorden zijn in wezen handelsakkoorden. De integratie van waarden zoals milieubescherming en sociale normen verplicht de WTO om haar doelstellingen te herevalueren.

Een aantal van de bepalingen van het oorspronkelijke EG-Verdrag zijn bijna letterlijk overgenomen van het GATT Akkoord (1947). GATT Artikel III:4 en 5 verbieden protectionisme bij de toepassing van interne wetgeving en uitvoeringsmaatregelen; GATT Artikel XI verbiedt kwantitatieve beperkingen. De Artikelen 23, 25, 28 en 29 EG verbieden heffingen, kwantitatieve beperkingen en andere maatregelen die rechtstreeks of onrechtstreeks, effectief of mogelijkwijs, de vrije handel belemmeren.

GATT Artikel XX verzekert de beleidsautonomie van de Leden van de WTO, waardoor zij maatregelen kunnen nemen bijvoorbeeld ter bescherming van de volksgezondheid of het leefmilieu, die anderszins in tegenstrijd zijn met de bepalingen van de GATT, op voorwaarde dat de betrokken maatregelen niet neerkomen op arbitraire discriminatie, geen verborgen handelsbelemmeringen uitmaken, en voldoen aan de voorwaarden van de verschillende sub-paragrafen. Artikel 30 EG verzekert eveneens de nationale beleidsautonomie van de EG Lid-Staten inzake het vrije verkeer van goederen, op voorwaarde dat de betrokken maatregelen werkelijk bijdragen tot de verwezenlijking van het betrokken doel (bescherming van de volksgezondheid, van de consument...), geen arbitraire discriminatie inhouden of verborgen handelsbelemmeringen, en tegemoet komen aan de voorwaarden van de evenredigheidstest.

Hoewel de teksten op sommige plaatsen gelijkaardig zijn, soms zelfs identiek, kan men niet zomaar de 'oplossingen' in EG verband overplaatsen naar het WTO niveau. Het lijkt interessanter om de mechanismen achter de beslissingen te bestuderen. De rechtspraak van het Hof van Justitie, bijvoorbeeld, ontwikkelt zich immers vanzelfsprekend in de gehele context van

de Interne Markt en van de bredere agenda van de Gemeenschap. Extrapolaties van individuele beslissingen naar het WTO niveau hebben dan ook weinig zin.

In de context van de vergelijking WTO/EG is het ook van belang om te benadrukken dat in de EG niet al wat blinkt, goud is. De EG wordt dikwijls voorgesteld als hebbende de wijsheid en de ervaring in pacht inzake Vrijhandel en Leefmilieu spanningen. Desalniettemin zijn er in de EG heel wat openstaande vraagstukken; het evenwicht dat er wordt gehandhaafd tussen de Interne Markt en de milieubescherming wordt ook niet altijd lof toegezwaard. Zo bijvoorbeeld had het Hof van Justitie zich tot voor een paar jaren niet uitgesproken over geschillen die betrekking hebben op productonderscheid op basis van PPMs. In de recente zaken waar het dit wel heeft gedaan, met name in *Lomas*,<sup>47</sup> *Compassion*,<sup>48</sup> *Dusseldorp*,<sup>49</sup> baseerde het zijn uitspraak bijna uitsluitend op harmonisatieoverwegingen (in het bijzonder het leerstuk van de exhaustieve harmonisatie). Het Hof heeft tot nog toe het vraagstuk van de PPMs grotendeels omzeild, door zijn analyse te beperken tot de nogal complexe theorieën rond pre-emptie en harmonisatie.<sup>50</sup> Net zoals de *Tonijn/Dolfijn* zaken in de GATT context, zijn de betrokken arresten het voorwerp van heel wat controverse, met name onder milieuactivisten.

Verder heeft het Hof ook nog steeds niet ondubbelzinnig te kennen gegeven of het zichzelf de opdracht toemeet om het eigenlijke niveau van milieubescherming dat door de Lid-Staten wordt nagestreefd, aan toetsing te onderwerpen. De meeste van zijn arresten geven aan dat het dit niet doet, maar het debat is open (zie onder andere de conclusie van de AG in *Deense Flessen*<sup>51</sup>).

Bovendien heeft het Hof zich ook nog niet uitgesproken over het extraterritorialiteit vraagstuk: mogen de Lid-Staten eenzijdige maatregelen treffen ter bescherming van het leefmilieu in de andere Lid-Staten? Het vraagstuk van de extraterritorialiteit is, zoals bemerkt, een centrale overweging in een groot deel van de Vrijhandel en Leefmilieu discussie van de GATT/WTO: het werd bediscussieerd in *Tonijn/Dolfijn*, er waren referenties naar in het *Garnaal/Zeeschildpad* panel en mocht bijvoorbeeld de EG beenklemverordening<sup>52</sup> ooit het voorwerp zijn van WTO geschillenbeslechting dan zou het opnieuw cruciaal zijn. Het Europese Hof heeft het element extraterritorialiteit niet rechtstreeks betrokken in *Schotse Sneeuwhoenders*,<sup>53</sup> *Lomas*, *Compassion*, of *Dusseldorp*, ook al zijn er in al deze zaken minstens elementen van extraterritorialiteit.

Tenslotte moet ook worden opgemerkt dat ook het element 'positieve integratie' (de ontwikkeling van harmonisatiewetgeving; hierover verder meer), dat kan worden bestempeld als een poging om Vrijhandel en Leefmilieu op een directe wijze aan te pakken, geen onverdeeld succes is. Om te beginnen staan zowel Artikel 95 EG (het vroegere Artikel 100A), als Artikel

---

<sup>47</sup> Zaak C-5/94, *The Queen t Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, [1996] Jur. I-2553.

<sup>48</sup> Zaak C-1/96, *The Queen t Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Compassion in World Farming Limited*, [1998] Jur. I-1251.

<sup>49</sup> Zaak C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp en andere t VROM*, [1998] ECR I-4075.

<sup>50</sup> Zie de analyse van de auteur in 'Export restrictions – A watershed for Article 30', *European Law Review*, ter perse (2000).

<sup>51</sup> Zaak 302/86, *Commissie t Denemarken*, [1988] Jur. 4607.

<sup>52</sup> Verordening 3254/91 van 4 november 1991, Pb [1991] L308/1.

<sup>53</sup> Zaak C-169/89, *Strafzaak t Gourmetterie Van den Burg*, [1990] Jur. I-2143.

176 EG (voorheen Artikel 130T), strengere eenzijdige maatregelen toe van de Lid-Staten (zij het dat het Verdrag van Amsterdam alvast voor het eerstgenoemde Artikel de voorwaarden heeft aangescherpt). De toevlucht naar deze mogelijkheid is in de praktijk echter niet zo groot.<sup>54</sup> Wat belangrijker lijkt bij de beoordeling van het harmonisatie programma, is dat harmonisatiewetgeving meer en meer in de wetgeving zelf verschillende normen inbouwt, veelal verbonden aan overgangstermijnen. De Verpakkingsrichtlijn<sup>55</sup> is een goed voorbeeld. Dit wordt soms voorgesteld als de ideale oplossing voor het voorkomen van spanningen, vermits de Lid-Staten elkaars verschillende regimes expliciet erkennen, ook al ontstaan er pas na verloop van tijd gelijke voorwaarden in de reglementeringen ('Level playing field'). Voor anderen echter is dit soort van 'uitgestelde' harmonisatie, tezamen met de mogelijkheid van eenzijdige afwijkingen via de twee voormelde artikels, een illustratie van de mislukking van de harmonisatiepogingen.

#### *4.2.5.3.4 Positieve en negatieve integratie:*

Ook al moet men er zich in ieder geval voor hoeden om rechtstreekse vergelijkingen te maken, bijvoorbeeld tussen de rechtspraak van het Hof van Justitie en geschillenbeslechting voor de WTO, en ook al is zoals hierboven vermeld het Vrijhandel en Leefmilieu in de EG verre van opgelost, toch biedt het EG-model een zeer belangrijke vingerwijzing voor de WTO èn voor de internationale milieugemeenschap. Als men namelijk het Vrijhandel en Leefmilieu debat op geschikte en blijvende wijze wil oplossen, dan is het duidelijk dat er een vorm van samenwerking moet tot stand komen tussen de handels- en de milieugemeenschap. De EG heeft dit voordeel dat zowel handel als leefmilieu deel uitmaken van haar agenda en bevoegdheden. Bij de WTO is dit duidelijk niet het geval; ook al wordt er door de internationale handelsgemeenschap erkend dat de toenemende vrije wereldhandel niet ten koste kan gaan van de duurzame ontwikkeling, toch is de agenda, de roeping en de opdracht van de WTO niet gericht op de bescherming van het leefmilieu. Hierdoor is het verplicht om een bondgenootschap aan te gaan met de internationale milieugemeenschap wil het op succesvolle wijze het Vrijhandel en Leefmilieu probleem aanpakken.

De inspiratie die volgens de auteurs kan worden gehaald uit de EG, gaat terug op de basisprincipes die de EG hanteert bij de aanpak van Vrijhandel en Leefmilieu, te weten de combinatie van 'positieve' en 'negatieve' harmonisatie. *Positieve harmonisatie* verwijst naar het wetgevende werk van de Europese Instellingen. Door een min of meer (al naargelang de sector en het politieke momentum van het ogenblik) verregaande graad van eenmaking van de wetgevingen van de verschillende Lid-Staten, wordt het vrije verkeer vergemakkelijkt.

Met *negatieve harmonisatie* wordt de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie inzake de Gemeenschappelijke Markt bedoeld. Op grond van een teleologische interpretatie (steeds met de doelstellingen van de Gemeenschappelijke Markt in het achterhoofd) van de Verdragsartikelen, heeft het Hof een verregaande graad doorgevoerd van 'wederzijdse erkenning' door de Lid-Staten van elkaars wetgeving. Deze interventie van het Hof is het best bekend in de sector van het vrije verkeer van goederen.

---

<sup>54</sup> Zie de bespreking van de auteur, 'De toepassing van de milieuwaarborg van het EG-Verdrag – Krijtlijnen bij verdergaande milieumaatregelen van de Lid-Staten', *Milieu- en Energierecht*, 2000, 92-98.

<sup>55</sup> Richtlijn 94/62, Pb [1994] L365/10.

Welke instelling moet welke rol spelen bij het samenspel positieve/negatieve harmonisatie? De 'roeping' van de WTO lijkt het grootst voor de laatste functie. Mede door de beperkte mogelijkheden van een efficiënte afdwinging van het milieurecht, geniet het WTO geschillenbeslechtsmechanisme duidelijk de voorkeur van de internationale gemeenschap. De *Garnaal/Zeeschildpadden* zaak is een goede illustratie. Alle partijen die bij dit conflict betrokken waren, zijn leden van CITES, het Verdrag ter bescherming van de bedreigde planten- en diersoorten. Zij verkozen echter om het geschil te beslechten bij de WTO. In het algemeen vertegenwoordigt de WTO een min of meer duidelijk en sluitend geheel van regels en bindende verplichtingen; bij betwisting beschikt het over een goed functionerend geschillenbeslechtsmechanisme; beslissingen van dat mechanisme worden effectief afgedwongen, daar handelssancties ter beschikking staan van de winnende partij. Dit alles contrasteert sterk met vele internationale milieuverdragen (waaronder het CITES-Verdrag, maar ook het grote deel van de Verdragen die in het kader van de Rio conferentie werden overeengekomen) die dikwijls slechts kaderverdragen zijn; hoewel bindend, zijn de Verdragsverplichtingen zelf vaak zo vaag en algemeen dat men niet goed inziet hoe men die via geschillenbeslechting kan afdwingen. De eigenlijke verplichtingen zitten vervat in een amalgaam van Resoluties en Beslissingen van Vergaderingen der Partijen, wat het geheel nogal onoverzichtelijk maakt. Bovendien beschikken de Verdragspartijen in principe niet over handelssancties om de beslissingen kracht bij te zetten.

Dat de geschillenbeslechting in de GATT/WTO op kruissnelheid is, betekent nog niet dat men voor wat Vrijhandel en Leefmilieu betreft kan spreken van het soort van judicieel activisme dat in de EG nodig was om een doorbraak te forceren (wat de EG betreft denkt de auteur hierbij met name aan de *Cassis de Dijon* rechtspraak). Het *Garnaal/Zeeschildpadden* rapport van het Appellate Body, bijvoorbeeld, wordt terecht naar voren geschoven als een positieve ontwikkeling voor het Vrijhandel en Leefmilieu debat. De nadruk van dat rapport ligt echter op het rechte trekken van manifest verkeerde interpretaties van het internationale handelsrecht door het Panel. Wel bevat het AB rapport in zich de kiemen van wat in de toekomst een meer alomvattende aanpak van de problematiek kan worden, bijvoorbeeld in de nadruk op de consistentie en doorzichtigheid bij de toepassing van eenzijdige handelsmaatregelen (waarin de VS hadden gefaald). Men zou pas echt van judicieel activisme kunnen spreken mocht er bijvoorbeeld een doorbraak worden geforceerd in de problematiek van de PPMs.

De auteurs suggereren dat, om het spoor van de 'negatieve integratie' in de WTO voor de Vrijhandel en Leefmilieu problematiek op gang te trekken, er steun nodig is van de WTO Leden. Allereerst moet er door de Leden zelf, in hun memories voor de Panels en de AB, op meer innovatieve wijze voor de integratie van milieubekommernissen worden gepleit. In het Hof van Justitie speelt de Advocaat-Generaal dikwijls de rol van voortrekker; bij de WTO bestaat deze instelling niet en is het aan de partijen bij het geschil om het Panel/ het AB munitie te bezorgen. In dit verband verwijst de auteur onder andere naar de complete verstarring, sinds de Tonijn/Dolfijn rapporten, inzake de problematiek van de PPMs in het kader van GATT Artikel III. Partijen hebben zich zonder meer neergelegd bij de conclusies van een (niet aangenomen!) rapport van een GATT Panel terzake en laten dit onaangetast; eerder dan in volgende geschillen op de kwestie terug te komen, wordt onmiddellijk gegrepen naar het uitzonderingsregime van Artikel XX.



Positieve harmonisatie moet plaats nemen buiten het institutionele kader van de WTO. Gespecialiseerde internationale milieuintellingen en –agentschappen hebben de expertise en het mandata om dit aan te pakken. Een grote uitdaging in dit verband is precies de grote verscheidenheid aan instellingen die zich over de milieuproblematiek buigen.

### **4.3 MILIEUEFFECTENRAPPORTERING:**

In de *Lac Lanoux*-arbitrage (Frankrijk vs. Spanje, 1957) werd de algemene regel verwoord dat Staten met elkaar in contact moeten treden teneinde schade aan elkaars grondgebied te voorkomen. De Staat die in een gebied waarover Hij jurisdictie uitoefent een project wil uitvoeren of toestaan dat ingrijpende milieueffecten heeft op het grondgebied van een naburige Staat, heeft een *voorafgaandelijke informatieplicht* tegenover deze potentieel benadeelde Staat<sup>56</sup>. Deze laatste heeft eveneens het recht om *voorafgaandelijk* te worden *geconsulteerd* over het voorgenomen project<sup>57</sup>. De voorafgaandelijke informatieplicht en het voorafgaandelijk consultatierecht werden later inhoudelijk geconcretiseerd n.a.v. de ontwikkeling en institutionalisering van de *milieueffectenrapportering* (MER). In internationale context wordt dit milieubeleidsinstrument geregeld door het Verdrag van Espoo van 25 februari 1991 (*Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context*)<sup>58</sup>. Het Verdrag is in werking getreden op 10 september 1997. België heeft het Verdrag geratificeerd<sup>59</sup>.

Voor een goed begrip van het Verdrag van Espoo moeten een aantal opmerkingen worden gemaakt. In de eerste plaats moet worden benadrukt dat het Verdrag deel uitmaakt van het internationaal publiekrecht. Het Verdrag regelt m.a.w. de verhouding tussen twee of meer (naburige) Staten. Zoals in de titel reeds wordt aangegeven, heeft het betrekking op de milieueffectenrapportage voor projecten met *grensoverschrijdende* milieueffecten. Er is sprake van een *transboundary impact* wanneer een milieueffect<sup>60</sup> optreedt in een gebied waarover een Verdragsluitende Partij jurisdictie<sup>61</sup> uitoefent en dat veroorzaakt is door een activiteit waarvan de oorsprong zich geheel of gedeeltelijk situeert in een gebied waarover een andere Verdragsluitende Partij jurisdictie uitoefent<sup>62</sup>. In de tweede plaats moet worden vermeld dat het Verdrag geen internationaal publiekrechtelijke milieueffectenrapporteringsprocedure instelt. Onder het begrip *milieueffectenrapportering* in de zin van het Verdrag moet immers een *nationale* procedure worden verstaan<sup>63</sup>. De achterliggende filosofie van het Verdrag van Espoo bestaat er bijgevolg in Verdragsluitende Partijen te verplichten in een nationale MER-procedure rekening te houden met de belangen van naburige Verdragsluitende Partijen. De

---

<sup>56</sup> M. COGEN, *Handboek internationaal recht*, Gent, Mys & Breesch, 1998, nr. 153, p. 106.

<sup>57</sup> J. DE MULDER, “Milieueffectrapportage voor projecten met grensoverschrijdende milieueffecten”, *T.M.R.* 1996, 230.

<sup>58</sup> <http://www.unece.org/env/eia>.

<sup>59</sup> Decr. Vl. Parl. 15 juli 1997, *B.S.* 1 oktober 1997, 36.163; Decr. W. Gew. R. 23 oktober 1997, *B.S.* 30 oktober 1997, 27.580, *err. B.S.* 8 november 1997, 27.611; Ord. Br. H. R. 27 april 1995, *B.S.* 23 juni 1995; Wet 9 juni 1999, *B.S.* 31 december 1999, 1<sup>o</sup>ed., 50.296.

<sup>60</sup> Voor een omschrijving van *impact* zie artikel 1, (vii) Verdrag van Espoo.

<sup>61</sup> In grote lijnen moet onder *jurisdictie* worden verstaan: de bevoegdheid van een Staat om wetgeving uit te vaardigen en deze af te dwingen.

<sup>62</sup> Artikel 1, (viii) Verdrag van Espoo. *Transboundary* betekent evenwel niet dat het effect van wereldwijde aard moet zijn.

<sup>63</sup> Artikel 1, (vi) Verdrag van Espoo (... a national procedure for evaluating the likely impact of...).

Verdragsluitende Partijen moeten derhalve de nodige wettelijke, administratieve en andere maatregelen nemen om het Verdrag uit te voeren<sup>64</sup>. Op die manier moeten belangrijke nadelige grensoverschrijdende milieueffecten worden vermeden, beperkt of beheerst<sup>65</sup>. In de derde plaats moet worden beklemtoond dat het toepassingsgebied van het Verdrag zich beperkt tot projecten die belangrijke nadelige milieueffecten<sup>66</sup> kunnen teweegbrengen. Hier moet worden onderscheiden tussen projecten die zijn opgenomen in de lijst van Bijlage I bij het Verdrag en projecten die niet op de lijst figureren. Bijlage I-projecten worden vermoed belangrijke nadelige milieueffecten te veroorzaken. De Verdragsluitende Partij die dergelijk project wil uitvoeren (*Party of origin*), moet aan elke andere Verdragsluitende Partij die zij beschouwt als potentiële benadeelde (*affected Party*) kennis geven van haar voornemen<sup>67</sup>. Een grensoverschrijdende MER-procedure wordt slechts opgestart indien een of meerdere *affected Parties* de wens uiten deel te nemen in een MER-procedure<sup>68</sup>. Inhoudelijk moet een (nationale) grensoverschrijdende MER-procedure voldoen aan de eisen van artikel 3, §§ 5 tot en met 8 en artikelen 4 tot en met 7 Verdrag van Espoo. Deze eisen hebben betrekking op het wederzijds uitwisselen van informatie, het opstellen van een milieueffectenrapport<sup>69</sup> en wederzijds overleg (*consultation*) daarover. Vermeldenswaardig is enerzijds de inlating van de mogelijkheid voor de betrokken partijen (*concerned Parties*) om te voorzien in een milieueffectenbewaking (*post-project analysis*)<sup>70</sup> en anderzijds de plicht van de *Party of origin* tot gelijke behandeling van de inwoners van het potentieel benadeelde gebied van de *affected Parties*. Dit publiek moet op gelijke wijze als de eigen onderdanen kunnen participeren in de MER-procedure<sup>71</sup>. Uiteindelijk beslist de *Party of origin* over het al dan niet uitvoeren van het project. Daarbij wordt op gepaste wijze rekening gehouden met de bevindingen in het MER-rapport en de opmerkingen van de *affected Parties*<sup>72</sup>. Projecten die niet zijn opgenomen in Bijlage I worden slechts onderworpen aan de hierboven beschreven formaliteiten indien de betrokken partijen het, op verzoek van één van beide, na discussie eens raken over het al dan niet belangrijk nadelig karakter van de milieueffecten van het voorgenomen project<sup>73</sup>. De betrokken partijen kunnen zich daarbij laten leiden door de criteria die zijn opgenomen in Bijlage III bij het Verdrag<sup>74</sup>. Een vierde opmerking heeft betrekking op het niveau waarop een MER-procedure wordt gevoerd. Artikel 2, 7 van het Verdrag verduidelijkt dat een MER-procedure wordt gevoerd op project-niveau. De Verdragsluitende Partijen kunnen de beginselen van de milieueffectenrapportage evenwel ook toepassen op niveau van de beleidsvoornemens, plannen en programma's. Vijfde opmerking betreft de relatie tussen het Verdrag van Espoo en andere (milieu)verdragen. Volgens artikel 2, 10 van het Verdrag doet het Verdrag geen afbreuk aan de verplichtingen die Verdragsluitende Staten hebben op grond van het internationaal recht. Tegen deze achtergrond weze vermeld dat andere Verdragen vaak

---

<sup>64</sup> Artikel 2, 2 Verdrag van Espoo.

<sup>65</sup> Artikel 2, 1 Verdrag van Espoo.

<sup>66</sup> ...*significant adverse transboundary environmental impact*...

<sup>67</sup> Artikel 3, 1 Verdrag van Espoo.

<sup>68</sup> Artikel 3, 4 Verdrag van Espoo. Dit neemt niet weg dat op basis van het interne recht van de *Party of origin* een zuiver internrechtelijke M.E.R.-procedure moet worden doorgevoerd.

<sup>69</sup> De minimale inhoud van het grensoverschrijdend milieueffectenrapport wordt nader toegelicht in Bijlage II van het Verdrag. Volgens artikel 4, 1 van het Verdrag wordt het rapport voorgelegd aan een nationale instantie van de *Party of origin*.

<sup>70</sup> Artikel 7 Verdrag van Espoo.

<sup>71</sup> Artikel 2, 6 Verdrag van Espoo.

<sup>72</sup> Artikel 6, 1 Verdrag van Espoo.

<sup>73</sup> Artikel 2, 5 Verdrag van Espoo.

<sup>74</sup> Als criteria worden grootte, plaats en de effecten van het project geselecteerd.

activiteiten aan een MER-procedure onderwerpen. Voorbeelden zijn artikel 206 van het Zeerechtverdrag en artikel 19, 1, i) van het VEH dat de Verdragsluitende Partijen oproept MER-procedures te bevorderen m.b.t. investeringsprojecten in de energiesector<sup>75</sup>.

#### **4.4 VEILIGHEIDSRAPPORTERING:**

Begin jaren '90 van vorige eeuw is op internationaal niveau aandacht besteed aan de grensoverschrijdende effecten van industriële ongevallen. De internationaalrechtelijke beginselen inzake het veiligheidsbeleid m.b.t. gevaarlijke inrichtingen zijn vastgelegd in het Verdrag van Helsinki van 17 maart 1992 (*Convention on the transboundary effects of industrial accidents*)<sup>76</sup>. Het Verdrag van Helsinki is van toepassing ingeval van een industrieel ongeval dat grensoverschrijdende effecten kan hebben en heeft het voorkomen, voorbereid zijn op en aanpakken van dergelijke industriële ongevallen tot doel. De verdragsluitende partijen worden verzocht terzake samen te werken. Het Verdrag verplicht de verdragsluitende partijen tot het nemen van de nodige maatregelen om industriële ongevallen te voorkomen, de gevolgen ervan te beperken en de schade te herstellen. Daartoe moeten de partijen een aangepast beleid voeren om de risico's van industriële ongevallen te reduceren. In het kader van het nemen van preventieve maatregelen creëert het verdrag in hoofde van de betrokken verdragspartij de verplichting aangepaste maatregelen te nemen m.b.t. het identificeren van schadelijke activiteiten. Deze verdragspartij moet alle andere betrokken verdragspartijen op de hoogte brengen van de geïdentificeerde schadelijke activiteiten. De betrokken verdragspartijen hebben het recht om deel te nemen aan het overleg rond het al dan niet kwalificeren van een activiteit als een schadelijke activiteit. Indien de partijen geen overeenstemming bereiken, kan het geschil door elke partij voor een geschillencommissie worden gebracht. Elke verdragspartij moet ervoor zorgen dat de exploitant verplicht is alle noodzakelijke maatregelen te nemen m.b.t. het veilig uitvoeren van schadelijke activiteiten en het voorkomen van industriële ongevallen. Bijlage IV bij het verdrag bevat een indicatieve opsomming van potentieel te nemen preventieve maatregelen. Het Verdrag verplicht elke partij tot het opleggen van een bewijsplicht aan de exploitant: de exploitant moet via het verstrekken van informatie bewijzen dat de schadelijke activiteit veilig wordt uitgevoerd (bijlage V bij het verdrag). In het kader van het reduceren van het risico voor bevolking en milieu draagt het verdrag de verdragspartijen op een aangepast beleid inzake ruimtelijke ordening te voeren. De krachtlijnen van dergelijk beleid zijn opgenomen in bijlage V en VI bij het verdrag. Het Verdrag besteedt eveneens aandacht aan noodplanning. Daarbij heeft men zowel oog voor interne (binnen de onderneming) als externe noodplanning. De noodplannen moeten periodiek worden herzien en steeds worden aangepast in het licht van de ervaring die is opgedaan met industriële ongevallen. Het Verdrag benadrukt, enigszins redundant, dat deze noodplannen in voorkomend geval moeten worden geactiveerd en uitgevoerd. Het Verdrag kent aan het potentieel getroffen publiek een aantal rechten toe. In de eerste plaats heeft het publiek het recht geïnformeerd te worden. Het Verdrag legt de minimale inhoud van de informatie vast (bijlage VIII). Wat de wijze van informeren betreft, behouden de verdragspartijen maximale vrijheid. Daarnaast heeft het potentieel getroffen publiek het recht te participeren aan het beleid in die zin dat het in staat moet worden gesteld haar visie te geven m.b.t. preventie en noodplanning. Het verdrag bepaalt uitdrukkelijk dat terzake niet mag worden gediscrimineerd tussen het publiek in

---

<sup>75</sup> Welke deze projecten zijn, licht het VEH niet nader toe.

<sup>76</sup> <http://www.unece.org/env/teia/text.htm>

de staat waar het ongeval zich kan voordoen en dat in de potentieel getroffen staten. Tenslotte moet worden voorzien in hoofde van het publiek in de potentieel getroffen staten in een recht van toegang tot de rechter in de staat waarin het ongeval zich heeft voorgedaan. Het verdrag bepaalt dat dit recht mag worden afhankelijk gesteld van een wederkerigheidsclausule en dat het evenwaardig moet zijn aan de rechten die zijn toegekend aan de onderdanen van het land waarin het ongeval zich heeft voorgedaan. Het Verdrag verplicht de partijen een systeem op te zetten dat er moet voor zorgen dat de partijen elkaar kennis geven van industriële ongevallen. Er geldt terzake een kennisgevingsverplichting. De minimale inhoud van de kennisgeving is opgenomen in bijlage IX bij het Verdrag. Het Verdrag bevat ook een regeling inzake hulpverlening en bijstand. Deze regeling creëert evenwel geen bijstandsverplichting in hoofde van de aangezochte verdragspartijen. Het Verdrag besteedt tenslotte aandacht aan het uitwisselen van informatie en technologie.

#### **4.5 INSTRUMENTEN VAN FINANCIËLE STEUN:**

##### **4.5.1 Inleiding en terminologie:**

Terminologie is niet onbelangrijk in dit hoofdstuk. De term 'eco-dumping' wordt wel eens gebruikt als verwijt tegen vermeende lage milieunormen in met name ontwikkelingslanden. Staten kunnen vanzelfsprekend aan allerlei maatregelen denken om deze 'oneerlijke concurrentie' tegen te gaan. Ze kunnen goederen die bepaalde milieubelastende kenmerken vertonen, van hun markt weren (zie elders); ze zouden er ook kunnen aan denken deze goederen die vervaardigd zijn met gebruik van vervuillende productieprocessen en –methoden, eveneens van hun markten te weren (zie tevens elders); ze kunnen wellicht overwegen hun toevlucht te nemen tot Border Tax Adjustment teneinde eventuele fiscale maatregelen uit te breiden tot ingevoerde goederen (zie elders); ze zouden ook subsidies kunnen uitkeren om hun industrie bij te staan bij de overgang naar strengere normen (zie hieronder); ze zouden anderzijds kunnen redeneren dat het lage niveau van milieunormen in de betrokken Staten neerkomt op een verdoken subsidie die met tegenmaatregelen kan worden getroffen; tenslotte zouden ze kunnen pogen om de zwakke wetgeving en reglementering en/of gebrek aan afdwinging van eventuele normen, te rangschikken als 'dumping' en bijgevolg als weerlegbaar met anti-dumping maatregel (zie ook kort hieronder).

Zij het als middel tegen de vermeende oneerlijke concurrenten van 'lakse' landen, dan wel als een gewoon onderdeel van een proactieve milieupolitiek, verlenen Staten dikwijls subsidies aan hun industrie om haar bij te staan in de inspanningen die zij doen op milieugebied. In welke mate dit onder het regime van de Wereldhandelsorganisatie toelaatbaar is, wordt hieronder verder onderzocht.

Dit hoofdstuk bespreekt overigens niet die subsidies die schadelijk zijn voor het leefmilieu. Met name in de sector van de energie<sup>77</sup> en de landbouw<sup>78</sup> is dit een onderwerp van besprekingen, zonder overigens totnogtoe tot daadwerkelijke actie te hebben geleid.

---

<sup>77</sup> Zie bijvoorbeeld WTO Secretariaat, 'Environmental benefits of removing trade restrictions and distortions', WT/CTE/W/1 en -67; 'Energy Subsidies in Europe', Greenpeace/Vrije Universiteit Amsterdam, Mei 1997, 124p. plus Annexes; ANDERSSON, T., FOLKE, C., en NYSTRÖM, S., *Trading with the environment*, London, Earthscan, 1995, (140 p.) p.51 in het bijzonder.

## **4.5.2 Milieusubsidies:**

### **4.5.2.1 Het WTO Akkoord inzake subsidies en tegenmaatregelen:**

#### *4.5.2.1.1 Het bestaan van een subsidie:*

Het relevante WTO Akkoord, i.e. het *Agreement on subsidies and countervailing measures* ('SCM') voorziet in een gedetailleerd geheel van regels inzake aanvaardbare subsidies alsook de maatregelen die de Leden mogen nemen in het geval door een ander Lid een subsidie wordt toegekend in strijd met het Akkoord. Het vervangt de vroegere Subsidies Code,<sup>79</sup> die slechts door 25 leden van de GATT was ondertekend.<sup>80-81</sup> Artikel 1 van het SCM Akkoord voorziet dat het bestaan van een subsidie wordt aangenomen als<sup>82</sup>

*“(a)(1)there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (generally referred to in the Agreement as "government"), i.e. where:*

*(i) a government practice involves a direct transfer of funds (e.g. grants, loans, and equity infusion), potential direct transfers of funds or liabilities (e.g. loan guarantees);*

*(ii) government revenue that is otherwise due is foregone or not collected (e.g. fiscal incentives such as tax credits);<sup>83</sup>*

*(iii) a government provides goods or services other than general infrastructure, or purchases goods;*

*(iv) a government makes payments to a funding mechanism, or entrusts or directs a private body to carry out one or more of the type of functions illustrated in (i) to (iii) above which would normally be vested in the government and the practice, in no real sense, differs from practices normally followed by governments;*

**OR**

*(a)(2)there is any form of income or price support in the sense of Article XVI of GATT 1994;*

**AND**

*(b)a benefit is thereby conferred.”*

---

<sup>78</sup> Bijvoorbeeld PORTER, G., *Fisheries subsidies, overfishing and trade*, UNEP Series on Environment and Trade, No.16, 1998, 75p..

<sup>79</sup> Tokyo Round Agreement on the Interpretation and application of Articles VI, XVI, and XXIII of the General Agreement on Tariffs and Trade, GATT doc. MTN/NTM/W/236, opgenomen in 18 ILM 579 (1979).

<sup>80</sup> Zie DEPAYRE, G., 'Subsidies and countervailing measures after the Uruguay Round: An overview', in BOURGEOIS, J.H.J., BERROD, F., and GIPPINI FOURNIER, E., *The Uruguay Round Results - A European Lawyer's Perspective*, Brussel, European University Press - College of Europe, 1996, p.247-254.

<sup>81</sup> In overeenstemming met de algemene WTO aanpak zijn *alle* WTO leden nu natuurlijk ook leden van het SCM Akkoord.

<sup>82</sup> GATT 1947 noch de Tokyo Round Subsidies Code definieerden het concept "subsidie".

<sup>83</sup> Een voetnoot voegt hier aan toe *“(in accordance with the provisions of Article XVI of GATT 1994 (Note to Article XVI) and the provisions of Annexes I through III of this Agreement, the exemption of an exported product from duties or taxes borne by the like product when destined for domestic consumption, or the remission of such duties or taxes in amounts not in excess of those which have accrued, shall not be deemed to be a subsidy.”* (dit slaat op Border Tax Adjustment).

Niet al deze concepten zijn even duidelijk. Zo kan men zich inbeelden dat er onder regeringen wel zal gedebatteerd worden over de preciese aard van bijvoorbeeld ‘algemene infrastructuur’.<sup>84</sup> De voorwaarde van de specificiteit brengt echter normaal gezien de vereiste duidelijkheid aan. Niet onbelangrijk is ook dat het SCM Akkoord in een voetnoot voorziet dat Border Tax Adjustment (richting export) *niet* neerkomt op een subsidie (voorzover zij gebeurt binnen de toegelaten grenzen, natuurlijk; zie elders).

#### 4.5.2.1.2 Enkel “specifieke” subsidies worden geviseerd:

Een subsidie is enkel onderworpen aan de bepalingen van het Akkoord voorzover het een ‘specifieke’ subsidie is. Artikel 2 bepaalt in dit verband “(i)n order to determine whether a subsidy (...) is specific to an enterprise or industry or group of enterprises or industries (referred to in th(e) Agreement as “certain enterprises”) within the jurisdiction of the granting authority, the following principles shall apply:

(a) Where the granting authority, or the legislation pursuant to which the granting authority operates, explicitly limits access to a subsidy to certain enterprises, such subsidy shall be specific.

(b) Where the granting authority, or the legislation pursuant to which the granting authority operates, establishes objective criteria or conditions<sup>85</sup> governing the eligibility for, and the amount of, a subsidy, specificity shall not exist, provided that the eligibility is automatic and that such criteria and conditions are strictly adhered to. The criteria or conditions must be clearly spelled out in law, regulation, or other official document, so as to be capable of verification.

(c) If, notwithstanding any appearance of non-specificity resulting from the application of the principles laid down in subparagraphs (a) and (b), there are reasons to believe that the subsidy may in fact be specific, other factors may be considered. Such factors are: use of a subsidy programme by a limited number of certain enterprises, predominant use by certain enterprises, the granting of disproportionately large amounts of subsidy to certain enterprises, and the manner in which discretion has been exercised by the granting authority in the decision to grant a subsidy.<sup>86</sup> In applying this subparagraph, account shall be taken of the extent of diversification of economic activities within the jurisdiction of the granting authority, as well as of the length of time during which the subsidy programme has been in operation.”

Deze beperking tot specifieke subsidies, is een toegeving van de WTO aan de binnenlandse autonomie van de Leden. Het SCM Akkoord voorziet overigens in haar aanhef dat “subsidies are used by governments to promote important objectives of national policy.”<sup>87</sup> Bovendien toont

---

<sup>84</sup> Zie STONE, C.D., 'Too many fishing boats, too few fish: Can trade laws trim subsidies and restore the balance in global fisheries?', *Ecology Law Quarterly*, 1997, (506-544) 524.

<sup>85</sup> Een voetnoot voegt toe: “Objective criteria or conditions, as used herein, mean criteria or conditions which are neutral, which do not favour certain enterprises over others, and which are economic in nature and horizontal in application, such as number of employees or size of enterprise.”

<sup>86</sup> Een voetnoot voegt toe “In this regard, in particular, information on the frequency with which applications for a subsidy are refused or approved and the reasons for such decisions shall be considered.”

<sup>87</sup> Zie ook WILCOX, W.K., 'GATT-based protectionism and the definition of a subsidy', *Boston University International Law Journal*, 1998, (129-164) 153.

de specificiteitsclausule aan dat algemene subsidieregelingen niet worden geacht te zijn ingegeven door handelsoverwegingen.

#### 4.5.2.1.3 *Drie soorten subsidies:*

Het SCM Akkoord klasseert subsidies als verboden (of 'rood'), protesteerbaar (of 'oranje') en niet protesteerbaar (of 'groen').<sup>88</sup> Hierbij weze opgemerkt dat er bijzondere regels bestaan voor de landbouw.<sup>89</sup>

Artikel 8 omschrijft als niet-protesteerbaar de volgende subsidies: niet-specifieke subsidies, en de volgende subsidies voorzover ze aan een aantal verder omschreven voorwaarden voldoen: onderzoek (inclusief voor milieudoelinden), bijstand aan onderontwikkelde regio's, en steun voor milieudoelinden. Met betrekking tot dit laatste zegt het akkoord als volgt:

*“assistance to promote adaptation of existing facilities to new environmental requirements imposed by law and/or regulations which result in greater constraints and financial burdens on firms, provided that the assistance:*

*(i) is a one-time non-recurring measure; and*

*(ii) is limited to 20 per cent of the cost of adaptation; and*

*(iii) does not cover the cost of replacing and operating the assisted investment, which must be fully borne by firms; and*

*(iv) is directly linked to and proportionate to a firm's planned reduction of nuisances and pollution, and does not cover any manufacturing cost savings which may be achieved; and*

*(v) is available to all firms which can adopt the new equipment and/or production processes.”*

Elk van de betrokken programma's (dus ook als ze onder de voorwaarden voor uitzondering vallen), moeten worden gemeld aan het subsidiecomitee, *voorafgaand aan hun uitvoering*. Het comitee gaat na of de voorwaarden en criteria zoals opgenomen in paragraaf 2, zijn voldaan. De specifieke bepalingen in het SCM Akkoord inzake milieusubsidies, zijn duidelijk enkel gericht op de industrie en de verwerkende nijverheid.<sup>90</sup> Eventuele milieusubsidies in andere sectoren moeten worden geanalyseerd onder de algemene bepalingen van het Akkoord.

Het kader, zoals neergelegd in het Akkoord zelf, werd vervolgens aangevuld door drie beslissingen van het subsidies comitee. Deze beslissingen zijn met name een verduidelijking van de bepaling in Artikel 8,3<sup>o</sup> van het akkoord, dat enige aanmelding inzake onder andere milieusubsidies, *“has to be sufficiently precise to enable other Members to evaluate the consistency of the programme with the conditions and criteria provided for in the relevant provisions of paragraph 2.”* Het comitee heeft met name specifieke details gegeven van de informatie die moet worden overgemaakt inzake initiele aanmeldingen,<sup>91</sup> alsook updates van aanmeldingen,<sup>92</sup> en de specifieke procedures voor arbitrage<sup>93</sup>

---

<sup>88</sup> Zie WTO Secretariaat, GATT/WTO rules on subsidies and aids granted in the fishing industry, WT/CTE/W/80; WILCOX, W.K., *l.c.*, *supra*, note 87, 151.

<sup>89</sup> Details bij ERVIN, D.E., *Journal of World Trade*, 1999, No.2, 63-82.

<sup>90</sup> PORTER, G., *o.c.*, *supra*, noot 78, p.64.

<sup>91</sup> Format for notifications under Article 8.3 of the Agreement on subsidies and countervailing measures, G/SCM/14 (31 maart 1998).

<sup>92</sup> Format for updates of notifications under Article 8.3 of the Agreement on subsidies and countervailing measures, G/SCM/13 (3 november 1997).

De steun die wordt verleend mag in ieder geval geen betrekking hebben op eventuele besparingen die worden verwezenlijkt op de fabricagekosten. Hierdoor komt beweerdelijk een niet onbelangrijk deel van de potentiële programma's in het gedrang. Men vermoedt dat de redenering die hierachter steekt, gebaseerd is op de logica dat als met de investering besparingen kunnen worden gerealiseerd op de fabricagekosten, ze sowieso zou zijn doorgevoerd, onafhankelijk van enige steunverlening.

Het gebeurt zelden dat een programma voor milieusubsidies bij het SCM comité wordt aangemeld. Dit is merkwaardig, zeker gezien de problematiek van de steunverlening de enige sector is in de WTO waar zulke specifieke set van regels naar voren is geschoven. Deze merkwaardigheid kan worden verklaard op twee manieren.

Een mogelijkheid is dat de SCM regels zulke duidelijke regels inhouden naar de Leden toe dat zij *a priori* de verenigbaarheid van hun subsidieprogramma's met de desbetreffende regels verzekeren. Desalniettemin zouden zelfs in dit geval de betrokken programma's moeten worden aangemeld, *quod non*.

De andere lezing is meer sceptisch doch ook meer realistisch. Deze lezing gaat ervan uit dat de consensus inzake de subsidies voor milieudoelinden, niet zozeer is veroorzaakt door de klaarheid van de teksten, doch wel deze consensus verklaart. Het is inderdaad ook de mening van de auteurs dat de subsidies die door de ontwikkelde landen aan hun industrie worden toegekend teneinde bepaalde milieudoelinden te realiseren, eigenlijk niet controversieel zijn. Dit verklaart het relatieve gemak waarmee de regels in het comité zijn kunnen vastgelegd (vergelijk met de EG, waar de regels inzake milieusubsidies veel minder betwist zijn dan deze inzake bijvoorbeeld textiel of staal). Dit verklaart ook waarom de schijnbaar massale niet-naleving van de aanmeldingsvereiste, niet tot meer controverse leidt.

Het is aannemelijk dat er meer controverse komt als en wanneer de internationale gemeenschap in groter mate haar toevlucht neemt tot fiscale maatregelen om op onrechtstreekse wijze subsidies te verlenen. Men kan zeker een toename van deze maatregelen verwachten in de ontwikkelde landen, bijvoorbeeld in de energiesector.

Men heeft gesuggereerd dat Leden van de WTO kunnen overwegen voorkeur te geven aan het uitkeren van milieusubsidies, eerder dan de toevlucht te nemen tot Border Tax Adjustment. Zoals elders besproken, is de mogelijkheid om Border Tax Adjustment toe te passen op milieugerelateerde belastingen namelijk niet zonder moeilijkheden (zeker wanneer deze belastingen betrekking hebben op productieprocessen en -methoden). Zou men bijvoorbeeld kunnen overwegen alle producten te belasten (zowel deze geproduceerd in het binnenland als deze afkomstig uit het buitenland), zelfs als enkel een deel van de producenten de betrokken PPM hanteren, en vervolgens de opbrengsten van de belasting gebruiken als een subsidie voor diegenen die geen gebruik maken van de gevisserde PPM? Dit lijkt o.i. niet echt een mogelijkheid, in het bijzonder in het licht van de bepaling dat enigerlei milieusubsidies een eenmalig, niet wederkerend fenomeen moeten zijn. Met andere woorden dit sluit het gebruik van subsidies als een beleidsalternatief voor Border Tax Adjustment uit.

---

<sup>93</sup> Procedures for arbitration under Article 8.5 of the SCM Agreement, G/SCM/19.



### **4.5.3 “Eco-dumping”:**

#### **4.5.3.1 Zwakke milieuwetgeving en/of zwakke afdwinging hiervan in het licht van de anti-dumping bepalingen van het WTO akkoord:**

De WTO noch de GATT bevatten een direct verbod op dumping. Met andere woorden, Leden van de GATT zijn niet verplicht hun uitvoerders te verbieden hun producten te dumpen. Als de industrie van een betrokken Lid zich bezondigt aan dumping, dan hebben andere Leden weliswaar de mogelijkheid ‘antidumping heffingen’ in te stellen op de betrokken producten, voorzover de industrie van de Staat die deze heffingen oplegt, lijdt onder de dumping. ‘Dumping’ heeft in dit verband een zeer specifieke betekenis. Dumping doet zich voor in het geval een goed onder haar normale waarde wordt verkocht. Mocht bijvoorbeeld een producent goederen goedkoop kunnen produceren omwille van een beleidskeuze van de thuisstaat om geen strikte milieunormen te leggen, dan kunnen de betrokken goederen zowel in het binnen- als in het buitenland goedkoop worden verkocht en is er bijgevolg geen probleem van dumping.<sup>94</sup>

GATT Artikel VI voorziet dat de GATT Leden *“recognize that dumping, by which products of one country are introduced into the commerce of another country at less than the normal value of the products, is to be condemned if it causes or threatens material injury to an established industry in the territory of a contracting party or materially retards the establishment of a domestic industry. For the purposes of this Article, a product is to be considered as being introduced into the commerce of an importing country at less than its normal value, if the price of the product exported from one country to another*

*(a) is less than the comparable price, in the ordinary course of trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country, or,*

*(b) in the absence of such domestic price, is less than either*

*(i) the highest comparable price for the like product for export to any third country in the ordinary course of trade, or*

*(ii) the cost of production of the product in the country of origin plus a reasonable addition for selling cost and profit.*

*Due allowance shall be made in each case for differences in conditions and terms of sale, for differences in taxation, and for other differences affecting price comparability.”*

Paragraaf 2 van Artikel VI voegt hier aan toe dat *“in order to offset or prevent dumping, a contracting party may levy on any dumped product an anti-dumping duty not greater in amount than the margin of dumping in respect of such product.”*

Het WTO Akkoord inzake de toepassing van Artikel VI maakt duidelijk dat *“a product is to be considered as being dumped, i.e. introduced into the commerce of another country at less than its normal value, if the export price of the product exported from one country to another is less than the comparable price, in the ordinary course of trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country.”* En dat *“When there are no sales of the like product in the ordinary course of trade in the domestic market of the exporting country or when, because of the*

---

<sup>94</sup> Zie JACKSON, J., 'Greening the GATT: Trade rules and environmental policy', in CAMERON, J., DEMARET, P., en GERADIN, D. (eds.), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, London, Cameron May, 1994, (p.39-51) p.19..

*particular market situation or the low volume of the sales in the domestic market of the exporting country [footnote omitted], such sales do not permit a proper comparison, the margin of dumping shall be determined by comparison with a comparable price of the like product when exported to an appropriate third country, provided that this price is representative, or with the cost of production in the country of origin plus a reasonable amount for administrative, selling and general costs and for profits.” (Artikel 2 van dit akkoord)*

De kwalificatie van niet-geïnternaliseerde milieukosten als ‘dumping’, zou beweerdelijk kunnen worden verzekerd door een ‘eenvoudige’ formele interpretatie door de WTO Leden. Zelfs als dit geen principiële problemen zou opleveren, zou de berekening van de waarde van zulke dumping echter bijzonder moeilijk, zo niet onmogelijk zijn. Zo zou men er bijvoorbeeld moeten mee rekening houden dat, milieutechnisch gezien, bepaalde landen een grotere absorptiecapaciteit hebben dan andere. Bovendien zou zulke interpretatie beweerdelijk in strijd zijn met het GATT principe van de binnelandse beleidsautonomie.<sup>95</sup> Staten zouden in dit opzicht enkel kunnen worden beschuldigd van eco-dumping, mochten zij internationaal overeengekomen milieunormen niet naleven.

#### **4.5.3.2 Lakse milieureglementering en het SCM Akkoord:**

Valt lakse reglementering en of lakse afdwinging binnen de grenzen van het SCM Akkoord en zo ja, kan het worden bestreden met tegenmaatregelen? Naar de mening van de auteurs is een bijzonder probleem inzake deze analyse, het element ‘voordeel’ dat inherent is aan de definitie van ‘subsidie’ onder het akkoord.<sup>96</sup> Of het nu is via de toekenning van een direct financieel voordeel, of de niet-inning van een belasting, of andere vormen van ondersteuning, de begripsbepaling onder het akkoord vereist een positieve actie vanwege de betrokken Staat.<sup>97</sup> Bovendien lijkt een algemene politiek van lage normen of een zwakke afdwinging, niet tegemoet te komen aan de noodzaak van specificiteit.<sup>98</sup> Tenslotte bepaalt artikel 6,(7) van het SCM Akkoord dat “*Displacement or impedance resulting in serious prejudice shall not arise (...) where any of the following circumstances exist [voetnoot weggelaten] during the relevant period: (...) (f) failure to conform to standards and other regulatory requirements in the importing country.*” Toegepast *in casu* ziet men niet in hoe zwakke milieureglementeringen kunnen neerkomen op een subsidie.

#### **4.5.4 Conclusie:**

Zowel het SCM Akkoord als het Akkoord inzake de liberalisering van de landbouw, voorzien in redelijke flexibiliteit voor de Leden om milieusubsidies aan hun industrie toe te kennen. Behalve voro de categorie van de verboden subsidies, kent het SCM Akkoord geen absoluut verbod op het

---

<sup>95</sup> Zie ook PETERSMANN, E.-U., *International and European Trade and Environmental Law after the Uruguay Round*, London, Kluwer, 1995, (167 p.) p.50.

<sup>96</sup> Zie ook STONE, C.D., *l.c.*, *supra*, note 84, 527.

<sup>97</sup> ENDERS, A., 'The role of the WTO in minimum standards', in VAN DIJCK, P., en FABER, G., (eds.), *Challenges to the New World Trade Organisation*, Den Haag, Kluwer, 1996, (350p.) (p.61-75) p.65; ESTY, D.C, en GERADIN, D., 'Environmental protection and international competitiveness: A conceptual framework', *Journal of World Trade*, 1998, No.3, (5-46) 25.

<sup>98</sup> Zie ook DÜERKOP, 'Trade and environment: international trade law aspects of the proposed EC Directive introducing a tax on carbon dioxide emissions an energy', *Common Market Law Review*, 1994, (807-844) 830-831.

toekennen van subsidies. Bovendien moeten subsidies specifiek zijn vooraleer ze in het kader van het akkoord kunnen worden aangepakt. Zelfs als de nationale programma's de voorwaarden overschrijden, kan dit enkel leiden tot tegenmaatregelen door andere Leden, wanneer de subsidies schade veroorzaken bij de industrie van deze andere Leden.

Er zijn geen aanduidingen dat milieusubsidies wijdverspreid zijn om eventuele onevenwichten als gevolg van verschillende nadrukken op milieubeleid, te corrigeren. Eerder lijken het grootste deel van deze subsidies betrekking te hebben op onderzoek en ontwikkeling, alsook op infrastructuur. Desalniettemin is het niet uit te sluiten dat het belang van het SCM Akkoord in deze sector zal toenemen, met name mochten Leden steeds meer hun toevlucht nemen tot fiscale manipulatie voor milieudoeleinden.

Tenslotte kan worden opgemerkt dat voor België de Europese context vanzelfsprekend belangrijk is. Mocht een Belgische steunregeling de test van de Europese staatssteunregels doorstaan, dan lijkt het internationale handelsrecht weinig extra drempels te zullen opleggen.

#### **4.6 INTERNATIONAAL MILIEUSTRAFRECHT. CONVENTION SUR LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT PAR LE DROIT PÉNAL:**

##### **4.6.1 Inleidende beschouwingen: het Vlaamse milieustrafrecht:**

###### **4.6.1.1 *Het Vlaamse milieustrafrecht: een ongewild status quo:***

Krachtens art. 6, §1, II juncto art. 11 van de Bijzondere Wet Hervorming Instellingen<sup>99</sup> zijn de gewesten bevoegd om de niet-naleving van de regionale leefmilieuwetgeving<sup>100</sup> strafbaar te stellen en de straffen wegens de niet-naleving te bepalen.<sup>101</sup> Verwijzend naar deze bevoegdheidsbepalingen creëerde de Vlaamse decreetgever een heus Vlaams milieustrafrecht

---

<sup>99</sup> Bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *B.S.* 15 augustus 1980, gewijzigd door de bijzondere wet van 8 augustus 1988, *B.S.* 13 augustus 1988 en door de bijzondere wet van 16 juli 1993 tot vervollediging van de federale staatsstructuur, *B.S.* 20 juli 1993.

<sup>100</sup> Met regionale leefmilieuwetgeving wordt ook de federale leefmilieuwetgeving bedoeld die tot op heden niet vervangen werd door gewestelijke regelgeving maar waartoe de gewestelijke decreetgever wel bevoegd is. Het Vlaamse gewest bracht bijvoorbeeld aan de federale wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de oppervlaktewateren tegen verontreiniging verschillende wijzigingen aan door in hoofdstuk II een afdeling III toe te voegen (Bijzondere bepalingen voor het Vlaamse Gewest) en door twee volledig nieuwe hoofdstukken in de wet op te nemen (Hoofdstuk IIbis. Bijzondere bepalingen voor het Vlaamse Gewest inzake openbare riolen andere dan prioritair riolerings en Hoofdstuk IIIbis. Bijzondere bepalingen voor het Vlaamse Gewest inzake heffingen op de waterverontreiniging). De artikelen 1–32 van de wet blijven tot op vandaag ongewijzigd en behouden hun geldingskracht voor het Vlaamse Gewest.

<sup>101</sup> BRONDERS, B., "De weerslag van de grondwetsherziening op het milieustrafrecht", in B. BRONDERS, N. DE SAEDELEER, R. ERGEC, en P. VAN ORSHOVEN, *Milieubeleid in het federale België anno 1993 – La protector de l'environnement dans la Beluiken fédérale en 1993*, Piechem, Story-Scientia, 1994, 91-112; DE SAEDELEER, N., «Les transferts de compétences aux entités fédérées: l'environnement, l'agriculture et le pénal», *Administration Publique*, 1994, 181-193; HEYMAN, J., "Strafprocessuele gevolgen van de vierde staatsvorming voor de milieurechtshandhaving", *Panopticon*, 1995, 406-419; JADOT, B., «Les régions belges et la répression des infractions, spécialement dans le domaine de l'environnement», *R.D.P.*, 1989, 1075-1088; MESSINE, J., TULKENS, F. en VAN DEN WIJNGAERT, C., "De Sint Michielsakkoorden en de federalisering van het strafrecht: een belgenmop?", *Panopticon*, 1993, 1-5.

door in nieuwe milieuwetgeving stevast een aantal strafrechtelijke bepalingen op te nemen. Dat dit niet steeds even doordacht gebeurt, blijkt in de eerste plaats uit de rechtspraak van het Arbitragehof.<sup>102</sup> De Vlaamse decreetgever werd in het verleden immers herhaaldelijk teruggefloten wegens een schending van de bevoegdheidsverdelende regels, in het bijzonder wegens de niet-naleving van art. 11 van de Bijzondere Wet Hervorming Instellingen, dat de strafrechtelijke en strafprocesrechtelijke bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten regelt.<sup>103</sup> Nadat de bevoegdheidsverdeling inzake het milieu straf(proces)recht door de bijzondere wetgever werd verfijnd<sup>104</sup> – door sommigen als een Belgenmop afgeschilderd<sup>105</sup> –, verdwenen de bevoegdheidsperikelen grotendeels. In de tweede plaats wordt de Vlaamse decreetgever in rechtsgeleerde commentaren ook nog om andere redenen met de vinger gewezen. Zo merkt FAURE terecht op dat de inzet van het strafrecht bij de handhaving van het leefmilieurecht klaarblijkelijk vanzelfsprekend is en zelden getoetst wordt aan de in de rechtsleer uitgewerkte criteria voor strafbaarstelling: “Het is relatief zeldzaam dat tijdens een parlementair debat ook maar enige aandacht wordt besteed aan de vraag of strafsancities überhaupt noodzakelijk zijn”.<sup>106</sup> De decretale strafbaarstellingen, die zich stevast als slotbepalingen aandienen, zijn doorgaans ook ongenueanceerd geformuleerd in de zin dat het minimum en het maximum van de strafsancie voor de overtreding van om het even welke bepaling van het betreffende decreet en van zijn uitvoeringsbesluiten gelijk zijn<sup>107</sup>, terwijl het onrechtsgehalte van de overtredingen vanuit ecologisch perspectief sterk kan verschillen.<sup>108</sup>

De bedenkelijke kwaliteit van het Vlaamse milieu strafrecht zette aan tot bezinning. In 1989 werd op initiatief van de toenmalige Vlaamse Minister voor Leefmilieu de Interuniversitaire

---

<sup>102</sup> M. FAURE, *Preadvies Milieustrafrecht*, Antwerpen, Maklu, 1990, 19-30; LAVRYSEN, L., *Bevoegdheidsverdeling en milieubeleid in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, *Vlaams Jurist Vandaag*, 1988, 16-21.

<sup>103</sup> Zie hierover DELVA, J. en SMETS, J., “De staatsvorming en het strafrecht”, in *Liber Amicorum Marc Châtel*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 85-105; RASKIN, P., “Gewestvorming en strafprocesrecht: nieuwe verjaringstermijnen inzake jachtmisdrijven”, *Limburgs Rechtsleven*, 1986, 162-165; B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN, *De nieuwe bevoegdheden van de gemeenschappen en gewesten*, Brugge, Die Keure, 1994, 154-177; F. MEERSSCHAUT, *De strafrechtelijke bevoegdheid van gemeenschappen en gewesten*, in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Brugge, Die Keure, 1999, 51p.; M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Brussel, Bruylant, 1995, 845 p., inz. 197-246; VERDUSSEN, M., “La répression pénale”, in F. DELPEREE (ed.), *La Belgique fédérale*, Brussel, Bruylant, 1994, 296-312.

<sup>104</sup> Bijzondere wet van 16 juli 1993 tot vervollediging van de federale staatsstructuur, B.S. 20 juli 1993.

<sup>105</sup> MESSINE, J., TULKENS, F. en VAN DEN WIJNGAERT, C., “De Sint Michielsakkoorden en de federalisering van het strafrecht: een belgenmop?”, *Panopticon*, 1993, 1-5.

<sup>106</sup> FAURE, M., “De handhaving van het bodemsaneringsdecreet via toezicht, dwangmaatregelen en strafsancities”, in K. DEKETELAERE, (ed.), *Het Decreet betreffende de bodemsanering. Milieurechtstandpunten 7*, Brugge, Die Keure, 1995, 218-222.

<sup>107</sup> Bijvoorbeeld art. 39, §1 van het Decreet van 28 juni 1985 betreffende de milieuvergunning: §1. *Onverminderd de toepassing van de in het Strafwetboek gestelde straffen, wordt gestraft met een gevangenisstraf van acht dagen tot één jaar en met een geldboete van 100 frank tot 100.000 frank of met één van deze straffen alleen: (...)<sup>2°</sup> hij die de bepalingen van dit decreet en zijn uitvoeringsbesluiten of de vergunningsvoorwaarden niet naleeft;(...)*”.

<sup>108</sup> M. FAURE en M. VISSER, *De strafrechtelijke bescherming van het leefmilieu in België, Duitsland en Nederland. Modellen van strafbaarstelling en hun bewijsrechtelijke implicaties*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 284-285.

Commissie tot Herziening van het Milieurecht in het Vlaamse Gewest (I.C.H.M.) opgericht.<sup>109</sup> De commissie had onder meer de “verhoging van de doelmatigheid van de strafrechtelijke en andere middelen tot handhaving van het milieurecht” tot doel. De werkzaamheden van de I.C.H.M. resulteerden in het Voorontwerp Decreet Milieubeleid<sup>110</sup> waarin een gerationaliseerde en coherente Vlaamse milieuwetgeving wordt voorgesteld en waarin een afzonderlijke titel met betrekking tot de strafrechtelijke handhaving van het leefmilieurecht is opgenomen.<sup>111</sup> Het Voorontwerp Decreet Milieubeleid vormde in het verleden reeds het uitgangspunt voor verschillende ‘milieudecreten’<sup>112</sup> van het Vlaamse Gewest en bleek ook de voornaamste inspiratiebron te zijn voor het op 23 juli 1998 door de Vlaamse regering goedgekeurde voorontwerp van decreet betreffende de handhaving van het Vlaamse milieurecht.<sup>113</sup> Dit voorontwerp voorzag in de aanvulling van het Decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid met een nieuwe titel houdende de handhaving van het milieurecht in het Vlaamse Gewest. De voorgestelde strafrechtelijke bepalingen vertoonden op een aantal punten een duidelijke breuk met het verleden (infra). Het voorontwerp haalde evenwel het einde van de vorige legislatuur niet. De nieuwe Vlaamse Minister voor Leefmilieu en Landbouw benadrukt in haar beleidsnota evenzeer het belang van een doeltreffende en doelmatige regelgeving met het oog op een integraal en effectief milieubeleid. In uitvoering van deze beleidsnota worden talloze nieuwe ontwerpen van regelgeving voorbereid, in het bijzonder ook op het vlak van de strafrechtelijke handhaving van het milieurecht van het Vlaamse Gewest. Ook in het Federale Veiligheids- en Detentieplan van 31 mei 2000 stelt de Minister van Justitie een rationalisatie en vereenvoudiging van de milieuhandhavingswetgeving voorop en pleit voor uniforme strafmaten voor gelijkaardige vormen van milieucriminaliteit.<sup>114</sup> Het is aardig vast te stellen dat de belangstelling voor het milieustrafrecht steeds groeit, ook in hoofde van de wetgever. De goede voornemens ten spijt onderging het milieustrafrecht in het Vlaamse Gewest tot op heden echter weinig fundamentele wijzigingen en blijft de bekritiseerde situatie gehandhaafd.

#### **4.6.1.2 Het Vlaamse milieustrafrecht: quo vadis?**

Het milieustrafrecht geniet reeds geruime tijd ook internationale en Europese belangstelling. Net zoals dit tot voor kort ook ontegensprekelijk voor het Vlaamse milieurecht gold, is ook het internationale milieurecht het resultaat van een probleemoplossende aanpak, die resulteerde in

---

<sup>109</sup> Besluit van de Vlaamse regering van 5 juli 1989 houdende oprichting van een interuniversitaire commissie tot herziening van het milieurecht in het Vlaamse gewest, *B.S.* 25 augustus 1989.

<sup>110</sup> INTERUNIVERSITAIRE COMMISSIE TOT HERZIENING VAN HET MILIEURECHT IN HET VLAAMSE GEWEST, *Voorontwerp Decreet Milieubeleid*, Brugge, Die Keure, 1995, 1255.

<sup>111</sup> Deel 7. Handhaving, Titel 3. Strafsancties; rapporteur M. Faure.

<sup>112</sup> Decreet van 22 februari 1995 betreffende de bodemsanering, *B.S.* 29 april 1995, zoals gewijzigd; decreet van 15 juni 1994 betreffende de milieubeleidsovereenkomsten, *B.S.* 8 juli 1994; het decreet van 20 april 1994 tot wijziging van het decreet van 2 juli 1981 betreffende het beheer van afvalstoffen, *B.S.* 29 april 1994; het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid, *B.S.* 3 juni 1995; het decreet van 19 april 1995 tot aanvulling van het decreet van 5 april 1995 tot aanvulling van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid met een titel betreffende bedrijfsinterne milieuzorg, *B.S.* 4 juli 1995.

<sup>113</sup> Voorontwerp van decreet tot aanvulling van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid met titels betreffende toezichtsbepalingen, administratieve sancties, veiligheidsmaatregelen en strafsancties.

<sup>114</sup> Federaal Veiligheids- en Detentieplan van de Minister van Justitie d.d. 31 mei 2000.

een groot aantal voornamelijk sectorale milieuverdragen.<sup>115</sup> In verschillende verdragen worden de verdragspartijen verplicht de overtreding van de verdragsbepalingen strafbaar te stellen.<sup>116</sup> Voor een overkoepelende benadering van de strafrechtelijke bescherming van het leefmilieu op internationaal vlak kan verwezen worden naar de initiatieven genomen in het kader van de Association Internationale de Droit Pénal (A.I.D.P.). Naar aanleiding van het Xve internationaal congres van de A.I.D.P. te Rio de Janeiro werden met betrekking tot het milieustrafrecht, naar aanleiding van een eerdere studie van het milieustrafrecht van verschillende landen binnen het kader van de A.I.D.P., verschillende aanbevelingen geformuleerd.<sup>117</sup> Ook de Raad van Europa besteedde in het verleden reeds aandacht aan het milieustrafrecht. Een aanbeveling, aangenomen door het Comité van de Ministers van Justitie van de Raad van Europa – een herneming van de Resolutie van 77 (28) on the contribution of criminal law to the protection of the environment – spoort de leden van de Raad aan onder meer het water, de bodem en de atmosfeer van een strafrechtelijke bescherming te voorzien. Het hoeft niet te verwonderen dat precies in de schoot van de Raad van Europa een verdrag tot stand kwam waarin het milieustrafrecht op een sectoroverschrijdende wijze wordt behandeld.

Op 4 november 1998 werd het in de schoot van de Raad van Europa tot stand gekomen verdrag “La Convention sur la protection de l’environnement par le droit pénal” voor ondertekening en goedkeuring opengesteld.<sup>118</sup> In hoofdzaak verplicht het Verdrag de goedkeurende staten ernstige inbreuken<sup>119</sup> op de milieuwetgeving strafbaar te stellen. In beginsel – in een aantal gevallen kan voorbehoud gemaakt worden - worden de verdragspartijen ook verplicht hun interne (milieu)straf- en (milieu)strafprocesrecht in overeenstemming te brengen met de verdragsbepalingen inzake de rechtsmacht, de bestraffing, de inbeslagname, de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en de samenwerking tussen de verschillende handhavingsactoren.<sup>120</sup> De tweede – zij het heel wat minder uitgewerkte - pijler van het Verdrag voorziet in een internationale samenwerking op het vlak van het strafrechtelijk onderzoek en de vervolging van milieumisdrijven. Het spreekt evenwel voor zich dat de harmonisatie van het (milieu)straf- en (milieu)strafprocesrecht van de verdragspartijen de internationale samenwerking in dit domein bewerkstelligt.

---

<sup>115</sup> Voor een algemeen overzicht, zie MAES, F., “DEEL II. Milieu en internationaal recht”, in K. DEKETELAERE (ed.), *Handboek Milieurecht*, Brugge, Die Keure, 2001, 138-226.

<sup>116</sup> Zo verplicht art. 7.2 van de Convention on the prevention of marine pollution by dumping of wastes and other matter (London, 1972) de verdragspartijen tot bestraffing van de op haar grondgebied begane overtreding van de verdragsbepalingen (wet van 20 december 1984, B.S. 24 mei 1984). Art. 4 van de Convention on the control of transboundary movements of hazardous waste and their disposal (Basel, 1989) verplicht de verdragspartijen evenzeer om het illegale transport van gevaarlijk afval als een strafbaar feit in de wetgeving op te nemen en meer algemeen de overtreding van de verdragsbepalingen strafbaar te stellen. Dit verdrag werd van kracht op 5 mei 1992. Het werd door België goedgekeurd door de wet van 6 augustus 1993, B.S. 25 februari 1994.

<sup>117</sup> De aanbevelingen werden gepubliceerd in *International Review of Penal Law*, Volume 66, 47-53.

<sup>118</sup> Convention sur la protection de l’environnement par le droit pénal, Strasbourg, 4.XI.1998, *Série des traités européens*/172.

<sup>119</sup> In het Verdrag wordt een onderscheid gemaakt tussen ernstige (artt. 2 en 3) en minder ernstige overtredingen (art. 4).

<sup>120</sup> De artt. 8 en 11, respectievelijk aangaande het herstel in de oorspronkelijke toestand en de mogelijkheid voor milieuverenigingen om op te treden in een strafproces, houden geen verplichtingen in voor de verdragspartijen. Deze bepalingen voorzien enkel in de mogelijkheid voor de verdragspartijen te verklaren dat zij zullen voorzien in bepalingen aangaande het herstel in de oorspronkelijke toestand en de mogelijkheid voor de milieuverenigingen op te treden in een strafproces, respectievelijk overeenkomstig de bepalingen van art. 8 van het Verdrag of van hun intern recht.

De tekst van het Verdrag en het bijhorende “Rapport explicatif” – verder aangeduid als verklarend rapport - werden voorbereid door een comité van experts – “Groupe de spécialistes sur la protection de l’environnement par le droit pénal” - dat in 1991 werd opgericht naar aanleiding van de 17<sup>e</sup> Conferentie van de Europese Ministers van Justitie (1990, Istanbul).<sup>121</sup> De ontwerpverdragstekst werd in 1996 goedgekeurd door het Comité van Ministers van de Raad van Europa.<sup>122</sup> De inwerkingtreding van het Verdrag veronderstelt de goedkeuring door drie staten.<sup>123</sup> Tot op heden ondertekenden twaalf staten het Verdrag, zonder dit evenwel ook goed te keuren.<sup>124</sup> België ondertekende het Verdrag op 7 mei 1999. In de volgende paragrafen wordt onderzocht welke de gevolgen zijn voor het milieustrafrecht van het Vlaamse Gewest bij de inwerkingtreding van het Verdrag. Het weze opgemerkt dat de auteur ten tijde van het onderzoek niet kon beschikken over een authentieke Nederlandse verdragstekst en zich diende te verlaten op de authentieke Franse en Engelse verdragsteksten.

#### **4.6.1.3 Het Vlaamse milieustrafrecht de lege ferenda en de delictomschrijvingen uit het Verdrag:**

Het Vlaamse milieustrafrecht de lege lata is verspreid over talloze decreten en uitvoeringsbesluiten en vormt bepaald geen overzichtelijk geheel dat zich vlot laat toetsen op de conformiteit met het Verdrag. Door de Vlaamse decreetgever wordt evenwel een ‘milieuhandhavingsdecreet’<sup>125</sup> voorbereid waarin nagenoeg alle milieustrafrechtelijke bepalingen uit de Vlaamse milieuwetgeving zullen geschrapt worden en vervangen worden door omvattende milieustrafbepalingen die het sectorale karakter van de vigerende milieuwetgeving overstijgen. Bij de totstandkoming van dit decreet moeten de strafbepalingen van dit decreet getoetst worden op hun conformiteit met de verdragsbepalingen. Zolang dit nieuwe decreet niet goedgekeurd wordt, kan het werkzaam zijn de implementatie voor te bereiden in functie van de strafbaarstellingen uit het Voorontwerp Decreet Milieubeleid van de I.C.H.M. De werkzaamheden van de I.C.H.M. dienen immers als voornaamste inspiratiebron bij de voorbereiding van het ‘milieuhandhavingsdecreet’ dat als een nieuwe titel zal toegevoegd worden aan het Decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid. De artikelen 7.3.1.- 7.3.4. van Titel 3 Strafsancties van het Voorontwerp Decreet Milieubeleid van de I.C.H.M. worden hier integraal opgenomen:

Art. 7.3.1.

Hij die vrijwillig rechtstreeks of onrechtstreeks in strijd met wettelijke voorschriften, hetzij in strijd met een krachtens dit decreet verleende vergunning, stoffen, micro-organismen, geluid en andere trillingen of stralingen in of op water, bodem, atmosfeer inbrengt of verspreidt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van één maand tot drie jaar en met een geldboete van 100 frank tot 10 miljoen frank of met één van deze straffen alleen.

---

<sup>121</sup> De tekst van het “Rapport explicatif” is terug te vinden op de webpagina <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Reports/Html/172.htm>.

<sup>122</sup> Voor een overzicht van de werkzaamheden van de Raad van Europa met betrekking tot de strafrechtelijke handhaving van het milieurecht, zie ERCMANN, S., “The contribution of the Council of Europe to the protection of the environment through penal law”, *International Review of Penal Law*, 1994, 1199-1205.

<sup>123</sup> Art. 13 van het Verdrag.

<sup>124</sup> D.i. op 29/01/01.

<sup>125</sup> De bedoeling is dat het nieuwe decreet alle aspecten van de milieuhandhaving omvat en onder de vorm van een nieuwe titel zal toegevoegd worden aan het Decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid (B.S. 3 juni 1995).

Art. 7.3.2.

Hij die bij gebrek aan voorzorg of voorzichtigheid rechtstreeks of onrechtstreeks in strijd met wettelijke voorschriften, hetzij in strijd met een krachtens dit decreet verleende vergunning, stoffen, micro-organismen, geluid en andere trillingen of stralingen in of op water, bodem of atmosfeer inbrengt of verspreidt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van één maand of tot twee jaar en met een geldboete van 100 frank tot 10 miljoen frank of met een van deze straffen alleen.

Art. 7.3.3.

§1. Wordt gestraft met een gevangenisstraf van één maand tot drie jaar en met een geldboete van 100 frank tot 10 miljoen frank of met één van deze straffen alleen:

1° hij die zich schuldig maakt aan sluikhandel als bedoeld in artikel 26 van de Verordening (EEG) nr. 259/93 van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de Europese Gemeenschap;

2° hij die afvalstoffen als bedoeld in artikel 11, lid 1, van voormelde Verordening vervoert of overbrengt zonder dat ze vergezeld gaan van de informatie bedoeld in dezelfde bepaling;

3° hij die afvalstoffen uitvoert naar een ACS-staat in strijd met artikel 18 van voormelde Verordening;

4° hij die afvalstoffen overbrengt zonder te hebben voldaan aan de verplichting om een borgsom of gelijkwaardige financiële zekerheid te stellen wanneer dit vereist is door de krachtens artikel 12.1.31, §2 ter uitvoering van artikel 27, lid 1 van voormelde Verordening uitgevaardigde bepalingen;

5° hij die tijdens de overbrenging in strijd met artikel 29 van voormelde verordening, afvalstoffen mengt waarop verschillende kennisgevingen betrekking hebben;

6° het niet uitvoeren van een ondertekend saneringsproject als bedoeld in artikel 7.5.4.

§2. Hij die de bepalingen van dit decreet of van de uitvoeringsbesluiten ervan of de bepalingen van de krachtens dit decreet verleende vergunning schendt, wordt gestraft met een geldboete van 100 frank tot 1 miljoen frank.

Art. 7.3.4.

Hij die rechtstreeks of onrechtstreeks stoffen, micro-organismen, geluid en andere trillingen of stralingen in of op water, bodem of atmosfeer inbrengt of verspreidt, en weet of dient te weten dat dit concreet gevaar oplevert voor de menselijke gezondheid wordt gestraft met een gevangenisstraf van één maand tot vijf jaar en met een geldboete van 100 frank tot 10 miljoen frank of met één van deze straffen alleen.

## De voor de delictsomschrijvingen relevante bepalingen uit het Verdrag:

Art. 2, §1 van het Verdrag verplicht de verdragspartijen de passende maatregelen te nemen die noodzakelijk kunnen zijn om de volgende gedragingen in hun interne recht strafbaar te stellen<sup>126</sup>:

a.

- de verspreiding, de emissie of de inbreng van stoffen of ioniserende stralingen in de atmosfeer, bodem, water die de dood of ernstige verwondingen veroorzaakt

- de verspreiding, de emissie of de inbreng van stoffen of ioniserende stralingen in de atmosfeer, bodem, water die een ernstig gevaar inhoudt voor de dood of ernstige verwondingen.<sup>127</sup>

b.

- de wederrechtelijke verspreiding, emissie of inbreng van stoffen of ioniserende stralingen in de atmosfeer, bodem, water die ongeneeslijke lijkende ziektes of de dood of ernstige verwondingen veroorzaakt of kan veroorzaken, of die ernstige schade toebrengt of kan toebrengen aan beschermde monumenten, voorwerpen en goederen, dieren en planten.

---

<sup>126</sup> Vertaling van: «*Chaque partie adopte les mesures appropriées qui pourraient être nécessaire pour qualifier d'infractions pénales, en vertu de son droit interne*»

<sup>127</sup> Vertaling van: «*le rejet, l'émission ou l'introduction d'une quantité de substances ou de radiations ionisantes dans l'atmosphère, le sol; les eaux, qui: i causent la mort ou de graves lésions à des personnes; ou ii créent un risque significatif de causer la mort ou de graves lésions à des personnes*».



c.

- het wederrechtelijk verwerken, behandelen, opslaan, transporteren, exporteren, importeren van gevaarlijke afvalstoffen die de ongeneeslijke ziektes of de dood of ernstige verwondingen tot gevolg heeft of kan hebben, of die een wezenlijke vermindering van de kwaliteit van de lucht, van het water of van de bodem veroorzaakt of die ernstige schade toebrengt aan dieren en planten.

d.

- het wederrechtelijk uitbaten van een onderneming waar een gevaarlijke activiteit wordt uitgeoefend die de dood of ernstige verwondingen tot gevolg heeft of kan hebben, of een wezenlijke vermindering van de kwaliteit van de lucht, van het water of van de bodem veroorzaakt, of die ernstige schade toebrengt aan dieren en planten.

e.

- het wederrechtelijk vervaardigen, behandelen, opslaan, transporteren, exporteren of importeren van nucleaire grondstoffen of andere gevaarlijke radioactieve stoffen dat de dood of ernstige verwondingen veroorzaakt of kan veroorzaken, of een wezenlijke vermindering van de kwaliteit van de lucht, van het water of van de bodem veroorzaakt, of die ernstige schade toebrengt aan dieren en planten.

Voor de opzettelijke variant geldt dat de Verdragspartijen ook moeten voorzien in de strafbaarstellingen van de deelnemers aan deze misdrijven.

Het verdient aanbeveling dat ook het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en het Waalse Gewest in de eerste plaats milieustrafbepalingen opstellen die een algemene strekking hebben en vervolgens deze te toetsen op de conformiteit met de verdragsbepalingen. In de volgende paragrafen worden de strafbaarstellingen uit het Verdrag ontleed, teneinde een hervorming van het milieustrafrecht te vergemakkelijken.

## **4.6.2 Analyse van de strafbaarstellingen ex artt. 2, 3 en 4 van het Verdrag:**

### **4.6.2.1 Terminologische beschouwingen:**

In het Verdrag worden in globo drie modellen van strafbaarstelling gehanteerd: zelfstandige concrete gevaarzettingsdelicten waarbij de wederrechtelijkheid geen deel uitmaakt van de objectieve delictsinhoud<sup>128</sup>; concrete gevaarzettingsdelicten waarbij de wederrechtelijkheid wel deel uitmaakt van de objectieve delictsinhoud<sup>129</sup> en tenslotte abstracte gevaarzettingsdelicten waarbij de wederrechtelijkheid eveneens deel uitmaakt van de objectieve delictsinhoud.<sup>130</sup> Deze strafbaarstellingstechnieken liggen ook ten grondslag aan de strafbepalingen in het Voorontwerp Decreet Milieubeleid van de I.C.H.M., zodat op dit punt de voorstellen van de I.C.H.M. dezelfde theoretische onderbouw vertonen als de delictsommeringen in het Verdrag. Het Vlaamse milieustrafrecht de lege lata bestaat in hoofdzaak uit abstracte gevaarzettingsdelicten die de ecologische rechtsgoederen slechts op een onrechtstreekse wijze beschermen. Het model van het concrete gevaarzettingsdelict, met of zonder administratieve afhankelijkheid, dat de ecologische rechtsgoederen van een daadwerkelijke strafrechtelijke bescherming voorziet, komt nauwelijks voor in het Vlaamse milieustrafrecht de lege lata.

Krachtens de artt. 2, 3 en 4 van het Verdrag worden de verdragspartijen verplicht om welbepaalde handelingen en onthoudingen, al dan niet gepaard met het veroorzaken van

---

<sup>128</sup> Art. 2, §1, a van het Verdrag.

<sup>129</sup> Art. 2, §1, b-e van het Verdrag.

<sup>130</sup> Art. 4 van het Verdrag.

specifieke gevolgen, als misdrijven in hun interne recht op te nemen. Als theoretisch uitgangspunt voor de analyse van deze verdragsbepalingen zal de door DUPONT ontwikkelde definitie van het misdrijf gelden: “een delictstypische gedraging, die wederrechtelijk is, aan schuld te wijten en die door de wetgever – alle omstandigheden in acht genomen – als strafwaardig wordt beschouwd”.<sup>131</sup> Deze definitie omvat vier voorwaarden die in het Belgische strafrecht aan elk misdrijf als rechtsgrond voor bestraffing gemeen zijn (constitutieve elementen): de delictstypiciteit (*nullum crimen sine lege*); de wederrechtelijkheid (*nullum crimen sine iniuria*); de schuld of verwijtbaarheid (*nullum crimen sine culpa*) en de strafwaardigheid (*nullum crimen sine poena*). Met een delictstypische gedraging heeft DUPONT een gedraging voor ogen die beantwoordt aan “het geheel van de voor een specifiek misdrijf typische voorwaarden voor strafbaarheid van die gedraging, zoals deze blijken uit een wettelijke delictsomschrijving of incriminatie”.<sup>132</sup> Deze voorwaarden of constitutieve bestanddelen hebben betrekking, zowel op de objectieve als op de subjectieve inhoud van specifieke misdrijven. De objectieve delictsinhoud (onrechtbestanddelen) wordt doorgaans aangeduid als het materieel element van het misdrijf, de subjectieve delictsinhoud (schuldbestanddeel) als het moreel element van het misdrijf. Dat een gedraging alle bestanddelen van een wettelijke delictsomschrijving in zich verenigt en als een welbepaald misdrijf kan gekwalificeerd worden, is een noodzakelijke doch geen voldoende voorwaarde opdat er zou sprake zijn van een misdrijf dat voor bestraffing in aanmerking komt. De onrecht- en schuldbestanddelen indiceren immers ‘slechts’ de wederrechtelijkheid respectievelijke de verwijtbaarheid of schuld, maar vallen er niet mee samen.

Overeenkomstig §1 van art. 2 en van art. 3 van het Verdrag worden de verdragspartijen verplicht de passende maatregelen te nemen ‘qui pourraient être nécessaire pour qualifier d’infractions pénales, en vertu de son droit interne: (...)’. Vanuit het perspectief van het Belgische strafrecht kan uit deze bewoordingen afgeleid worden dat de vermelde verdragsbepalingen uitsluitend aanduidingen bevatten betreffende de delictstypiciteit – de objectieve en subjectieve delictsinhoud – van de milieumisdrijven en de drie andere algemene voorwaarden voor de strafbaarheid – wederrechtelijkheid, verwijtbaarheid en strafwaardigheid - ongemoeid laten.

#### **4.6.2.2 Misdrijf ex art. 2, §1, a en art. 3, §1:**

Overeenkomstig het verklarend rapport wil het comité van experts met de strafbaarstelling zoals opgenomen in art. 2, §1, a (opzettelijke variant) en in art. 3, §1 (onopzettelijke variant) de ernstigste vormen van milieuverontreiniging strafbaar stellen.<sup>133</sup> Dit misdrijf wordt getypeerd als een zelfstandig of autonoom misdrijf, d.i. een misdrijf dat zich niet laat kenmerken door administratieve afhankelijkheid.<sup>134</sup> Ter zake valt bij deze strafbaarstelling inderdaad op dat niet is vereist dat de bedoelde gedraging wederrechtelijk is opdat zij tot bestraffing aanleiding zou kunnen geven. De term ‘wederrechtelijk’ werd bewust achterwege gelaten. De afwezigheid van deze wederrechtelijkheidseis verklaart de kwalificatie van dit misdrijf als een zelfstandig of

---

<sup>131</sup> L. DUPONT, *Beginselen van strafrecht*, I, Leuven, Acco, 1999, 81.

<sup>132</sup> L. DUPONT, *Beginselen van strafrecht*, I, Leuven, Acco, 1999, 95.

<sup>133</sup> Verklarend rapport, 4: «*La première infraction visée s’applique aux atteintes les plus sérieuses portées à l’environnement, c’est-à-dire la pollution intentionnelle des milieux naturels qui provoque intentionnellement au moins le danger significatif de mort ou de grave lésion aux personnes*».

<sup>134</sup> Zie M. FAURE en M. VISSER, *De strafrechtelijke bescherming van het leefmilieu in België, Duitsland en Nederland. Modellen van strafbaarstelling en hun bewijsrechtelijke implicaties*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 281-320 (model C: ernstige milieuverstoring).

autonoom misdrijf maar laat niet toe te stellen dat daardoor de eenheid tussen het administratieve recht en het strafrecht - die bij administratief afhankelijke misdrijven vervat ligt in het wederrechtelijkheidsvereiste - zonder meer doorbroken is.<sup>135</sup> Er zal terecht opgemerkt worden dat deze zelfstandige strafbaarstelling kan worden ingeroepen als rechtsgrond voor bestraffing indien de verdachte een door de administratieve overheid vergunde activiteit ten laste gelegd wordt, als daardoor de dood of ernstige verwondingen (kunnen) veroorzaakt worden. Dat de strafrechter hierdoor onrechtstreeks verbiedt – via het strafrechtelijk sanctiearsenaal- wat door de administratieve overheid initieel werd toegestaan en op deze wijze de eenheid tussen het administratieve recht en het strafrecht op het spel zet, is een weinig genuanceerde uitspraak. Bovendien een welomschreven gedraging veronderstelt strafbaarheid op basis van art. 2, §1, a of art. 3, §1 van het Verdrag een specifiek gevolg: (een aanzienlijk risico op) de dood of (een aanzienlijk risico op) ernstige verwondingen. Het is weinig aannemelijk te stellen dat de administratie bij het verlenen van de vergunning de strafrechtelijk relevante gevolgen waarvan sprake voor ogen heeft en daarvoor toestemming wil verlenen. Het loslaten van de administratieve afhankelijkheid resulteert dus geenszins in een breuk tussen het strafrecht en het administratieve recht.

#### *4.6.2.2.1 Objectieve delictsbestanddelen:*

Bij de analyse van de delictsomschrijving ex art. 2, §1, a, van het Verdrag kunnen drie objectieve delictsbestanddelen onderscheiden worden: een in het Verdrag omschreven gedraging (1), een strafrechtelijk relevant gevolg (2) en het oorzakelijk verband tussen beide (3). Deze strafbaarstelling laat zich kwalificeren als een materiële delictsomschrijving<sup>136</sup>, d.i. een misdrijf waarbij het veroorzaken van een gevolg een constitutief bestanddeel van het misdrijf is. Strafbaarheid op grond van deze delictsomschrijving vereist dat de in het Verdrag omschreven gedraging ofwel de dood of een ernstige verwonding veroorzaakt, ofwel een ernstig gevaar creëert voor de dood of een ernstige verwonding. Het strafrechtelijk relevante gevolg bestaat aldus in een causaal gevaar voor de menselijke integriteit of in een causale aantasting van de menselijke integriteit.

##### *4.6.2.2.1.1 Verspreiding, emissie of inbreng van stoffen en ioniserende stralingen versus verontreiniging:*

Krachtens de delictsomschrijving ex art. 2, §1, a en art. 3, §1 van het Verdrag is niet elke vorm van ernstige milieuverontreiniging strafbaar gesteld. Strafbaarheid op grond van deze delictsomschrijving vereist dat het strafrechtelijk relevante gevolg door de verspreiding, emissie of inbreng van een hoeveelheid stoffen of ioniserende stralingen in de atmosfeer, in de bodem of in het water veroorzaakt wordt. De strafbaarstelling van ernstige milieuverontreiniging wordt

---

<sup>135</sup> Zie M. FAURE en M. VISSER, *De strafrechtelijke bescherming van het leefmilieu in België, Duitsland en Nederland. Modellen van strafbaarstelling en hun bewijsrechtelijke implicaties*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 296.

<sup>136</sup> L. DUPONT, *Beginselen van strafrecht*, Leuven, Acco, 1999, I, 103. DUPONT maakt met het oog op de behandeling van de causaliteitsproblematiek een onderscheid tussen de materiële delictsomschrijvingen, de formele delictsomschrijvingen, die niet het intreden van een welbepaald gevolg maar wel een handeling of onthouding op zich strafbaar stellen, en de delictsomschrijvingen van door het gevolg gekwalificeerde misdrijven, waarbij het intreden van een welbepaald gevolg een strafverzwarende omstandigheid uitmaakt, maar geen constitutief bestanddeel van het misdrijf is. Zie ook M. FAURE en M. VISSER *o.c.*, 311 (gevolgdelicten).

beperkt tot die gevallen waarin het strafrechtelijk relevante gevolg veroorzaakt wordt door welbepaalde in het Verdrag opgesomde gedragingen. Bij de omschrijving van deze specifieke gedraging worden verschillende termen ontleend aan het internationale milieurecht. Een nauwgezette implementatie van de verdragsbepalingen veronderstelt dat de internrechtelijke terminologie afgestemd is op deze van de verdragsbepalingen. In volgende paragrafen wordt onderzocht welke de precieze inhoud van de verdragstermen is.

De term “eaux” wordt door het Verdrag heel ruim gedefinieerd. De verdragsbepalingen zijn toepasselijk zowel op grond- als op oppervlaktewater en ook rivieren, stromen, meren, zeeën en oceanen behoren tot de strafrechtelijk beschermde ecologische rechtsgoederen.<sup>137</sup> Het comité van experts definieert ‘sol’ als ‘la croûte terrestre externe’, voorzover deze een ecologische functie heeft. Het milieucompartiment ‘air’ wordt omschreven als «l’air atmosphérique ou extérieur (c’est-à-dire à l’extérieur des immeubles et des installations)».<sup>138</sup> Voor de inhoud van ‘introduction’ wordt verwezen naar het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee (10 december 1982), in het bijzonder naar art. 1, 4 van het Verdrag omdat ook daar de term ‘introduction’ gebruikt wordt bij het definiëren van verontreiniging van het mariene milieu. Verontreiniging van het mariene milieu kan veroorzaakt worden door zowel het rechtstreeks als het onrechtstreeks brengen van stoffen of energie in het mariene milieu.<sup>139</sup> Het behoort tot de doelstelling van het Verdrag de strafbepalingen zo breed mogelijk te houden<sup>140</sup> en op grond hiervan kan aangenomen worden dat met art. 2, §1, a van het Verdrag zowel de directe als indirecte inbreng van stoffen en ioniserende stralingen beoogd worden. Het verklarend rapport bevat ook een verwijzing naar het Verdrag betreffende de voorkoming van vervuiling door schepen (2 november 1973), omdat daar de term ‘rejet’ gedefinieerd wordt.<sup>141</sup> Het verdient aanbeveling er mee rekening te houden dat de term ‘rejet’ een specifieke betekenis krijgt in het licht van de doelstelling van dit verdrag, met name de verontreiniging door schepen tegen te gaan.

Spijts de verwijzingen naar andere verdragen, is de inhoudelijke draagwijdte van de opgesomde gedragingen niet precies afgelijnd. Het doel dat het Verdrag met de opsomming van de gedragingen voor ogen heeft, lijkt duidelijk: “L’énumération des différentes alternatives, même dans le cas où elles se chevauchent, garantit l’exhaustivité du catalogue des types d’activités polluantes”. Het ontbreekt echter aan een definitie van vervuiling of verontreiniging in het Verdrag en in het verklarend rapport. De verdragstekst en het verklarend rapport lijken te

---

<sup>137</sup> Art. 1, a van het Verdrag.

<sup>138</sup> Verklarend rapport, 4.

<sup>139</sup> Art. 1, 4 “pollution of the marine environment” means the introduction by mean, directly or indirectly, of substances or energy into the marine environment, including estuaries, which results or is likely to result in such deleterious effects as harm to living resources and marine life, hazards to human health, hindrance to marine activities, including fishing and other legitimate uses of the sea, impairment of quality for use of sea water and reduction of amenities.

<sup>140</sup> Verklarend rapport, 4.

<sup>141</sup> Art. 2, 3, a) “discharge”, in relation to harmful substances or effluents containing substances, means any release howsoever caused from a ship and includes any escape, disposal, spilling, leaking, pumping, emitting or emptying. b) “discharge” does not include: (i) dumping within the meaning of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, done at London on 13 November 1972; or (ii) release of harmful substances directly arising from the exploration, exploitation and associated off-shore processing of sea-bed mineral resources; or (iii) release of harmful substances for purpose of legitimate scientific research into pollution abatement or control.

suggereren dat verspreiding, emissie en inbreng geen synoniemen zijn, maar bij gebreke aan definities, kan daarover geen uitsluitsel gegeven worden. Doorgaans wordt verontreiniging of vervuiling gedefinieerd als de aanwezigheid van verontreinigingsfactoren die de oorzaak vormen van een (potentiële) nadelige invloed op de mens en/of het milieu. Het Verdrag voorziet evenwel in misdrijven met een verschillende delictsinhoud afhankelijk van de gevolgen die veroorzaakt worden door de aanwezigheid van verontreinigingsfactoren, zodat een definitie medebepaald door de gevolgen hier niet werkzaam is. Doordat het Verdrag algemene termen hanteert zonder in een precieze definitie te voorzien, wordt de implementatie uiteraard bemoeilijkt. Er kan hoogstens onderzocht worden of in het Vlaamse milieurecht equivalente termen gangbaar zijn en of deze termen gebruikt kunnen worden om de doelstelling van het Verdrag, met name een zo ruim mogelijke strafbaarstelling, te realiseren.

De lege lata kent het Vlaamse milieustrafrecht geen delictsommschrijving die beantwoordt aan de in art. 2, §1, a en art. 3, §1 van het Verdrag opgenomen strafbaarstelling, zodat zich ter zake onvermijdelijk wijzigingen opdringen. Uitgaande van de eerder geformuleerde optie om het Decreet van het Vlaamse Gewest van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid aan te vullen met een titel houdende de handhaving van het milieurecht in het Vlaamse Gewest, stelt zich de vraag of de Vlaamse decreetgever zich daarbij kan verlaten op de in art. 1.1.2 van het D.A.B.M. opgenomen definities. De termen verontreinigingsfactoren en emissie zijn mijns inziens bruikbaar.<sup>142</sup> Verontreinigingsfactoren worden omschreven als “vaste stoffen, micro-organismen, energievormen, zoals warmte, stralingen, licht, geluid en andere trillingen”, met dien verstande dat stralingen in beginsel niet de ioniserende stralingen omvatten.<sup>143</sup> Een emissie is “elke inbreng door de mens van verontreinigingsfactoren in de atmosfeer, de bodem of het water”. De begrippen water, bodem en atmosfeer worden eveneens van een definitie voorzien door het D.A.B.M..<sup>144</sup> Met de bodem wordt het vaste deel van de aarde bedoeld, met inbegrip van het grondwater, de micro-organismen en andere bestanddelen die zich erin bevinden. Met water wordt geenszins het drinkwater bedoeld maar evenmin het grondwater. De atmosfeer bevat niet de lucht in afgesloten ruimten. De termen bodem en water dekken, in tegenstelling tot de term atmosfeer, niet dezelfde inhoud als in het Verdrag. Dat het grondwater overeenkomstig het Verdrag tot het water behoort terwijl in het D.A.B.M. het grondwater beschouwd wordt als een element van de bodem, levert geen problemen op, maar het drinkwater maakt volgens het D.A.B.M. in principe deel uit noch van de bodem noch van het water. Het D.A.B.M. voorziet in de mogelijkheid om deze definities aan te passen door uitdrukkelijk in een andersluidende omschrijving te voorzien. De nauwgezette implementatie van de verdragsbepalingen resulteert in een verlies aan coherentie tussen de verschillende titels van het D.A.B.M.. Daarmee wordt gedeeltelijk afbreuk gedaan aan de doelstelling van het D.A.B.M., met name het hanteren van een éénvoudig jargon in het Vlaamse milieurecht.

De Vlaamse decreetgever dient uiteraard enkel de verdragsbepalingen te implementeren op voorwaarde dat deze ook de bevoegde overheid is. Krachtens art. 6, §1, II van de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen blijft de federale wetgever bevoegd voor het vaststellen van productnormen, de bescherming tegen ioniserende stralingen met inbegrip van radioactief afval en de doorvoer van afvalstoffen. De aan de federale wetgever voorbehouden

---

<sup>142</sup> Art. 1.1.2. van het D.A.B.M..

<sup>143</sup> Art. 1.1.2, §2, 4<sup>o</sup> van het D.A.B.M..

<sup>144</sup> Art. 1.1.2, §2, 1<sup>o</sup>-3<sup>o</sup> van het D.A.B.M..

bevoegdheid inzake ioniserende stralingen verklaart waarom stralingen in het D.A.B.M. niet de ioniserende stralingen omvatten en betekent dat in deze de federale wetgever ook moet optreden indien zou blijken dat de strafrechtelijke handhaving van de wetgeving ter zake niet beantwoordt aan de principes uiteengezet in het Verdrag. De federale wetgever nam in de Wet van 15 april 1994 betreffende de bescherming van de bevolking en van het leefmilieu tegen de uit ioniserende stralingen voortspruitende gevaren en betreffende het Federaal Agentschap voor Nucleaire Controle een strafbepaling op naar luid waarvan de overtreder van de wet en van zijn uitvoeringsbesluiten gestraft wordt met een geldboete van duizend frank tot een miljoen frank en met een gevangenisstraf van drie maanden tot twee jaar of met één van deze straffen alleen.<sup>145</sup> In concreto dient onderzocht te worden of deze strafbepaling ook de rechtmatige inbreng van ioniserende stralingen in de atmosfeer, de bodem of het water die de oorzaak is van een aantasting van de menselijke integriteit of een risico daartoe creëert, bestraft. Is dit niet het geval, dan moet ook de federale wetgever optreden.

#### 4.6.2.2.1.2 Het strafrechtelijk relevante gevolg: ecologische rechtsgoederen versus menselijke integriteit:

Prima facie ligt het voor de hand dat, gelet op de doelstelling van de strafbaarstelling - het strafrechtelijk beteugelen van gevallen van ernstige milieuverontreiniging -, het door de strafwet verboden of geboden gedrag in zijn essentie zal bestaan in een ernstige aantasting van de ecologische rechtsgoederen of minstens een ernstige dreiging daartoe creëert. Het vereiste dat de al dan niet wederrechtelijke gedraging ernstige schade aan het milieu veroorzaakt of kan veroorzaken ligt evenwel niet als dusdanig in de objectieve delictsinhoud van het misdrijf verrat: ernstige schade of potentiële ernstige schade aan het milieu is niet als onrechtbestanddeel opgenomen. Overeenkomstig de bewoordingen van art. 2, §1, a van het Verdrag bestaat het strafrechtelijk relevante gevolg in de (potentiële) aantasting van de mens of van de menselijke integriteit, niet in de (potentiële) aantasting van het leefmilieu. Deze strafbaarstelling heeft dus tot gevolg dat gedragingen die zich laten kwalificeren als de inbreng, de verspreiding en de emissie van stoffen of ioniserende stralingen die de menselijke integriteit aantasten of kunnen aantasten tot bestraffing aanleiding kunnen geven, zonder dat daarbij een ernstige aantasting van het milieu voor handen is. De delictsstructuur schuift niet in de eerste plaats de ecologische rechtsgoederen, maar wel de mens als beschermd rechtsgoed naar voor. De (potentiële) aantasting van de menselijke integriteit dient wel een gevolg te zijn van een wijziging in de toestand van het milieu, bijvoorbeeld een emissie, maar dit laatste kan niet zonder meer met een ernstige milieuverontreiniging gelijkgesteld worden. Vanuit het perspectief van de doelstelling dient opgemerkt te worden dat deze strafbaarstelling dus slechts als rechtsgrond voor bestraffing van ernstige milieuverontreiniging kan dienen in de mate dat de aantasting van de ecologische rechtsgoederen ook een (potentiële) aantasting voor de menselijke integriteit met zich meebrengt. De strafrechtelijke bescherming van de ecologische rechtsgoederen gebeurt dus niet autonoom maar wel via de omweg van de bescherming van de menselijke integriteit.

#### 4.6.2.2.2 *Subjectieve delictsinhoud:*

---

<sup>145</sup> Art. 49 van de Wet van 15 april 1994 betreffende de bescherming van de bevolking en van het leefmilieu tegen de uit ioniserende stralingen voortspruitende gevaren en betreffende het Federaal Agentschap voor Nucleaire Controle, B.S. 29 juli 1994.

In beginsel verplicht het Verdrag de Verdragsluitende partijen zowel een opzettelijke als een onopzettelijke ernstige milieuverontreiniging strafbaar te stellen. Met betrekking tot de onopzettelijke variant kan krachtens art. 3, §2 van het Verdrag een voorbehoud gemaakt worden zonder dat het echter mogelijk is ook gevallen van ernstige nalatigheid uit te sluiten, behoudens wanneer de gedraging enkel een betekenisvol risico creëert tot de dood of ernstige verwondingen (art. 3, §3 van het Verdrag). Is dit laatste het geval, dan kunnen de verdragsluitende partijen dit misdrijf onbestraft laten. België maakte bij de ondertekening van het Verdrag geen enkel voorbehoud zodat ook de onopzettelijke variant in een strafbepaling dient opgenomen.

Opzet of *dolus* veronderstelt een wils- en een kenniselement: wetens en willens een strafrechtelijk gesanctioneerd verbod overtreden of een strafrechtelijk gesanctioneerd gebod niet naleven. Het kenniselement betekent dat de dader dient te weten dat zijn gedraging een inbreuk vormt op het (straf)recht en dat hij eveneens op de hoogte dient te zijn dat van het feit dat zijn feitelijk gedrag beantwoordt aan de objectieve delictsbestanddelen waarop het opzet betrekking heeft. Op basis van het kenniselement wordt doorgaans een onderscheid gemaakt tussen het directe opzet enerzijds en het indirect, eventueel of mogelijk opzet anderzijds. Direct opzet betekent dat de dader het misdrijf rechtstreeks heeft gewild waarbij deze ofwel kennis heeft van de gevolgen van zijn gedrag (bepaald opzet) ofwel de gevolgen nog niet precies kent, maar waarvan hij weet dat ze zich met grote waarschijnlijkheid zullen voordoen (onbepaald opzet). Indirect opzet betekent dat de dader voorziet dat bepaalde gevolgen zich kunnen voordoen en zonder die gevolgen rechtstreeks te willen toch handelt of nalat te handelen en de gevolgen die eventueel optreden er bij neemt. Het wilselement houdt in dat de dader de bedoeling had de objectieve delictsbestanddelen waarop het opzet betrekking heeft te realiseren. Met willens wordt gelijkgesteld het gedrag waarbij de strafrechtelijk gesanctioneerde gevolgen niet bedoeld zijn, maar wel a priori door de dader aanvaard worden, zoals dit steeds het geval is bij indirect opzet.<sup>146</sup> Onachtzaamheid of *culpa* betekent dat door een gebrek aan voorzorg of voorzichtigheid ongewild een strafrechtelijk beschermd rechtsgoed of rechtsbelang schendt, hoewel dit had kunnen en ook moeten vermeden worden. Bewuste onachtzaamheid of *luxuria* houdt in dat de dader zich rekenschap heeft van het feit dat zijn gedrag strafrechtelijk gesanctioneerde gevolgen te weeg kan brengen, maar er verkeerdelijk van uit gaat dat deze gevolgen zich niet zullen voordoen. Het onderscheid met het indirect of eventueel opzet bestaat er in dat de dader in dit laatste geval de gevolgen aanvaardt, terwijl bewuste onachtzaamheid betekent dat als de dader de draagwijdte van zijn gedrag juist inschat en zou weten dat de gevolgen zich zullen voordoen, niet zou handelen of niet zou nalaten te handelen. Onbewuste onachtzaamheid of *neglegentia* betekent dat de dader zich niet bewust is van de gevolgen van zijn gedrag maar zich daar wel moet en kan van bewust zijn om de gevolgen te vermijden.

Bij art. 2, §1, a van het Verdrag is de vraag aan de orde of het opzet betrekking heeft op alle objectieve delictsbestanddelen. In het bijzonder dient nagegaan te worden of het kennis- en wilselement ook moet betrokken worden op het strafrechtelijk relevante gevolg of niet. De verdragstekst biedt daarover geen uitsluitel. In het verklarend rapport kan daarover de volgende passage aangehaald worden: «Ce paragraphe de l'Article 3 étend la portée de l'Article 2 aux cas dans lesquels l'infraction est commise par « négligence ». Si l'élément moral de l'intention n'est pas présent dans l'un, dans plusieurs ou même dans tous les éléments importants (objectifs) des

---

<sup>146</sup> L. DUPONT, *Beginselen van strafrecht*, I, Leuven, Acco, 1999, 117.

infractions de l'Article 2, mais que l'on peut établir un fait de négligence, c'est l'Article 3 qui s'applique. Il vise les cas de négligence dans la mesure où ceux-ci ne relèvent pas des infractions intentionnelles visées à l'Article 2». <sup>147</sup> Hier uit kan mijns inziens afgeleid worden dat het opzet vereist is met betrekking tot alle elementen van de objectieve delictsinhoud en a fortiori dus ook op het strafrechtelijk relevante gevolg. Concreet betekent dit dat de dader opzettelijk handelt indien deze opzettelijk stoffen of ioniserende stralingen verspreidt, emitteert of inbrengt en dat hij ook het strafrechtelijk relevante gevolg kent en wil of minstens a priori aanvaardt. Een feitelijke dwaling omtrent de gevolgen van het de emissie, de verspreiding of de inbreng doet ons besluiten tot de afwezigheid van opzet. Het feit dat de dader zich wel wetens en willens bepaalde stoffen of ioniserende stralingen emitteert, verspreidt of inbrengt in de bodem, atmosfeer of het water, maar zich niet bewust was van de gevolgen van zijn gedrag, maar zich daar wel bewust van kon en moest zijn (overwinnelijke dwaling) teneinde deze te vermijden, kan enkel als onachtzaamheid gekwalificeerd worden omdat het opzet met betrekking tot het strafrechtelijk relevante gevolg ontbreekt.

#### **4.6.2.3 *Misdrijf ex art. 2, §1, b en art. 3, §1 van het Verdrag:***

De strafbaarstellingen opgenomen in art. 2, §1, b van het Verdrag wordt in het verklarend rapport aangeduid als de belangrijkste delictsommschrijving van het Verdrag<sup>148</sup>, in die zin dat deze strafbaarstelling in vergelijking met de autonome strafbaarstelling in art. 2, §1, a, een veel ruimer toepassingsgebied heeft. Neemt men de beschermde rechtsgoederen van beide strafbaarstellingen in aanmerking, dan beschermt art. 2, §1, b inderdaad niet enkel de menselijke integriteit, maar ook de lucht, de bodem, het water, beschermde monumenten, dieren en planten en andere beschermde goederen en eigendommen. Deze strafbaarstelling onderscheidt zich voorts ook van de eerder behandelde strafbaarstelling doordat slechts een wederrechtelijke verspreiding, inbreng, emissie van stoffen of ioniserende stralingen tot bestraffing aanleiding kan geven. In tegenstelling tot de menselijke integriteit geldt dat ecologische rechtsgoederen als dusdanig slechts strafrechtelijk beschermd worden als de inbreng, emissie of verspreiding van stoffen of ioniserende stralingen wederrechtelijk is.<sup>149</sup> Worden de strafbaarstellingen uit art. 2, §1, a en b van het Verdrag samen beschouwd dan kan een antropocentrische inslag ontwaard worden in de zin dat het niet wederrechtelijk inbrengen, verspreiden of emitteren van stoffen of ioniserende stralingen in de bodem, de lucht of in het water slechts strafbaar is als dit gevaar oplevert voor de menselijke gezondheid of de menselijke integriteit daadwerkelijk aantast. Is dit niet het geval dan veronderstelt strafbaarheid dat de inbreng, de emissie of de verspreiding van stoffen of ioniserende stralingen in de bodem, in de lucht en in het water wederrechtelijk is.

##### **4.6.2.3.1 *Objectieve delictsinhoud:***

---

<sup>147</sup> Verklarend rapport, 6.

<sup>148</sup> Verklarend rapport, 4.

<sup>149</sup> KOOPMANS, I.M., "Europa dwingt tot broodnodige aanpassing van het milieustrafrecht", *N.J.B.*, 1999, 1310. Deze auteur concludeert bij lezing van de strafbaarstellingen uit art. 2, §1, a en b tot een antropocentrische opvatting in de zin dat het niet wederrechtelijk inbrengen van stoffen of ioniserende stralingen in de bodem, de lucht of in het water slechts strafbaar als dit gevaar oplevert voor de menselijke gezondheid. Is dit niet het geval dan is veronderstelt strafbaarheid dat de inbreng, de emissie of de verspreiding van stoffen of ioniserende stralingen in de bodem, in de lucht en in het water wederrechtelijk is.



Bij de analyse van de delictomschrijving ex art. 2, §1, b van het Verdrag kunnen opnieuw drie objectieve delictbestanddelen onderscheiden worden, zoals dit het geval is voor het misdrijf ex art. 2, §1, a van het Verdrag: een in het Verdrag omschreven gedraging (1), een strafrechtelijk relevant gevolg (2) en het oorzakelijk verband tussen beide (3). Ook dit misdrijf valt dus te kwalificeren als een materiële delictomschrijving (supra) waarbij het strafrechtelijke relevante gevolg er in bestaat dat ofwel de blijvende aantasting van de bodem, het water, of de lucht veroorzaakt wordt of kan veroorzaakt worden, ofwel de dood of ernstige verwondingen tot gevolg heeft of tot gevolg kan hebben, ofwel in substantiële schade aan monumenten, andere goederen en eigendommen, aan dieren of aan planten resulteert of kan resulteren. In de volgende paragrafen wordt uitvoerig ingegaan op het vereiste van de wederrechtelijkheid, omdat dit vereiste precies niet is opgenomen in de strafbaarstelling ex art. 2, §1, a van het Verdrag.

#### 4.6.2.3.1.1 Wederrechtelijke verspreiding, emissie of inbreng van stoffen en ioniserende stralingen:

De term “illicite” – wederrechtelijk of onrechtmatig – is uitdrukkelijk in de delictomschrijving opgenomen. Voorafgaandelijk aan de Sectie II van het Verdrag – het geheel van maatregelen dat door de nationale staten dient genomen te worden- definieert art. 1 van het Verdrag het begrip “illicite” teneinde voor een stuk het toepassingsgebied *ratione materiae* van het Verdrag te bepalen. De term “illicite” verwijst naar elke overtreding van een wet, een uitvoeringsbesluit of van een individuele beslissing van een bevoegde overheid, die de bescherming van het leefmilieu tot doel heeft.<sup>150</sup> In verschillende door het Verdrag verplichte strafbaarstellingen omvat de objectieve delictsinhoud de vereiste van wederrechtelijkheid, zonder dat daarbij nader wordt bepaald welke gedragsvoorschriften nu moeten geacht worden gedragsvoorschriften te zijn die het milieu beschermen en waarvan het niet naleven een constitutief bestanddeel van het misdrijf uitmaakt. Eens te meer komt de vraag naar een definitie van het begrip ‘milieu (recht)’ hier om de hoek kijken. Bij gebreke aan een verdere verfijning van de term (leef)milieu in de verdragstekst, kan verwezen worden naar het verklarend rapport alwaar met betrekking tot het begrip “environnement” het volgende is opgenomen: “(...) dans le domaine de la protection de l’environnement, et notamment du milieu naturel (air, eaux, sol) ainsi que de la flore et de la faune. Les règles administratives appliquées à l’intérieur des entreprises ne sont pas incluses dans cette définition”.<sup>151 152</sup>

---

<sup>150</sup> Art. 1 van het Verdrag.

<sup>151</sup> Verklarend rapport, 3.

<sup>152</sup> Deze laatste zinsnede vertoont sterke gelijkenissen met het bepaalde in art. 6 van de Bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen die onder meer de bevoegdheidsverdeling inzake leefmilieu bevat. Meer in het bijzonder bepaalt art. 6, §1, II, 3° dat de politie van de gevaarlijke, hinderlijke en ongezonde bedrijven onder voorbehoud van *de maatregelen van interne politie die betrekking hebben op de arbeidsbescherming* tot de bevoegdheid van de gewesten behoren. Deze bepaling dient zo geïnterpreteerd te worden dat krachtens deze bepaling enkel de arbeidsbescherming een federale bevoegdheid blijft en dat alle andere aspecten die betrekking hebben op de hinder die een inrichting met zich kan brengen voor de omgeving, ook gesitueerd binnen de inrichting, onder de externe politie valt en aldus tot de milieubevoegdheid van de gewesten behoort.<sup>152</sup> Het bevoegdheidsvraagstuk in eerste instantie buiten beschouwing latend, valt te merken dat *les règles administratives appliquées à l’intérieur des entreprises* niet beperkt is tot die regels die betrekking hebben op de arbeidsbescherming binnen een onderneming, maar slaat op de regelgeving met betrekking tot alle aspecten gesitueerd binnen de inrichting, en dus ook de civiele bescherming. Overeenkomstig de bevoegdheidsverdelende regels is in België de federale wetgever steeds bevoegd gebleven inzake de civiele bescherming en behoort dit evenmin tot de geregionaliseerde bevoegdheid inzake leefmilieu. Doordat ook de regelgeving inzake civiele bescherming in de interne Belgische

Het weze duidelijk dat het Verdrag niet in de eerste plaats verplicht om de overtreding van de bepalingen van internationale milieuverdragen strafbaar te stellen en te bestraffen, maar wel de verdragspartijen verplicht de overtreding van het nationale milieurecht strafbaar te stellen. Uiteraard dient het nationale milieurecht aangepast te worden aan de internationale verdragen die door de nationale staten ondertekend worden, waardoor op onrechtstreekse wijze ook de niet-naleving van internationale milieuverdragen strafbaar wordt gesteld. De term ‘wederrechtelijk’ verwijst dan in de eerste plaats ook niet naar internationale milieuverdragen, maar wel naar het milieurecht van de verdragspartijen. Daar dit uiteraard voor elke verdragspartij anders is, kan de term ‘wederrechtelijk’ ook niet nader bepaald worden aan de hand van een opsomming van specifieke milieurechtelijke bepalingen. Toch wil het Verdrag een min of meer arbitraire invulling van het begrip milieurecht door elke verdragspartij afzonderlijk overstijgen. Daartoe worden in de eerste plaats specifieke gedragingen strafbaar gesteld, zoals «le rejet, l’émission ou l’introduction illicite d’une quantité de substances ou de radiations ionisantes dans l’atmosphère, le sol, les eaux (...)». De draagwijdte van de term wederrechtelijk wordt aldus beperkt tot de bepalingen die deze specifieke gedragingen reglementeren. Fundamenteel daarbij is uiteraard de inhoud van de bij de omschrijving gehanteerde begrippen. Tengevolge van het feit dat in België ook de federale wetgever nog een drietal voorbehouden bevoegdheden inzake leefmilieu heeft, moet er bij de implementatie van het Verdrag ook steeds nagegaan worden of alle aspecten van een welbepaalde gedraging, bijvoorbeeld de emissie van ioniserende stralingen, tot de materiële milieubevoegdheid van optredende wetgever behoren. Het spreekt voor zich dat de verdragsterm ‘wederrechtelijk’ alle met betrekking tot een welbepaalde gedraging relevante milieubepalingen op het oog heeft en geenszins rekening houdt met de interne bevoegdheidsverdeling tussen de gewesten en de federale overheid.

Wat betreft de juridische aard van de gedragsvoorschriften die de bescherming van het leefmilieu tot doel hebben kan een onderscheid gemaakt worden tussen algemene of reglementaire gedragsvoorschriften die zijn opgenomen in milieuwetgeving en in uitvoeringsbesluiten enerzijds en individuele gedragsvoorschriften vervat in de door de administratieve overheid verleende milieuvergunningen anderzijds.<sup>153</sup> Niets belet dat een gedragsvoorschrift naast een ecologische doelstelling ook nog andere doelstellingen nastreeft.<sup>154</sup> Strafbaarheid op grond van art. 2, §1, b van het Verdrag vereist een emissie, verspreiding of introductie van stoffen of ioniserende stralingen in de atmosfeer, in het water of in de bodem die strijdig is met de milieuedragsvoorschriften die deze gedragingen reglementeren.<sup>155</sup> Niet de schending van om het even welk milieuedragsvoorschrift leidt tot een wederrechtelijke emissie, verspreiding of inbreng van stoffen of ioniserende stralingen.

---

rechtsorde niet onder de noemer milieuwetgeving kan geplaatst worden, levert het voorbehoud in het Verdrag op dit punt geen problemen op.

<sup>153</sup> Zie Verklarend rapport, 5: «*La deuxième différence concerne l’exigence supplémentaire de transgresser des dispositions légales (caractère “illicite”, c’est-à-dire des dispositions réglementaires, des dispositions relevant de décrets locaux, comme les ordonnances ou les règlements (« Verordnungen » en Allemagne) ou des décisions administratives. Ces dernières peuvent figurer dans un acte administratif, délivré par une autorité administrative, et contenir des obligations ou des interdictions spécifiques visant une situation particulière*».

<sup>154</sup> Verklarend rapport, 5.

<sup>155</sup> HENDRIKS, L.E.M., *Techniek en normstelling in het milieustrafrecht. Een rechtsvergelijkende studie in het milieustrafrecht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, 339p.

Typerend voor het milieustrafrecht van verschillende Europese landen – België, Nederland, Duitsland – is dat in hoofdzaak niet milieuverontreiniging als dusdanig strafbaar wordt gesteld, maar wel het zoals in de vorige paragrafen gedefinieerde wederrechtelijk milieuedrag. Niet elk wederrechtelijk milieuedrag resulteert in een milieuverontreiniging en omgekeerd laat ook niet elke milieuverontreiniging zich kwalificeren als een wederrechtelijk milieuedrag. De strafrechtelijke bescherming van ecologische rechtsgoederen – bijvoorbeeld water, lucht, bodem, fauna en flora - is daardoor beperkt tot die gevallen waarbij de aantasting van de ecologische rechtsgoederen een schending van een administratieve of bestuurlijke regels is. In voorkomend geval is de bescherming onrechtstreeks van aard: slechts langs de omweg van de strafbaarstelling van de overtreding van administratieve geboden en verboden, worden de ecologische rechtsgoederen strafrechtelijk beschermd. Milieuverontreiniging tengevolge van milieuedrag dat conform alle toepasselijke milieuedragsvoorschriften plaatsvindt is dus niet strafbaar. Milieuedrag dat wederrechtelijk is, zonder dat dit ook in een milieuverontreiniging resulteert, is dan wel weer strafbaar. Voorwaarde voor strafbaarheid is dus niet de aantasting van een ecologisch rechtsgoed, wel de overtreding van bestuurlijke of administratieve voorschriften die het milieuedrag normeren. Deze verwevenheid van het administratief recht en het strafrecht wordt in de rechtsliteratuur doorgaans aangeduid als “de administratieve afhankelijkheid van het milieustrafrecht”.<sup>156</sup> FAURE definieert de term als volgt: “Dit is nu de administratieve afhankelijkheid van het milieustrafrecht: de strafbaarheid van milieuverontreiniging beperkt zich doorgaans tot de sanctionering van inbreuken op administratieve plichten”. Op de gevolgen van deze administratieve afhankelijkheid van het milieustrafrecht wordt hier niet verder ingegaan.

#### 4.6.2.3.1.2 Het strafrechtelijk relevante gevolg:

Het wederrechtelijk verspreiden, emitteren of inbrengen van stoffen en ioniserende stralingen is slechts strafbaar onder de volgende voorwaarde: «qui causent ou sont susceptibles de causer leur détérioration durable ou la mort ou de graves lésions à des personnes, ou des dommages substantiels à des monuments protégés, à d'autres objets protégés, à des biens, à des animaux ou à des végétaux». Het strafrechtelijk relevante gevolg kan dus zowel bestaan in de (potentiële) aantasting van de menselijke integriteit als in de (potentiële) aantasting van beschermde monumenten, andere beschermde goederen, dieren en planten en andere goederen. In vergelijking met het misdrijf ex art. 2, §1, a is de antropocentrische inslag van deze strafbaarstelling veel zwakker, in die zin dat niet enkel een gevaar voor de aantasting of de aantasting van de fysieke integriteit van natuurlijke personen tot bestraffing aanleiding kan geven. Ook de (potentiële) aantasting van beschermde monumenten, andere beschermde goederen, dieren en planten en andere goederen kan aanleiding geven tot bestraffing. De strafbaarstelling heeft ook nog in ander opzicht een grotere reikwijdte dan de eerder besproken autonome of zelfstandige strafbaarstelling. Met name is het voldoende dat de gedragingen ‘vatbaar’ zijn om schade aan te richten. De woorden “susceptibles de causer” zijn immers geen synoniem voor de uitdrukking «créer un risque significant». In het verklarend rapport wordt uitdrukkelijk gesteld dat hier sprake is van een gradatie en dat de laatstvermelde uitdrukking restrictiever is dan de eerste: «de plus en ce qui concerne, il est suffisant que les comportements polluants soient susceptibles de causer la mort ou de graves lésions à des personnes: ces termes ont une acceptation plus larges que

---

<sup>156</sup> De term “administratieve afhankelijkheid” is de vertaling van FAURE van het in de Duitse dogmatiek gebruikte begrip ‘Verwaltungsakzessorietät’.

l'expression «créer un danger» du paragraphe a). Il suffit donc que le risque soit présent, même à un degré moindre ou plus général». <sup>157</sup> In het verklarend rapport wordt ter zake verwezen naar internationale verdragen, maar het valt te betreuren dat aan dit onderscheid verder geen aandacht wordt besteed. Overigens kan men zich wel vragen stellen over de werkzaamheid van dergelijke abstracte nuances in een strafbaarstelling. Tenslotte komt het de onderzoekers bevreemdend over waarom niet zoals in art. 2, §1, c-e van het Verdrag het water, de lucht en de bodem uitdrukkelijk als beschermd rechtsgoed opgenomen worden.

#### *4.6.2.3.2 Subjectieve delictsinhoud:*

In beginsel verplichten art. 2, §1 respectievelijk art. 3, §1 van het Verdrag de Verdragsluitende partijen zowel het opzettelijk als het onopzettelijk verspreiden, emitteren of inbrengen van stoffen en ioniserende stralingen strafbaar te stellen. Art. 3, §3 van het Verdrag voorziet in de mogelijkheid om de onopzettelijke variant niet strafrechtelijk te sanctioneren voor zover het overtreden gedragsvoorschrift de bescherming van eigendommen, monumenten of andere goederen voor ogen heeft. Voor alle andere gedragingen die kwalificeren als het misdrijf omschreven in art. 2, §1, b moet de onopzettelijke variant bestraft worden, zij het dat dit krachtens art. 3, §2 beperkt kan worden tot de gevallen van grove nalatigheid. België maakte bij de ondertekening van het Verdrag geen enkel voorbehoud zodat ook de onopzettelijke variant in een strafbepaling dient te worden opgenomen.

#### *4.6.2.4 Overige misdrijven ex art. 2, §1 en art. 3 van het Verdrag:*

De overige misdrijven zoals opgenomen in art. 2, §1 van het Verdrag zijn van dezelfde aard als het hierboven besproken misdrijf. Het woord 'unlawful' of 'illégal' duidt op de vereiste van wederrechtelijkheid en de objectieve delictsinhoud kan steeds opgedeeld worden in de drie eerder besproken elementen: een in het Verdrag omschreven gedrag, een strafrechtelijk relevant gevolg en het oorzakelijk verband tussen beiden. Art. 2, §1, c beoogt het zich wederrechtelijk ontdoen, behandelen, transporteren, opslaan, exporteren en importeren van gevaarlijke afvalstoffen te sanctioneren. Art. 2, §1, d beoogt de wederrechtelijke gevaarlijke activiteiten binnen het kader van een onderneming strafrechtelijke te beteugelen en tenslotte voorziet art. 2, §1, e in de bestraffing van het wederrechtelijk vervaardigen, behandelen, opslaan, gebruiken, transporteren, exporteren en importeren van nucleaire materialen en van gevaarlijke radioactieve stoffen. Dit onder voorwaarde dat het strafrechtelijk relevante gevolg zich manifesteert: "qui causent ou sont susceptibles de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou de causer des dommages substantiels à la qualité de l'air, du sol, des eaux, à des animaux ou à des végétaux". <sup>158</sup> Met betrekking tot het moreel element van deze strafbaarstellingen bepaalt art. 3, §§1-2 dat ook de onopzettelijk variant in beginsel strafbaar is, onverminderd de mogelijkheid om de strafbaarheid te beperken tot de misdrijven die met grove nalatigheid gepleegd zijn.

---

<sup>157</sup> Verklarend rapport, 4.

<sup>158</sup> De engelstalige versie luidt als volgt: "which causes or is likely to cause death or serious injury to any person or substantial damage to the quality of air, soil, water, animals or plants".

De strafbaarstellingen ex art.2, §1, b-e van het Verdrag veronderstellen dat een concreet gevaar voor het leefmilieu is ontstaan ten gevolge van een in art. 2, §1 omschreven wederrechtelijk gedrag en worden als concrete gevaarzettingsdelicten omschreven.<sup>159</sup>

#### **4.6.2.5 Abstracte gevaarzettingsdelicten.**

Tenslotte verplicht art. 4 van het Verdrag de verdragsluitende partijen om de hierna opgenomen inbreuken hetzij met een strafrechtelijke sanctie te bedreigen hetzij als ‘administratieve inbreuken’ – de zogenaamde Ordnungswidrigkeiten- te sanctioneren. Het betreft:

- a le rejet, l’ émission ou l’ introduction illicites d’ une quantité de substances ou de radiations ionisantes dans l’ atmosphère; le sol ou les eaux;
- b le fait de causer du bruit de manière illicite ;
- c l’ élimination, le traitement, le stockage, le transport, l’ exportation ou l’ importation illicites de déchets;
- d l’ exploitation illicite d’ une usine
- e la fabrication, le traitement, l’ utilisation, le transport, l’ exportation ou l’ importation illicites de matières nucléaires, d’ autres substances radioactives ou de produits chimiques dangereux;
- f le fait de provoquer de manière illicite des altérations nuisibles des éléments naturels d’ un parc national, d’ une réserve naturelle, d’ une zone de conservation de l’ eau ou d’ autres zones protégées;
- g la possession, la capture, l’ endommagement, la mise à mort ou le commerce illicites d’ espèces protégées de la flore et de la faune sauvages.

Indien deze gedragingen door de wetgever strafbaar gesteld worden dan hebben deze misdrijven met de misdrijven ex art. 2, §1, b-e van het Verdrag gemeen dat de wederrechtelijkheid als onrechtbestanddeel is opgenomen. Evenwel onderscheiden zij zich van de concrete gevaarzettingsdelicten doordat niet uitdrukkelijk is vereist dat een concreet gevaar voor de fysieke integriteit van de mens of voor het leefmilieu veroorzaakt moet zijn. Deze abstracte gevaarzettingsdelicten beschermen min of meer het milieubelang in het algemeen. Immers de misdrijven bestraffen de overtreding van de leefmilieuwetgeving die als voornaamste doelstelling de bescherming van het leefmilieu voor ogen heeft. Evenwel is dit een doelstelling die in het algemeen door de milieuwetgeving beoogd wordt en niet steeds op gelijke wijze naar voor komt in elke afzonderlijke wettelijke of reglementaire bepaling. Een aantal gedragsvoorschriften is dan ook niet rechtstreeks betrokken op de bescherming van het leefmilieu en beoogt veeleer administratieve belangen te beschermen. Zo kan bezwaarlijk aangenomen worden dat de verplichting om welbepaalde documenten tijdig in te dienen de bescherming van het leefmilieu tot doel heeft. Van het verbod om zonder vergunning een vergunningsplichtige inrichting te exploiteren kan wel gezegd worden dat daarmee het leefmilieu in het algemeen beschermd wordt.

De I.C.H.M. is van oordeel dat de strafrechtelijke bescherming van ecologische rechtsgoederen het best kan gerealiseerd worden door middel van een combinatie van abstracte en concrete gevaarzettingsdelicten en van zelfstandige strafbaarstellingen. Deze visie lijkt ook ten grondslag te liggen aan de bepalingen van het Verdrag. In het verklarend rapport wordt de noodzaak van de abstracte gevaarzettingsdelicten als volgt verdedigd: «Souvent le droit national prévoit des

---

<sup>159</sup> Zie hierover uitvoerig: M. FAURE, en M. VISSER, *o.c.*, 227-277.

critères pour différencier les infractions comme cela est fait dans les Articles 2, 3 et 4 de la Convention. Ces distinctions sont fonction de la structure du droit national, notamment selon le cas où les délits mineurs relèvent du domaine des infractions pénales (en tant que catégorie la plus basse), ou du domaine des infractions administratives (par exemple, en Allemagne, les «Ordnungswidrigkeiten» qui entraînent comme sanctions que des amendes administratives non pénales)». Het Belgische milieustrafrecht de lege lata bevat in beginsel enkel abstracte gevaarzettingsdelicten zodat de vooropgestelde verantwoording niet geldt voor België, wat niet belet dat het Verdrag een bijkomende aanzet vormt om ook concrete gevaarzettingsdelicten en zelfstandige strafbaarstellingen de creëren, zoals dit ook het geval is in de voorstellen van de I.C.H.M. in het ‘Voorontwerp Decreet Milieubeleid’.