



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Addressing global environmental concerns through trade:
extraterritoriality under WTO law from a comparative perspective**

Cooreman, B.E.E.M.

Citation

Cooreman, B. E. E. M. (2016, June 14). *Addressing global environmental concerns through trade: extraterritoriality under WTO law from a comparative perspective*. Meijers Research Institute and Graduate School of the Leiden Law School of Leiden University, Leiden. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/40164>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/40164>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/40164> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Cooreman, B.E.E.M.

Title: Addressing global environmental concerns through trade measures : extraterritoriality under WTO law from a comparative perspective

Issue Date: 2016-06-14

Samenvatting (summary in Dutch)

MONDIALE MILIEUBESCHERMING VIA HANDELSMAATREGELEN

Extraterritorialiteit onder het WTO-recht vanuit een vergelijkend perspectief

Het milieu is een mondiale zorg: de achteruitgang van het milieu en de opwarming van het klimaat treft ons allen. Voor bepaalde landen zijn de fysieke, sociale en economische gevolgen sneller voelbaar en desastreuzer dan voor anderen – door bijvoorbeeld de dreiging van stijgende zeespiegels, door overstromingen en orkanen, door woestijnvorming en periodes van extreme droogte. Het is echter onvermijdelijk dat elk land bij de huidige gang van zaken onherroepelijke schade zal leiden. Het is ondertussen algemeen aanvaard dat menselijke activiteiten mee aan de oorzaak liggen van de huidige deplorabele toestand van het milieu, en dat gezamenlijk optreden noodzakelijk is om verdere aantasting te beperken. Ondanks dit besef is het een enorme uitdaging gebleken om vanuit de internationale gemeenschap juridisch bindende en ambitieuze doelstellingen en milieu-akkoorden op te stellen. Dit is deels te verklaren door een gebrek aan eensgezindheid over de historische verantwoordelijkheid van industrielanden, de lastenverdeling tussen ontwikkelde en ontwikkelingslanden, de meest geschikte methode om specifieke uitdagingen aan te pakken of gepaste sancties voor free-riders. Daarnaast spelen ook economische en politieke overwegingen een rol. Bij gebrek aan een internationaal wettelijk kader ter bescherming van het milieu is er nood aan alternatieven voor landen die wel op effectieve wijze actie willen nemen. Unilaterale handelsmaatregelen zouden zo'n alternatief kunnen vormen, maar kunnen deze ingezet worden als legaal actiemiddel voor mondiale en/of grensoverschrijdende milieuzorgen?

Dit proefschrift behandelt de vraag of handelsmaatregelen die dienen ter bescherming van het mondiale milieu juridisch aanvaardbaar zijn onder het huidige WTO-recht. Met name die maatregelen die zich richten op het (buitenlandse) productieproces, waarbij dat productieproces geen impact heeft op de fysieke eigenschappen van het eindproduct (de zogenaamde niet-productgerelateerde *process and production methods* of PPMS) roepen reeds langere tijd vragen op. Het internationale handelsrecht heeft traditioneel betrekking op het eindproduct en diens positie op de markt. Een onderscheid in behandeling kan bijvoorbeeld gemaakt worden wanneer twee goederen fysiek verschillen en/of wanneer de consument goederen op basis van bepaalde eigenschappen

als verschillend beschouwt. Echter, vanuit milieu-oogpunt is – eerder dan het eindproduct zelf – vooral de productie vaak erg schadelijk, door bijvoorbeeld emissie-intensieve industrie, niet-duurzaam vissen, ontbossen etc. De vraag of een land toegang tot zijn markt kan beperken door het stellen van voorwaarden gerelateerd aan het productieproces, i.e. of dit soort PPM-maatregelen aanvaardbaar zijn onder het WTO-recht, is reeds lang gehuld in onduidelijkheid en één van de pijnpunten van het handel-milieu debat.

Een belangrijk vraagstuk hieromtrent ziet toe op het extraterritoriale karakter van deze PPMs: ten eerste, kunnen staten productienormen voorschrijven via handelsmaatregelen waaraan buitenlandse producenten zich moeten houden indien zij toegang tot de markt van het regulerende land verlangen; en ten tweede, kunnen staten zulke handelsmaatregelen opleggen ter bescherming van het milieu buiten de landsgrenzen van het regulerende land? Dit proefschrift beantwoordt de vraag of het huidige WTO-recht ruimte laat voor deze groene 'extraterritoriale' maatregelen, of dat daarentegen het WTO-recht, en meer specifiek Artikel XX GATT, een struikelblok vormt voor staten die op alternatieve wijze het mondiale milieu willen beschermen, wanneer de internationale gemeenschap hier niet in slaagt.

Het proefschrift is onderverdeeld in drie delen. Deel I geeft een overzicht van het juridische kader voor PPMs en extraterritorialiteit onder WTO-recht. Deel II bekijkt extraterritorialiteit vanuit een breder rechtsvergelijkend perspectief en gaat nader in op een extraterritoriale toepassing van wetgeving onder internationaal publiekrecht, mededingingsrecht, en internationale mensenrechten. Deel III stelt een beslissingsladder voor ter beoordeling van extraterritorialiteitsvragen onder WTO-recht, en met name onder Artikel XX GATT, gebaseerd op de lessen die getrokken kunnen worden uit de vergelijkende analyse van Deel II. Enkele voorbeelden van bestaande handelsmaatregelen die milieudoelstellingen beogen, worden tenslotte aan de hand van de beslissingsladder getoetst.

DEEL I: GROENE HANDELSMAATREGELLEN EN WTO-RECHT

Deel I bakent het bestek van dit proefschrift af: wat zijn PPMs en welke rol spelen deze maatregelen binnen het bredere handel-milieu debat. Hoofdstuk 2 betreft de vraag welke juridische bepalingen relevant zijn voor het beoordelen van PPMs onder WTO-recht, en meer bepaald onder GATT. Het onderscheid tussen Artikel III GATT (beginsel van nationale behandeling) en Artikel XI GATT (verbod op invoerrestricties) wordt behandeld met het oogpunt op het vaststellen van een overtreding van één of beide van deze bepalingen. Daarnaast wordt ook Artikel XX GATT (algemene uitzonderingen) uitgebreid besproken als rechtvaardigingsmogelijkheid na overtreding van een GATT-bepaling.

Hoofdstuk 3 gaat nader in op het extraterritoriale karakter en reikwijdte van niet-product-gerelateerde PPMs. Extraterritorialiteit kan in deze context

op twee manieren geïnterpreteerd worden: enerzijds, een PPM richt zich op productie en 'regelt' in dat opzicht activiteiten die buiten de territoriale landsgrenzen plaatsvinden; anderzijds, een PPM kan opgelegd worden met als doel milieuzorgen aan te pakken die van mondiale en/of grensoverschrijdende aard zijn, en dus ook buiten de landsgrenzen kunnen vallen. Het is met name deze laatste interpretatie die problematisch kan zijn in een handelscontext, gezien het reeds inherent is aan handelsmaatregelen dat deze een invloed uitoefenen op buitenlandse (productie) activiteiten. Een onderscheid kan gemaakt worden tussen binnenwaartse en buitenwaartse PPMs: richt de maatregel zich exclusief tot de bescherming van het milieu binnen het territorium van de regulerende staat, richt de maatregel zich exclusief tot de bescherming van het milieu buiten het territorium van de staat, of zal de maatregel een impact hebben op het milieu zowel binnen als buiten het territorium van de staat? Het toepassingsgebied van verschillende WTO akkoorden die relevant kunnen zijn voor PPMs (GATT, TBT, SPS) wordt nader besproken met oog op dit onderscheid, alsook worden de relevante WTO disputen omtrent PPMs en bevoegdheidsvragen bestudeerd.

De conclusie van Deel I luidt dat de WTO akkoorden geen aanwijzing bevatten wat betreft hun toepassingsgebied. Daarnaast ontbreekt in de rechtspraak een systematische benadering van bevoegdheidsvragen en blijft de extraterritorialiteitsvraag tot vandaag grotendeels onbeantwoord.

DEEL II: ZOOMING OUT: EXTRATERRITORIALITEIT VANUIT EEN BREDER PERSPECTIEF

Deel II van dit proefschrift gaat dieper in op het concept extraterritorialiteit aan de hand van een analyse van extraterritoriale jurisdictie in het internationale publiekrecht en twee rechtsgebieden waarin rechtsregels met regelmaat extraterritoriaal worden toegepast, namelijk de extraterritoriale toepassing van nationaal mededingingsrecht en de extraterritoriale toepassing van regionale en internationale mensenrechtenverdragen. Deze vergelijkende analyse strekt ertoe een beter begrip te bewerkstelligen van extraterritorialiteit in verschillende contexten, en met name onder welke omstandigheden staten zich bereid hebben getoond extraterritoriale jurisdictie te aanvaarden.

Hoofdstuk 4 behandelt extraterritorialiteit en jurisdictie vanuit een internationaal publiekrechtelijk perspectief, aan de hand van het definiëren van beide begrippen en de te onderscheiden gradaties van extraterritorialiteit op basis van intrusiviteit en connectie met het regulerende land. Een onderscheid wordt gemaakt tussen wetgevende jurisdictie en uitvoerende jurisdictie. Uitvoerende jurisdictie binnen het territorium van een andere staat wordt niet aanvaard onder internationaal recht, tenzij het betreffende land hiertoe toestemming heeft gegeven. Met betrekking tot wetgevende jurisdictie voorziet algemeen internationaal publiekrecht in enkele beginselen op basis waarvan extraterritoriale wetgevende jurisdictie toelaatbaar kan zijn (onder andere het

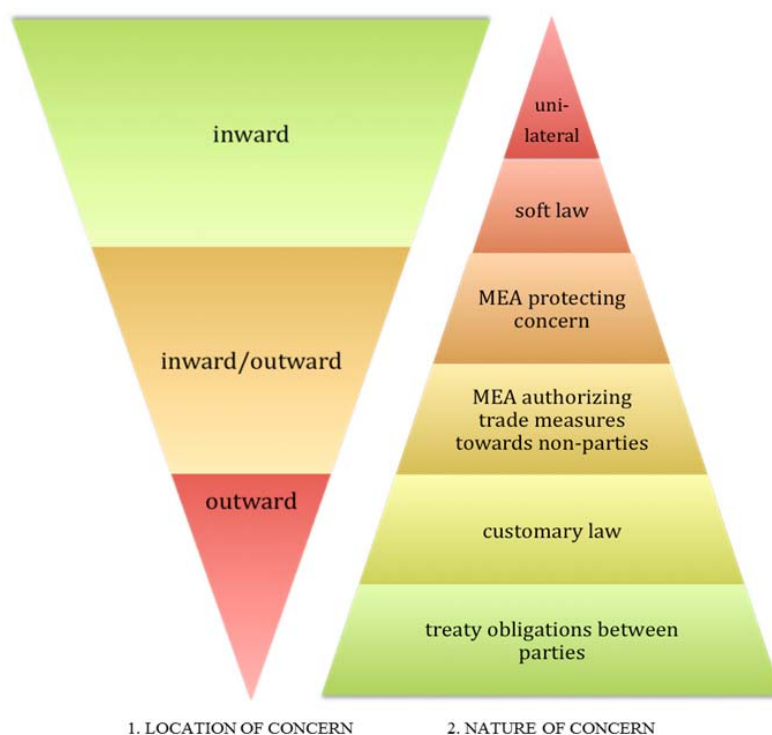
territorialiteitsbeginsel, het nationaliteitsbeginsel en het universaliteitsbeginsel). Extraterritorialiteit in een handelscontext verschilt van extraterritorialiteit in de meer klassieke zin onder internationaal publiekrecht, omdat een handelsmaatregel slechts van toepassing wordt op het moment van markttoegang. De extraterritoriale werking van de maatregel dient dus te worden 'geactiveerd' door een territoriale connectie (de markt). Door deze territoriale link is een PPM niet onwettig onder internationaal recht. Dit soort maatregel wordt dan ook beter gedefinieerd als maatregel met een extraterritoriale werking, eerder dan een extraterritoriale maatregel *per se*. De vraag luidt dan of deze extraterritoriale werking gerechtvaardigd kan worden onder het WTO-recht.

Hoofdstuk 5 beschrijft de extraterritoriale toepassing van nationale mededingingsrechtsregels in verscheidene rechtsordes (onder andere de praktijk van de Verenigde Staten en de Europese Unie komt uitgebreid aan bod). Een steeds groeiende groep van landen past haar mededingingsregels toe op anti-concurrentieel handelingen in het buitenland wanneer deze een rechtstreeks en substantieel effect hebben op de economie van het regulerende land (objectief territorialiteitsbeginsel of *effects doctrine*). De *effects doctrine* kan naar analogie toegepast worden in een milieu-context: wanneer milieuvervuilende praktijken buiten de landsgrenzen een rechtstreeks en substantieel schadelijk effect hebben op het milieu van het regulerende land kan deze connectie leiden tot een toelaatbare uitoefening van wetgevende jurisdictie.

Hoofdstuk 6 bestudeert de extraterritoriale toepassing van regionale en internationale mensenrechtenverdragen door regionale en internationale mensenrechttribunalen. Het begrip extraterritorialiteit in een mensenrechtencontext verschilt van extraterritorialiteit in de eerder besproken contexten, omdat het hier gaat om een *extra*-territoriale uitbreiding van verantwoordelijkheden waar landen reeds aan gebonden zijn binnen het eigen territorium, wanneer statelijke vertegenwoordigers buiten dat territorium optreden. Het toepassingsgebied van de mensenrechtenverdragen is door de verschillende tribunalen uitgelegd als niet enkel omvattend het eigen territorium van de verdragspartijen, maar ook dat territorium waar door vertegenwoordigers van de staat op zulke wijze effectieve controle wordt uitgeoefend dat dit kan leiden tot een schending van de verdragen (zoals bijvoorbeeld een gevangenis in Irak onder controle van Britse strijdmachten waar gevangenen mensonterend behandeld worden). Ondanks de verschillende concepties van extraterritorialiteit is de praktijk van de mensenrechttribunalen relevant voor de onderzoeksvraag rond mondiale milieuzorgen: wanneer gedeelde en gemeenschappelijke waarden bedreigd worden, lijkt een ruime interpretatie van bevoegdheidsgrenzen breed aanvaard te worden door staten. Het geheel aan bindende en niet-bindende regels in het internationale milieurecht is de basis om het gedeelde en gemeenschappelijke karakter van milieuzorgen te beoordelen.

DEEL III: ZOOMING IN: EEN WTO BESLISSINGSMODEL VOOR EXTRATERRITORIALITEITS-VRAGEN

Deel III stelt een WTO beslissingsmodel voor ter beoordeling van extraterritorialiteitsvragen, gebaseerd op de bevindingen van Deel II. Het model vindt haar rechtsbasis in Artikel XX GATT (de milieu-uitzonderingsgronden in paragrafen (b) en (g)). Hoofdstuk 7 werkt het beslissingsmodel uit. De extraterritorialiteitsvraag geldt als drempelvraag bij de rechtvaardiging voor handelsmaatregelen die in strijd zijn met GATT rechtsregels (bijvoorbeeld het beginsel van nationale behandeling in Artikel III GATT en/of verbod op invoerrestricties in Artikel XI GATT), waarna de andere elementen van Artikel XX GATT getoetst kunnen worden.



Figuur 26. Extraterritorialiteitsbeslissingsmodel

Bij de eerste stap van het beslissingsmodel wordt gekeken of de maatregel binnenwaarts en/of buitenwaarts is, i.e. of het milieu van het regulerende land rechtstreeks geraakt wordt door de activiteit in kwestie. Wanneer een land geen milieu-effecten ondervindt van de activiteiten in kwestie, is er geen voldoende sterke territoriale link om de extraterritoriale werking van de handelsmaatregel te rechtvaardigen. De tweede stap beoordeelt de internatio-

nale erkenning en steun voor de beoogde milieuzorg. Hoe groter de rechtskracht van de relevante rechtsinstrumenten (bindend of niet-bindend, groot of klein lidmaatschap van verdragen), hoe meer steun voor rechtvaardiging van de extraterritoriale PPM. De impact op het milieu van het regulerende land en de internationale erkenning van het beoogde doel dienen gezamenlijk beoordeeld te worden en functioneren als het ware als communicerende vaten: wanneer een bepaald doel in bindend en breed gedragen recht als zodanig wordt erkend, kan ook een land wiens milieu minder rechtstreeks of substantieel getroffen wordt, gebruikmaken van handelsmaatregelen gericht op het productieproces. Zo vereist een milieudoel dat enkel door een kleine groep landen en/of in niet-bindend recht als zodanig erkend wordt, duidelijkere effecten op het territorium van het regulerende land. Handelsmaatregelen die enkel buitenwaarts zijn, of die (nog) geen enkele internationale erkenning vinden, kunnen niet aanvaard worden onder het beslissingsmodel.

Hoofdstuk 7 bespreekt verder de verhouding tussen die uitzonderingsgronden van Artikel XX GATT die expliciet milieudoelstellingen waarborgen (paragrafen (b) en (g)) en de uitzondering voor openbare zedelijkheden (paragraaf (a)). Daarbij wordt gesteld dat geen beroep gedaan kan worden op openbare zedelijkheden om een milieumaatregel te rechtvaardigen, tenzij het zou gaan om een buitenwaartse maatregel waar geen rechtvaardiging voor mogelijk is als extraterritoriale milieumaatregel. Sowieso dient een strikte bewijslast te worden gehanteerd voor beroepen op openbare zedelijkheden onder Artikel XX(a) GATT.

Hoofdstuk 8 geeft een toepassing van het beslissingsmodel op vier testcases. Als eerste wordt het mijlpaal arrest *us-Shrimp* besproken. In dit arrest werd de vraag gesteld aan het WTO Appellate Body of de Verenigde Staten een importverbod op garnalen konden handhaven wanneer (buitenlandse) garnalenvissers geen gebruik maakten van speciale apparatuur ter bescherming van zeeschildpadden. De bevoegdheidsvraag werd grotendeels vermeden door het Appellate Body, dat slechts aangaf dat het feit dat sommige zeeschildpadden Amerikaanse territoriale wateren doorkruisen, gold als een voldoende sterke nexus tussen de schildpadden en de VS om deze maatregel te rechtvaardigen – zonder echter verder te duiden wanneer de vereiste nexus voldoende sterk zou zijn. De toepassing van de beslissingsladder op deze zaak bevestigt het Appellate Body's oordeel, maar dit op meer systematische en onderbouwde wijze. In tegenstelling tot de *ad hoc* aanpak van het Appellate Body, laat dit model toe eenzelfde redenering te volgen in andere milieuzaken, ook wanneer er een minder duidelijke tastbare link is.

Naast deze zaak wordt het beslissingsmodel toegepast op drie recente EU handelsmaatregelen aangenomen binnen het kader van illegale visserij (IUU-visserij), illegale houtkap (onder het FLEGT-actieplan rond wetshandhaving en handel in de bosbouw), en emissies van luchtvaart binnen het Europees Emissiehandelssysteem. Aan de hand van deze testcases worden de uitdagingen en dilemma's rond het beslissingsmodel benoemd en besproken, voor

zover deze van juridische aard zijn. De niet-juridische vragen (milieu-wetenschappelijk, politiek, economisch en sociaal) die deze problematiek oproept, worden aangestipt.

CONCLUSIES

Het afsluitende hoofdstuk 9 bevat een synthese van het proefschrift en rondt af met de belangrijkste bevindingen. Ondanks de perceptie die vaak lijkt te heersen dat groene handelsmaatregelen die zich richten op het productieproces (zonder fysieke impact op het eindproduct) niet verenigbaar zijn met handelsregels, wordt uit deze studie duidelijk dat het WTO-recht substantiële ruimte laat aan landen om dit soort maatregelen te treffen. In eerste instantie moet de handelsmaatregel voldoen aan de relevante bepalingen van de WTO akkoorden. Slechts wanneer een inbreuk vastgesteld is, wordt gekeken of deze inbreuk gerechtvaardigd kan worden. Het is binnen het kader van de rechtvaardiging (Artikel XX GATT) dat een beslissingsmodel is voorgesteld om de aanvaardbaarheid van de extraterritoriale reikwijdte van de maatregel te toetsen. Wanneer aan de voorwaarden van het model voldaan is, dient de rechtvaardigingsvraag vervolledigd te worden aan de hand van de overige elementen van Artikel XX GATT. Het beslissingsmodel, dat zowel de impact op het milieu van het regulerende land alsook internationale erkenning voor het beoogde milieudoel in overweging neemt, vormt een robuuste toetsing van de toegestane extraterritoriale werking van handelsmaatregelen. Dankzij deze unieke combinatie van elementen, eigen aan de context van handel en milieu, kan een ruime invulling van de bevoegdheidskwestie onder WTO-recht gerechtvaardigd worden: ten eerste voorziet het WTO-recht reeds in waarborgen om abusieve maatregelen vast te stellen; ten tweede zijn handelsmaatregelen niet extraterritoriaal *per se*, gezien de territoriale trigger via markttoegang, en dus niet onwettig vanuit internationaalrechtelijk perspectief; ten derde zorgt het effect-vereiste voor een bijkomende territoriale link; en tenslotte waarborgt het vereiste van internationale steun tot op zekere hoogte respect voor het multilaterale karakter van de WTO en de internationale gemeenschap, evenals voor de soevereiniteit van andere staten.

Echter, waar de internationale gemeenschap er niet in slaagt haar verantwoordelijkheid op te nemen en de nodige ambitieuze afspraken te maken, kunnen noties als soevereiniteit, territorialiteit en multilateralisme niet als excuus gebruikt worden voor multilaterale verlamming. Groene unilaterale handelsmaatregelen met internationale steun voor de beoogde milieudoelen kunnen een bijdrage leveren als alternatief voor deze verlamming – het WTO-recht vormt dan ook geen obstakel voor legitieme milieumaatregelen.

