

# WTO/EG-RECHTELIJKE TOETSING

## VAN DE DOOR

### DE PROJECTGROEP DUURZAME

### PRODUCTIE VAN BIOMASSA

### OPGESTELDE

### DUURZAAMHEIDSCRITERIA

Prof. mr. Marco Bronckers  
mr. Gijs Verberne  
mr. Philip Juttman

Herziene eindrapportage, 30 augustus 2007



AMSTERDAM

LONDON

ARUBA

CURAÇAO

Van Doorne N.V. is gevestigd te Amsterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nummer 34199342. Van Doorne N.V. is de enige opdrachtnemer van alle werkzaamheden. Op deze werkzaamheden en alle rechtsverhoudingen met derden zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Van Doorne N.V. en haar dochtermaatschappijen, waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen. Deze Voorwaarden, die zijn gedeponereerd ter griffie van de rechtbank te Amsterdam, kunnen worden geraadpleegd op [www.van-doorne.com](http://www.van-doorne.com) en worden op verzoek toegezonden.

*Van Doorne N.V. has its registered offices in Amsterdam and is registered with the Commercial Register under number 34199342. Van Doorne N.V. is the exclusive contracting party in respect of all commissioned work. This work and all legal relations with third parties shall be governed by the General Terms of Van Doorne N.V. and its subsidiaries which include a limitation of liability. These Terms, which have been filed with the District Court at Amsterdam, may be consulted at [www.van-doorne.com](http://www.van-doorne.com) and will be forwarded upon request.*

## **WTO/EG-Rechtelijke toetsing van de door de projectgroep Duurzame productie van biomassa opgestelde duurzaamheidscriteria**

Prof. mr. Marco Bronckers  
mr. Gijs Verberne  
mr. Philip Juttmann

Amsterdam, 30 augustus 2007

Herziene versie van de eindrapportage van 12 april 2007

Dit rapport werd geschreven in opdracht van, en is uitsluitend bestemd voor de Nederlandse overheid en kan enkel gebruikt worden door deze overheid. Verdere verspreiding kan slechts geschieden na overleg met de auteurs.

## **INHOUDSOPGAVE**

**BLZ.**

1	INLEIDING.....	5
1.1	Wat is getoetst? .....	5
1.2	Waarom is getoetst? .....	6
1.3	Opbouw van deze rapportage .....	6
2	JURIDISCH KADER .....	8
2.1	WTO-recht .....	8
2.1.1	Verbodsbepalingen uit de GATT .....	8
2.1.1.1	Artikel III GATT .....	8
2.1.1.2	Artikel III.5 GATT .....	11
2.1.1.3	Artikel XI GATT.....	12
2.1.2	De rechtvaardigingsgronden van Artikel XX GATT .....	12
2.1.2.1	Toetsing aan Artikel XX GATT .....	13
2.1.3	TBT-Overeenkomst.....	16
2.1.4	SCM-Overeenkomst .....	17
2.1.5	De gevolgen van overtreding van het WTO-recht .....	17
2.2	EG-recht.....	21
2.2.1	Is Nederland bevoegd om duurzaamheidscriteria vast te stellen?.....	21
2.2.1.1	De verdeling van bevoegdheden tussen de Gemeenschap en de lidstaten.....	22
2.2.1.2	Welke maatregelen zijn reeds op Gemeenschapsniveau genomen? .....	22
2.2.1.3	Conclusie: Nederland is bevoegd duurzaamheidscriteria vast te stellen ..	24
2.2.2	Het vrij verkeer van goederen .....	25
2.2.2.1	Wanneer is sprake van een 'maatregel van gelijke werking'?.....	25
2.2.2.2	Rechtvaardigingsgronden .....	28
2.2.3	Specifiek op het milieu gerichte maatregelen .....	31
2.2.3.1	Biobrandstoffenrichtlijn .....	31
2.2.3.2	Richtlijn 2001/77/EG .....	32
2.2.4	Staatssteun .....	32
2.2.5	Gevolgen van een overtreding van het EG-recht.....	33
3	TOETSING VAN DE CRITERIA AAN HET WTO- EN EG-RECHT .....	34
3.1	Minimumeisen.....	34
3.1.1	WTO-recht .....	34
3.1.1.1	Wordt er inbreuk gemaakt op een GATT-verbod? .....	34
3.1.1.2	Kan een eventuele WTO-overtreding worden gerechtvaardigd?.....	36
3.1.1.3	De TBT-Overeenkomst .....	39
3.1.1.4	WTO-recht: conclusies.....	40

3.1.2	EG-recht.....	41
3.1.2.1	Is sprake van een handelsbelemmering? .....	41
3.1.2.2	Kan een handelsbelemmering worden gerechtvaardigd? .....	41
3.2	Bijmengverplichting.....	45
3.2.1	WTO-recht .....	45
3.2.2	EG-recht.....	46
3.3	Subsidieverleningvoorwaarden .....	46
3.3.1	WTO-recht .....	46
3.3.1.1	IBB-regeling.....	46
3.3.1.2	MEP-subsidieregeling .....	48
3.3.2	EG-recht .....	49
3.4	Accijnsverlaging.....	50
3.4.1	WTO-recht .....	50
3.4.1.1	Verboden of klachtwaardige subsidie? .....	50
3.4.1.2	Verboden belastingmaatregel? .....	51
3.4.2	EG-recht.....	52
3.5	Rapportageverplichting.....	53
3.5.1	WTO-recht .....	53
3.5.2	EG-recht.....	54
3.6	Invoerverbod.....	55
3.7	Convenanten .....	57
3.7.1	WTO-recht .....	57
3.7.2	EG-recht.....	58
3.8	Duurzaam inkopen.....	58
3.8.1	WTO-recht .....	58
3.8.2	EG-recht.....	59
4	CONCLUSIES.....	61
4.1	Minimumeisen en bijmengverplichting.....	61
4.1.1	Wit: Criteria 1 en 2 .....	61
4.1.2	Zwart: Criteria 3, 8 en 9 (met uitzondering van 9(ii)) .....	61
4.1.3	Grijs: Criteria 4 t/m 7 en 9(ii).....	62
4.1.4	Schematische weergave conclusies per Criterium.....	63
4.2	Subsidie en accijnsverlaging.....	63
4.3	Overige maatregelen.....	64
4.3.1	Rapportageverplichting.....	64
4.3.2	Invoerverbod.....	64
4.3.3	Convenanten .....	64

## 1 INLEIDING

In haar Eindrapport "Toetsingskader voor duurzaam geproduceerde biomassa" heeft de projectgroep Duurzame productie van biomassa een aantal duurzaamheidscriteria geformuleerd waaraan biomassa zou moeten voldoen om - naar het oordeel van de projectgroep - het predikaat duurzaam te verdienen (hierna te noemen: de Criteria).<sup>1</sup>

De Nederlandse wetgever onderzoekt thans de mogelijkheden om (een aantal van) de Criteria op te nemen in nationale wet- en regelgeving en/of andere maatregelen met betrekking tot (met name) de productie en invoer van biobrandstoffen en uit biomassa geproduceerde elektriciteit. Daarbij is de vraag gerezen of de implementatie van de Criteria in nationale maatregelen kan stuiten op WTO- en/of EG-rechtelijke bezwaren. Deze vraag vormt het onderwerp van deze rapportage.

### 1.1 Wat is getoetst?

Deze rapportage heeft tot doel een zo nauwkeurig mogelijk beeld te geven van de beperkingen en mogelijkheden die uit het WTO- en EG-recht voortvloeien. Een complicerende factor is daarbij geweest dat de Criteria thans nog niet zijn verwerkt in concrete maatregelen. Daarom is bij de toetsing uitgegaan van de volgende fictieve maatregelen:

- a) Minimumeisen: het wettelijk vastleggen van de Criteria als minimumeisen, waaraan alle in Nederland op de markt gebrachte biobrandstoffen moeten voldoen;
- b) Bijmengverplichting: het opnemen van de Criteria in het Biobrandstoffenbesluit, in die zin dat alleen biobrandstoffen die voldoen aan de Criteria meetellen voor de in dat besluit opgenomen bijmengverplichting;
- c) Subsidievoorwaarden: het opnemen van de Criteria als subsidievoorwaarden in subsidieregelingen die het gebruik van biomassa en biobrandstoffen beogen te bevorderen;
- d) Accijnsverlaging: het doorvoeren van een accijnsverlaging voor biobrandstoffen die aan de Criteria voldoen;
- e) Rapportageverplichting: het invoeren van een (op de Criteria gerichte) rapportageverplichting voor Nederlandse industriële gebruikers van biomassa en biobrandstoffen;
- f) Invoerverbod: het nemen van urgente maatregelen tegen de invoer van biomassa of biobrandstoffen die niet voldoen aan de Criteria;

---

<sup>1</sup> Wij zijn bij deze beoordeling uitgegaan van de Criteria, zoals omschreven in het concept-eindrapport "Toetsingskader voor duurzaam geproduceerde biomassa" van de projectgroep Duurzame productie van biomassa van 29 januari 2007. Een overzicht van de Criteria is bij deze rapportage gevoegd als Bijlage 1.

- g) Convenanten: het (door de overheid) ondersteunen van of deelnemen aan convenanten tussen ondernemingen waarbij afspraken worden gemaakt over het gebruik van biomassa en biobrandstoffen die voldoen aan de Criteria.
- h) Duurzaam inkopen: het stellen van de Criteria als minimumeisen bij de verlening van overheidsopdrachten.

## **1.2 Waaraan is getoetst?**

De genoemde fictieve maatregelen zijn getoetst op hun verenigbaarheid met het WTO-recht en het EG-recht.

De WTO-rechtelijke toetsing omvat in de eerste plaats een beoordeling op grond van de Algemene Overeenkomst inzake Tarieven en Handel (GATT). Daarnaast zijn ook de Overeenkomst inzake Technische Handelsbelemmeringen (TBT-Overeenkomst) en de Overeenkomst inzake Subsidies en Compenserende Maatregelen (SCM-Overeenkomst) in de toetsing meegenomen.

Hoofdbestanddeel van de EG-rechtelijke toetsing zijn de EG-verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van goederen en de terzake ontwikkelde rechtspraak. Daarnaast is getoetst aan een aantal Europese richtlijnen die specifiek gericht zijn op de bevordering van het gebruik van biomassa en biobrandstoffen. Bij de beoordeling van maatregelen met betrekking tot subsidies is eveneens gekeken naar de Europese regels ten aanzien van staatssteun.

## **1.3 Opbouw van deze rapportage**

Hoofdstuk 2 schetst het relevante juridische kader en geeft een algemene toelichting bij de hierboven genoemde regelgeving. In hoofdstuk 3 wordt vervolgens per fictieve maatregel ingegaan op de verenigbaarheid met het WTO- en EG-recht van de verschillende Criteria. Hoofdstuk 4 geeft een samenvatting van de in deze rapportage bereikte conclusies, alsmede een schematische weergave van de uitkomsten van de toetsing.

In deze rapportage worden de Criteria onderscheiden in drie categorieën:

- Wit (laag risico): een Criterium is aangemerkt als 'wit' wanneer de inpassing daarvan in nationale maatregelen verenigbaar lijkt met het WTO- en EG-recht, mits dit nader kan worden onderbouwd en het Criterium op evenwichtige wijze wordt uitgewerkt.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Op de vraag waarop bij deze onderbouwing en uitwerking moet worden gelet, wordt in het vervolg van deze rapportage ingegaan. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een onderbouwing van het standpunt dat

- Grijs (middelhoog risico): een Criterium is aangemerkt als 'grijs' wanneer de inpassing daarvan in nationale maatregelen weliswaar stuit op WTO-/EG-rechtelijke problemen, maar deze niet per definitie strijdig lijkt met het WTO- en EG-recht.
- Zwart (hoog risico): een Criterium is aangemerkt als 'zwart' wanneer wij op dit moment geen mogelijkheid zien om dit Criterium in te passen op een wijze die verenigbaar is met zowel het WTO- als het EG-recht.

De in deze notitie neergelegde toetsing van de Criteria vormt een eerste aanzet. Het is van belang dat de in deze rapportage beschreven toetsen nader worden toegepast indien en zodra de Criteria zijn uitgewerkt in concrete voorstellen voor Nederlandse wet- en regelgeving. Dit betekent dat, ook wanneer een type maatregel in deze rapportage als "wit" wordt aangemerkt, bij het vaststellen van concrete maatregelen steeds rekening moet worden gehouden met de in deze rapportage genoemde voorwaarden en aandachtspunten. Ook bij "witte" maatregelen kunnen dus nog in een later stadium WTO- of EG-rechtelijke bezwaren ontstaan.

Voor een goed begrip van deze notitie is voorts van belang dat geen onduidelijkheid kan bestaan over de gehanteerde begrippen. Daarom geeft Bijlage 2 bij deze notitie een lijst van definities van een aantal belangrijke begrippen.

## **2 JURIDISCH KADER**

### **2.1 WTO-recht**

Vooropgesteld moet worden dat de WTO in geen geval gekant is tegen duurzame ontwikkeling. Getuige de preambule van de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie streeft de WTO een optimaal gebruik na van de natuurlijke rijkdommen van de wereld, in overeenstemming met het doel van duurzame ontwikkeling. Ook de bescherming en het behoud van het milieu worden in deze preambule aangehaald.

Dit neemt niet weg dat specifieke maatregelen die Lidstaten (willen) nemen met het oog op het milieu of duurzaamheid, strijdig kunnen zijn met de WTO-regels, met name wanneer deze maatregelen handelsbelemmerend werken. Bij een toetsing van specifieke maatregelen aan het WTO-recht zal eerst moeten worden beoordeeld of die maatregel een schending vormt van enige WTO-verbodsbepaling. Pas als dat het geval is, komt de vraag aan de orde of het op duurzaamheid gerichte doel van de betreffende maatregel een rechtvaardiging vormt voor die schending.

Hieronder lichten wij eerst de relevante verbodsbepalingen uit de GATT toe (paragraaf 2.1.1). Vervolgens komen in paragraaf 2.1.2 de in de GATT opgenomen rechtvaardigingsgronden aan bod. Paragraaf 2.1.3 en 2.1.4 gaan in op twee andere relevante WTO-overeenkomsten: de TBT-Overeenkomst (2.1.3) en de SCM-Overeenkomst (2.1.4). In de slotopmerkingen ten aanzien van het WTO-recht (paragraaf 2.1.5) wordt ingegaan op de gevolgen van een WTO-schending en de notificatieverplichting onder de TBT-Overeenkomst.

#### **2.1.1 Verbodsbepalingen uit de GATT**

##### **2.1.1.1 Artikel III GATT**

Van de in de GATT opgenomen verbodsbepalingen is hier met name het discriminatieverbod, zoals uitgewerkt in Artikel III GATT, van belang. Dit artikel verzet zich tegen een minder gunstige behandeling van producten ingevoerd uit WTO-Lidstaten vergeleken met vergelijkbare binnenlandse producten.

Het eerste lid van Artikel III GATT bepaalt, kort gezegd, dat een Lidstaat geen binnenlandse maatregelen mag nemen, die een (verkapte) bescherming vormen van de eigen productie ten opzichte van producten uit andere Lidstaten. Dit beginsel is in de rest van Artikel III GATT nader uitgewerkt in met name lid 2 (interne belasting), lid 4 (regelgeving) en lid 5 (mengverplichtingen).



Voor de vaststelling van minimumeisen ten aanzien van duurzaamheid bij de verkoop van producten, lijkt met name het vierde lid van Artikel III GATT van belang. Volgens deze bepaling moeten nationale regelingen aan uit een andere Lidstaat ingevoerde producten een behandeling geven die 'niet minder gunstig' ("less favourable") is dan de behandeling van 'vergelijkbare' ("like") binnenlandse producten.<sup>3</sup> Deze twee begrippen ('vergelijkbare producten' en 'minder gunstige behandeling') zijn van groot belang bij de toetsing aan Artikel III GATT en worden daarom hieronder toegelicht.

### Vergelijkbare producten

Het discriminatieverbod van Artikel III.4 GATT betreft alleen vergelijkbare producten. Het maken van onderscheid tussen verschillende producten valt derhalve niet onder het verbod. Bij de toetsing van een concrete maatregel zal daarom in de eerste plaats moeten worden vastgesteld of sprake is van vergelijkbare producten. De GATT geeft geen definitie van dit begrip. Om te bepalen of sprake is van vergelijkbare producten wordt doorgaans gekeken naar de fysieke eigenschappen van het product, de tariefclassificatie, het eindgebruik, de consumentenvoorkeuren, en de substitueerbaarheid.<sup>4</sup>

Een belangrijke vraag bij de toetsing van de Criteria is of producten die dezelfde fysieke kenmerken hebben altijd als 'vergelijkbaar' moeten worden aangemerkt, of dat dergelijke producten als niet-vergelijkbaar kunnen worden beschouwd op grond van onderscheid in hun productiemethodes.

Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan eisen die worden gesteld aan het productieproces van biobrandstoffen, zonder dat deze sporen achterlaten in de biobrandstoffen zelf. Zulke eisen kunnen betrekking hebben op uiteenlopende onderwerpen, zoals ontbossing, bodemerosie,

---

<sup>3</sup> De originele Engelse tekst van Artikel III.4 luidt: "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." Artikel III.2 GATT bevat een vergelijkbaar verbod ten aanzien van discriminerende belastingen of heffingen.

<sup>4</sup> Zie ook het concept-eindrapport *Advies van de projectgroep Ministeriële regeling duurzaamheidseisen biobrandstoffen (Mindubio)* d.d. 24 augustus 2006 (hierna: "Mindubio"), p.38-39. Deze criteria worden over het algemeen geacht voort te vloeien uit het *GATT report on Border Tax Adjustments*, § 18 (GATT, L/3464, 1970). Het WTO Appellate Body heeft benadrukt dat de definitie van vergelijkbare producten ("like products") afhangt van een marktgerichte toets. Zie WTO Appellate Body, *Japanese Liquor Taxes*, p. 25 (1996).

sociale omstandigheden of mensenrechten. Gezamenlijk wordt wel gesproken van 'niet-productgerelateerde verwerkings- en productiemethodes' of *non-product related process and production methods* (hierna kortweg: niet-productgerelateerde PPMs).

De positie van niet-productgerelateerde PPMs in het WTO-recht is al lange tijd omstreden. Dit werd versterkt door zaken als de *Tuna Dolphin* besluiten onder de GATT en de uitspraken over *Shrimp/Turtle* onder de WTO.<sup>5</sup> Op grond van de huidige stand van het WTO-recht lijkt echter als uitgangspunt te kunnen worden genomen dat, wanneer de aan het productieproces gestelde eisen niet leiden tot verschillen in de fysieke eigenschappen van de producten, waarschijnlijk moet worden aangenomen dat biobrandstoffen die niet aan de duurzaamheidseisen voldoen 'vergelijkbaar' zijn met biobrandstoffen die wel aan die eisen voldoen.<sup>6</sup>

### Minder gunstige behandeling

Het verbod van Artikel III.4 GATT ziet alleen op maatregelen die aan *uit een andere Lidstaat ingevoerde* producten een behandeling geven die minder gunstig is dan de behandeling van vergelijkbare *binnenlandse* producten. Een maatregel die geen (*de jure* of *de facto*) onderscheid maakt tussen ingevoerde en binnenlandse producten valt derhalve buiten dit verbod. Bovendien schrijft deze WTO-bepaling voor geïmporteerde goederen geen *identieke* behandeling, maar een *niet minder gunstige* behandeling dan vergelijkbare binnenlandse producten voor.

In dit verband verdient vermelding dat de projectgroep Duurzame productie van biomassa een WTO-vriendelijk uitgangspunt heeft gekozen door duurzaamheidscriteria op te stellen die gelden voor biobrandstoffen/uit biomassa geproduceerde elektriciteit uit zowel Nederland als het

---

<sup>5</sup> Zie GATT panel decisions, *Tuna Dolphin*, 1993/1994; WTO Appellate Body, *Shrimp/Turtle*, 1998 en 2001 (zie ook hieronder).

<sup>6</sup> In uitzonderlijke gevallen is het denkbaar dat bepaalde processen, hoewel zij geen sporen achterlaten in het product, op de markt toch anders zullen worden gezien, met name wanneer zij van invloed zijn op consumentenvoorkeuren. Consumenten zouden bijvoorbeeld het gebruik van niet-duurzame biobrandstoffen kunnen mijden. In dat geval zou kunnen worden betoogd dat geen sprake is van vergelijkbare producten. Er moet echter op gewezen worden dat het WTO Appellate Body doorgaans het belang van 'potentiële concurrentie' benadrukt en kijkt naar de invloed van overheidsmaatregelen op de voorkeur van consumenten. Zie bijvoorbeeld WTO Appellate Body, *Korea Liquor Taxes* §§115, 120ff (1999). Dit maakt het moeilijker om vol te houden dat producten niet vergelijkbaar zijn als gevolg van procesgerelateerde duurzaamheidseisen. Een *concurring opinion* in de uitspraak van de WTO Appellate Body in de *Asbestos*-zaak §154 (2001) is echter ingegaan tegen een al te economische beoordeling van 'vergelijkbare producten'. Dit zou meer ruimte kunnen bieden voor een uitleg waarin producten niet vergelijkbaar zijn als gevolg van niet-productgerelateerde PPMs.

buitenland.<sup>7</sup> Niettemin zal moeten worden nagegaan of maatregelen die op het eerste gezicht geen onderscheid maken tussen vergelijkbare producten van verschillende herkomst, niet *de facto* een discriminerende uitwerking hebben.

Om vast te kunnen stellen of maatregelen die onderscheid maken op grond van niet-productgerelateerde PPMs leiden tot een 'minder gunstige behandeling' van geïmporteerde producten, zal moeten worden beoordeeld wat de totale invloed van de betreffende maatregel is op geïmporteerde tegenover binnenlandse biobrandstoffen. Anders gezegd, er zal moeten worden nagegaan of door iedereen met (min of meer) dezelfde mate van inspanning kan worden voldaan aan de duurzaamheidseisen. Wanneer het voor buitenlandse producenten beduidend ingewikkelder is om aan de eisen te voldoen, vormt dit een indicatie dat de maatregel *de facto* discriminerend werkt tegenover geïmporteerde producten.

Het is niet eenvoudig om aan te geven wanneer van een dergelijke *de facto* discriminatie sprake is. Dit dient per maatregel, of zelfs per onderdeel daarvan, te worden beoordeeld aan de hand van meer feitelijke en economisch getinte analyses. Dat een maatregel *de facto* discriminerend is, zal moeten worden aangetoond en kan daarom niet te snel (i.e. zonder nadere onderbouwing) worden aangenomen.

In dit verband kan worden verwezen naar het recente WTO *panel report* over de behandeling van de EU van *biotech* producten. Het WTO panel stelde daarin vast dat het door de EU gemaakte onderscheid in de behandeling van genetisch gemodificeerde en genetisch niet- gemodificeerde producten geen 'minder gunstige behandeling' van geïmporteerde producten vormde, omdat niet was aangetoond dat er een verband bestond met de buitenlandse oorsprong van genetisch gemodificeerde producten.<sup>8</sup> Deze uitspraak is in lijn met andere recente WTO-rechtspraak.<sup>9</sup>

#### 2.1.1.2 Artikel III.5 GATT

Naast het genoemde Artikel III.4 GATT, zou ook nog Art. III.5 GATT van belang kunnen worden geacht dat met zoveel woorden *quantitative mixing regulations* verbiedt, waarin de bijmenging van een bepaalde hoeveelheid binnenlands product wordt voorgeschreven. In de voorbereidende stukken van de oorspronkelijke GATT-Overeenkomst werd met zoveel woorden gesproken over “*mixing regulations, such as the mixture of alcohol and gasoline in the manufacture of motor*

---

<sup>7</sup> Projectgroep Duurzame productie van biomassa, *Eindrapport van de projectgroep "Duurzame productie van biomassa"*, 14 juli 2006, p. 5.

<sup>8</sup> Zie WTO Panel Report, *EC-Treatment of GMO Products*, § 7.2514 (2006).

<sup>9</sup> Zie bijvoorbeeld WTO Appellate Body Report, *Dominican Republic –Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, § 96 (2005); *Asbestos*, §100 (2001).

*fuel*".<sup>10</sup> Lid 5 is aan de orde geweest in enkele GATT-geschillen,<sup>11</sup> doch nog niet aan de orde gekomen in WTO-uitspraken.

#### 2.1.1.3 Artikel XI GATT

Naast Artikel III zou ook Artikel XI GATT een rol kunnen spelen bij de beoordeling van niet-productgerelateerde PPMs. Dit artikel bevat een algemeen verbod op kwantitatieve invoer- of uitvoerbeperkingen. Traditioneel is wel verdedigd dat productgerelateerde PPMs niet gedekt worden door Artikel III en zonder meer indruisen tegen het verbod van Artikel XI. Dit standpunt wordt niet meer breed gehuldigd, zo lijkt het, doch de WTO-rechtspraak heeft hierin nog geen stelling genomen.<sup>12</sup>

Indien een maatregel (bijvoorbeeld een verkoopverbod) zowel binnenlandse als buitenlandse producten treft, valt deze in beginsel niet onder het verbod op invoerrestricties van Artikel XI GATT.<sup>13</sup>

#### 2.1.2 **De rechtvaardigingsgronden van Artikel XX GATT**

Een maatregel die valt binnen één van de genoemde verbodsbepalingen is niet per definitie onverenigbaar met de GATT. De GATT bevat namelijk in Artikel XX een algemene uitzonderingsbepaling. Dit artikel bevat een limitatieve opsomming van niet-economische waarden die als rechtvaardiging kunnen dienen voor met GATT-beginselen strijdig geachte handelsbeperkingen.

Artikel XX GATT luidt, in de officiële Engelse versie (voor zover van belang):

*"Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination*

---

<sup>10</sup> Doc. E/CONF.2/C.3/SR.40 (23 February 1948), op p. 6.

<sup>11</sup> GATT Panel Report, *EEC Measures on Animal Feed Proteins*, §§ 4.5-4.9 (1978); GATT Panel Report, *Spain – Measures Concerning Domestic Sale of Soyabean Oil*, §§ 4.4-4.5 (1981) (unadopted); GATT Panel Report, *US – Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco*, §§ 66-69 (1994); GATT Panel Report, *US – Taxes on Automobiles*, §§ 3.300-3.313 (1994) (unadopted).

<sup>12</sup> In de al eerder genoemde *Shrimp/Turtle* zaak accepteerden de Verenigde Staten dat hun betwiste maatregel een inbreuk vormde op een niet nader gepreciseerd GATT-verbod, zodat de rechtsstrijd zich toespitste op de vraag of de Verenigde Staten zich met vrucht op een rechtvaardigingsgrond in de zin van Artikel XX GATT (hierna besproken) konden beroepen.

<sup>13</sup> Zo werd het Frans verkoopverbod op asbestos enkel beoordeeld onder Artikel III.4, en niet onder Artikel XI. Zie WTO Appellate Body, *Asbestos* (2001).

*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;*

(...)

(g) *relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;*

(...)"

De limitatieve opsomming van rechtvaardigingsgronden van Artikel XX GATT wordt tegenwoordig regelmatig te eng geacht.<sup>14</sup> Zo kent Artikel XX bijvoorbeeld geen algemene uitzondering voor bescherming van sociale normen voor WTO-inbreuken. Deze bepaling is echter wel geldend recht, en de extra marge die hieraan kan worden toegemeten door het WTO Appellate Body in interpretaties gegeven in het kader van geschillenbeslechtingprocedures is beperkt.<sup>15</sup> Indien een rechtvaardiging wordt gezocht voor maatregelen met betrekking tot duurzaamheid zal met name kunnen worden gekeken naar de bescherming van het leven en de gezondheid van mensen, dieren en planten (Artikel XX (b) GATT) of de bescherming en het behoud van eindige of uitputbare natuurlijke rijkdommen (Artikel XX (g) GATT).

#### 2.1.2.1 Toetsing aan Artikel XX GATT

In een WTO-procedure rust de bewijslast dat een maatregel onder een uitzondering valt op het 'aangevallen' land dat zich op die uitzondering beroept. Hoewel een verdergaande toetsing op

---

<sup>14</sup> Vergelijk de discussie die Pascal Lamy nog in zijn tijd als EG-Commissaris aanzwengelde over de bescherming van collectieve preferenties, waarin hij ruimere uitzonderingsmogelijkheden op WTO-verplichtingen bepleitte. Zie [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/september/tradoc\\_118929.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/september/tradoc_118929.pdf) (speech van 15 september 2004) (bezoekt 8 februari 2007). Die discussie is onder Commissaris Mandelson doodgebloed, zij het dat het Europees Parlement hierover vorig jaar herfst nog een studieopdracht heeft verstrekt die naar wij begrijpen binnenkort gefinaliseerd zou moeten zijn, zodat het onderwerp niet geheel van de Europese agenda is verdwenen.

<sup>15</sup> Zie Artikel 3.2 WTO Dispute Settlement Understanding. Dit is een onderscheid met het EG-recht, waar het Hof van Justitie naast de uitdrukkelijk in Artikel 30 EG opgesomde publieke orde uitzonderingen ook nog andere ongeschreven 'dringende behoeften' in de rechtspraak heeft erkend die uitzonderingen op vrij verkeer beginselen rechtvaardigen. Zie, *infra*, tekst bij noot 57 en verder.

deze uitzonderingen alleen mogelijk is wanneer concrete voorstellen voor maatregelen beschikbaar zijn, kunnen hier toch al een aantal bruikbare algemene opmerkingen worden gemaakt.

De toetsing van een concrete maatregel aan Artikel XX GATT kan worden onderverdeeld in een zestal stappen:

*Stap 1: Valt het publieke belang onder Artikel XX?*

De eerste vraag is of het door Nederland te beschermen belang onder één van de gronden genoemd in Artikel XX kan worden gebracht. Zoals eerder reeds opgemerkt, maakt Artikel XX bijvoorbeeld geen uitzondering voor handelsrestricties die beogen het sociale welzijn of minimum-arbeidsvoorwaarden te beschermen. Wel voorziet Artikel XX in verschillende uitzonderingen (onder (b) en (g)) die de bescherming van het milieu betreffen.

*Stap 2: Is een territoriale link aanwezig?*

De rechtvaardigingsgronden van Artikel XX GATT kunnen alleen worden ingeroepen ter bescherming van (bijvoorbeeld) de volksgezondheid of de uitputbare natuurlijke rijkdommen in het eigen grondgebied van de Lidstaat.<sup>16</sup> Hoewel omstreden is of deze territoriale link nog steeds is vereist, kan daarover niet veel meer worden gezegd dan dat de WTO jurisprudentie dit vereiste tot op heden niet heeft laten vallen.<sup>17</sup> Veiligheidshalve moet daarom worden aangenomen dat een territoriale link moet bestaan tussen de ingeroepen rechtvaardigingsgrond en het Nederlandse grondgebied.

*Stap 3: Is een maatregel proportioneel?*

Voorts zal moeten worden aangetoond dat de inbreukmakende maatregel verband houdt met of noodzakelijk is voor het te beschermen belang.<sup>18</sup> Waar het bijvoorbeeld gaat om de bescherming van natuurlijke rijkdommen moet er een verband bestaan tussen de maatregel en het te bereiken doel. Of een maatregel proportioneel is zal per specifiek geval moeten worden beoordeeld. Zo

---

<sup>16</sup> Zo ook: Mindubio, p. 34.

<sup>17</sup> Zie WTO Appellate Body, *US - Shrimp/Turtle I*, § 133 (1998).

<sup>18</sup> Deze 'proportionaliteits' wordt op verschillende wijze geformuleerd in de diverse gronden genoemd in Artikel XX GATT en lijkt soms strenger ("necessary" in (b)) dan in andere gevallen ("related to" in (g)).

werd bijvoorbeeld in het specifieke geval van de al genoemde *Shrimp/Turtle* zaak zelfs een invoerverbod toelaatbaar geacht.<sup>19</sup>

Stap 4: Kunnen internationale verdragen een inbreuk rechtvaardigen?

Verder is de vraag of internationale verdragen kunnen bijdragen tot de rechtvaardiging van inbreukmakende maatregelen.<sup>20</sup> De WTO zal niet snel accepteren dat een WTO-Lidstaat gebonden wordt door een verplichting uit een verdrag, waarbij die Lidstaat geen partij is.<sup>21</sup> Met andere woorden, internationale verdragen zullen over het algemeen slechts kunnen worden aangevoerd als rechtvaardiging voor een WTO-inbreuk tegenover Lidstaten die zelf partij zijn bij die verdragen. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de huidige discussie over binnen de EU gemaakte voorstellen om (extra) invoerbelasting te heffen op import uit de Verenigde Staten, omdat de Verenigde Staten het Kyoto Protocol niet heeft ondertekend en daardoor een vermeend concurrentievoordeel verschaft aan haar energie-intensieve industrie ten opzicht van de Europese industrie. Commissaris Mandelson heeft onlangs betoogd dat een dergelijke invoerheffing hoogst problematisch is onder WTO-recht.<sup>22</sup>

Stap 5: Is overleg gevoerd met andere Lidstaten?

Onderhandelingen met andere WTO-Lidstaten kunnen ertoe bijdragen dat de toepassing van maatregelen, die inbreuk maken op WTO-verplichtingen maar verband houden met één van de publieke beleidsdoelen van Artikel XX GATT, niet wordt gezien als een vorm van verkapt discriminatie. Met andere woorden, de impact van duurzaamheidseisen kan per exporterende Lidstaat verschillen, en een Lidstaat die dergelijke eisen vaststelt zal - door middel van onderhandelingen - zoveel mogelijk rekening moeten houden met deze verschillen.<sup>23</sup>

Er wordt wel eens gesteld dat uiteindelijk alle inbreukmakende maatregelen kunnen worden gerechtvaardigd, als de betreffende Lidstaat maar geprobeerd heeft om - al dan niet met succes - met de betrokken derde landen tot overeenstemming te komen.<sup>24</sup> Dit standpunt gaat naar ons

---

<sup>19</sup> WTO Appellate Body report inzake *Shrimp/Turtle I*, § 141 (1998).

<sup>20</sup> Zie Mindubio, p. 3.

<sup>21</sup> Zie WTO Panel Report, *EC-Treatment of GMO Products*, § 7.74 (2006).

<sup>22</sup> Zie speech van Peter Mandelson, *Trade and Climate Change*, 18 december 2006 (Brussel).

<sup>23</sup> Zie WTO Appellate Body, *US - Shrimp/Turtle II* (2001). Deze uitspraak gaat onder meer in op de eisen die de aanhef ('chapeau') van Artikel XX GATT stelt.

<sup>24</sup> Een impliciete verwijzing naar dit standpunt wordt gemaakt in Mindubio, p. 3.

oordeel te ver. Er zal immers altijd moeten worden gekeken of aan de andere voorwaarden voor rechtvaardiging is voldaan.

Stap 6: Is de ingeroepen rechtvaardiging van niet-economische aard?

Ten slotte, iedere rechtvaardiging onder Artikel XX voor een inbreukmakende maatregel zal van niet-economische aard moeten zijn. Maatregelen die ertoe strekken dat de impact van duurzaamheidscriteria op Nederlandse (of Europese) producenten kleiner is dan die op buitenlandse concurrenten, of die beogen de Nederlandse (of Europese) landbouwbelangen te dienen, zijn bij voorbaat 'verdacht'.

### 2.1.3 TBT-Overeenkomst

De TBT-Overeenkomst bevat specifieke bepalingen ten aanzien van technische handelsbelemmeringen. Ten aanzien van technische voorschriften bevat de TBT Overeenkomst verplichtingen die mede het discriminatieverbod omvatten, maar deels ook verder gaan dan dat verbod. De TBT Overeenkomst geeft bijvoorbeeld aan dat WTO-Lidstaten - waar mogelijk - zoveel mogelijk moeten aansluiten bij internationale standaarden,<sup>25</sup> en dat technische voorschriften dienen te voldoen aan bepaalde minimumeisen van proportionaliteit.<sup>26</sup>

Het is onduidelijk of de minimumeisen gesteld aan in Nederland verkochte biobrandstoffen zouden kunnen worden gezien als technische voorschriften in de zin van de TBT-Overeenkomst. Het is namelijk betwist of PPMs door de TBT-Overeenkomst gedekt worden.<sup>27</sup>

Wat de proportionaliteitstest van de TBT Overeenkomst betreft, moet worden opgemerkt dat tot nu toe geen gezaghebbende interpretatie is gegeven van deze test. Deze proportionaliteitstest laat aan WTO-Lidstaten een ruime beoordelingsruimte bij het vaststellen van het niveau van bescherming dat zij stellen aan de volksgezondheid of het milieu.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Artikel 2.4 TBT-Overeenkomst.

<sup>26</sup> Artikel 2.2 TBT-Overeenkomst.

<sup>27</sup> Zie het oorspronkelijke debat rond eco-labelling in *Report (1996) of the Committee on Trade and Development*, §§66-81, WT/CTE/1 (1996).

<sup>28</sup> Zie artikel 2.2 TBT-Overeenkomst, tweede en derde zin.



#### 2.1.4 SCM-Overeenkomst

De SCM-Overeenkomst bevat een verbod op subsidies die (*de jure* of *de facto*) uitsluitend of onder meer afhankelijk zijn van exportprestaties (exportsubsidies) en op subsidies die uitsluitend of onder meer afhankelijk zijn van het gebruik van binnenlandse in plaats van ingevoerde goederen (imports substitutiesubsidie).<sup>29</sup> Daarnaast bepaalt de SCM-Overeenkomst dat een Lidstaat tegen bepaalde subsidies (de zogenaamde 'actionable subsidies') een actie bij de WTO kan instellen indien die subsidie schade toebrengt aan in die Lidstaat gevestigde producenten.<sup>30</sup>

Op de SCM-Overeenkomst zal hieronder nader worden ingegaan bij de behandeling van de fictieve maatregelen met betrekking tot subsidiëring en accijnsverlaging.

#### 2.1.5 De gevolgen van overtreding van het WTO-recht

In deze algemene bespreking van het WTO-rechtelijk kader is het nuttig om vanuit een meer praktisch oogpunt te bekijken wat de gevolgen zouden zijn wanneer een maatregel ten aanzien van biobrandstoffen of uit biomassa geproduceerde elektriciteit in strijd met het WTO-recht zou blijken te zijn.

Veroordelingen door een WTO-tribunaal hebben slechts gelding voor de toekomst en hebben dus geen terugwerkende kracht. Dit geldt algemeen, en wordt bij voorbeeld met zoveel woorden bevestigd in de preambule van de machtigingsverordening die de EU in staat stelt om WTO-veroordelingen van communautaire antidumping- en anti-subsidiemaatregelen ten uitvoer te leggen:

*“De aanbevelingen in de rapporten van het orgaan voor geschillenbeslechting [dat de beslissingen van de WTO-tribunalen formeel bekrachtigt - VD] hebben een uitsluitend prospectief karakter”<sup>31</sup>*

Dit betekent onder meer dat indien zou worden vastgesteld dat bepaalde subsidies in strijd met het WTO-recht zijn verleend, deze niet moeten worden terugbetaald.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Artikel 3.1 SCM-Overeenkomst.

<sup>30</sup> Zie Artikel 7 SCM-Overeenkomst.

<sup>31</sup> Zie preambule 6 uit Verordening 1515/2001, Pb. 2001, L201/10. Zie voorts art. 3 uit dezelfde verordening: “Overeenkomstig deze verordening genomen maatregelen worden van kracht op de datum van inwerkingtreding en geven, behoudens andersluidende bepalingen, geen aanleiding tot terugbetaling van voor die datum ingevorderde rechten.”

<sup>32</sup> De enige WTO-uitspraak die tot een tegengestelde conclusie kwam, wordt door de WTO-landen algemeen beschouwd als een stap te ver, die niet te verenigen valt met het beginsel dat WTO-veroordelingen enkel effect

Een ander aandachtspunt betreft notificaties. Het WTO-recht vereist dat bepaalde maatregelen, zoals subsidies en technische maatregelen, worden genotificeerd. In de praktijk wordt deze verplichting overigens lang niet altijd nageleefd. Tot nu toe heeft het niet aanmelden van een bepaalde maatregel bij de WTO echter nog nooit aanleiding gegeven tot represailles. De notificatieverplichting van de WTO is daarmee van een totaal andere aard dan (bijvoorbeeld) de binnen het EG-recht geldende verplichtingen om staatssteun<sup>33</sup> en technische regelingen aan te melden.<sup>34</sup> Uiteraard is hiermee niet gezegd dat de Nederlandse regering niet aan zijn notificatieplicht zou moeten voldoen.

Een ander verschil tussen de notificaties in WTO- en EG-verband is dat formele notificaties bij de Europese Commissie doorgaans juridische gevolgen hebben: staatssteun wordt toegestaan of verboden, technische maatregelen kunnen na melding van kracht worden, etc. Dit is niet het geval bij notificaties in de WTO. Die notificaties geven geen enkele indicatie van de WTO-conformiteit van de betreffende maatregelen. Uit het feit dat een bepaalde standaard op de agenda staat van het *TBT Committee*, kan bijvoorbeeld op geen enkele manier worden afgeleid of deze standaard al dan niet is toegelaten onder het WTO-recht.

---

voor de toekomst hebben. Zie WTO Art. 21.5 Panel Report, *Australian - Subsidies to Automotive Leather* (2000). Dit blijkt bij voorbeeld uit het feit dat in geen enkele volgende zaak, waarin een verboden subsidie (zoals een export-subsidie of een invoersubsstitutie subsidie) werd vastgesteld, het veroordeelde land tot terugbetaling werd veroordeeld. Zie bijvoorbeeld de navolgende beslissingen onder de WTO-Subsidie-overeenkomst: WTO Panel Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, §§ 11.4-11.7 (2000); WTO Appellate Body Report, *US – Tax Treatment for Foreign Sales Corporations*, § 178 (2000); WTO Panel Report 21.5, *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft*, §§ 7.1-7.3 (2000); WTO Panel Report 21.5, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, §§ 6.1-6.4 (2000); WTO Appellate Body Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, § 186 (2000); WTO Appellate Body Report 21.5, *US – Tax Treatment for Foreign Sales Corporations*, § 257 (2002); WTO Panel Report, *Canada – Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft*, §§ 8.3-8.4 (2002); WTO Panel Report, *US – Subsidies on Upland Cotton*, §§ 8.3 (2004); WTO Appellate Body Report, *US – Subsidies on Upland Cotton*, § 764 (2005); WTO Panel Report, *Korea – Measures Affecting Trade in Commercial Vessels*, § 8.4-8.5 (2005). De uitspraken onder de subsidie-bepalingen van de WTO-Landbouwovereenkomst hebben dezelfde strekking. Toen bijv. elementen uit het EU-suikerrégime recentelijk als een verboden exportsubsidie werden aangemerkt, was er geen sprake van dat de EU werd veroordeeld om subsidies uit het verleden terug te betalen. Zie WTO Appellate Body Report, *European Communities – Export Subsidies on Sugar*, § 347 (2005). Merk ook op dat de in de voorgaande voetnoot geciteerde machtigingsverordening, waarin het prospectieve effect van WTO-uitspraken nog eens wordt bevestigd, dateert van ná de *Australian Leather* beslissing.

<sup>33</sup> Op grond van Artikel 88 EG-Verdrag is niet aangemelde staatssteun onrechtmatig en dient zij te worden terugbetaald.

<sup>34</sup> Zie de zogenaamde *Securitel*-rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG. Bijvoorbeeld HvJ EG, zaak C-226/97, *Lemmens*, [1998] Jur. I-3711 (het nalaten om een technische maatregel in de zin van Richtlijn 83/189/EG aan te melden, maakt dat een dergelijke maatregel niet van toepassing is).

Daarnaast bestaat er, indien een WTO-tribunaal zou vaststellen dat een Nederlandse maatregel strijdig is met het WTO-recht, geen onmiddellijke dreiging voor represailles door de staat/staten die de betreffende maatregel aan de kaak hebben gesteld. Nederland zal in dat geval eerst een redelijke termijn krijgen (gemiddeld 9 maanden<sup>35</sup>) om te voldoen aan de WTO-uitspraak. Tevens verdient opmerking dat alleen de Lidstaten die de WTO-zaak aanhangig hebben gemaakt tegenmaatregelen mogen nemen. Dat geldt dus niet voor andere Lidstaten.<sup>36</sup>

Wanneer Nederland maatregelen zou nemen om het gebruik van biobrandstoffen te bevorderen, zou de WTO-conformiteit van deze maatregelen overigens niet alleen worden beoordeeld door derde landen, maar ook door de Europese Commissie. De Commissie kan zelfs - hoewel dit uitzonderlijk is - tegen nationale maatregelen, die zij strijdig acht met het WTO-recht, beroep instellen bij het Hof van Justitie van de EG (hierna: Hof van Justitie of kortweg Hof).<sup>37</sup>

Dit is op zichzelf al een reden voor de Nederlandse regering om bij de Europese Commissie te polsen wat haar reactie zou zijn op Nederlandse maatregelen ten aanzien van biobrandstoffen, waarvan wordt getwijfeld of zij in overeenstemming zijn met het WTO-recht. Een andere reden voor het raadplegen van de Commissie is dat, wanneer een derde (niet-EU) land een Nederlandse maatregel zou aanvechten binnen de WTO, het gebruikelijk is dat de EU deze maatregel (mede) zal verdedigen.<sup>38</sup> Overigens zou een verplichting om maatregelen over biobrandstoffen vooraf te melden bij de Europese Commissie, ook kunnen voortvloeien uit het EG-recht zelf.<sup>39</sup>

Voor de goede orde: de kans dat een particulier deze maatregelen zou kunnen aanvechten voor de Nederlandse rechter wegens strijd met WTO-recht is naar huidige rechtspraak miniem. Aan de WTO-regels die hier aan de orde zijn wordt in het algemeen geen 'directe werking' toegekend.<sup>40</sup>

---

<sup>35</sup> Dit gemiddelde is afgeleid uit de praktijk. De WTO Dispute Settlement Understanding geeft aan dat de redelijke implementatieperiode in beginsel niet langer zou moeten duren dan 15 maanden. Zie Artikel 21.3(c) DSU.

<sup>36</sup> De mogelijkheid van 'class actions' door een groep WTO-Lidstaten kan niet worden uitgesloten, doch het verschijnsel is zeldzaam. Het dichtst in de buurt komt de aanval door een groot aantal landen op de vrijwaringsmaatregelen op staalinvoer die President Bush in 2002 instelde. Zie WTO panel en Appellate Body rapporten in *United States - Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products* (2003).

<sup>37</sup> Zie HvJ EG, zaak C-61/94, *Commission v. Germany*, [1996] Jur. I-3989 (met betrekking tot een schending door Duitsland van de GATT Milk Agreement van 1979).

<sup>38</sup> Hoewel Nederland, evenals de andere EU-landen, naast de EU ook zelfstandig lid is van de WTO, zal de EU gewoonlijk een gemeenschappelijk standpunt willen innemen en de bestreden maatregel willen verdedigen.

<sup>39</sup> Bijvoorbeeld wanneer deze maatregel neerkomt op het verstrekken van staatssteun.

<sup>40</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG, zaak C-149/96, *Portugal v. Council*, [1999] Jur. I-8359.

Er lijkt voorts geen directe schade te zijn voor de geloofwaardigheid van Nederland (en *mutatis mutandis* de EU) binnen de WTO, indien een WTO-tribunaal zou vaststellen dat Nederland bij de vaststelling van maatregelen ten aanzien biobrandstoffen het WTO recht verkeerd heeft geïnterpreteerd, zolang Nederland (en de EU) werkelijk goede argumenten had om aan te nemen dat het in overeenstemming handelde met de WTO. De bevordering van het gebruik van biobrandstoffen wordt tegenwoordig in brede kringen gezien als een belangrijk beleidsdoel.

Vanuit praktisch oogpunt betekent dit dat er naar ons oordeel aan de kant van de Nederlandse regering geen reden is om overdreven bezorgd te zijn voor een - te goeder trouw gegeven - verkeerde lezing van het WTO-recht. Dat is zeker het geval wanneer de Europese Commissie bereid is de Nederlandse maatregel toe te staan en - zo nodig - te verdedigen in WTO-verband. Indien deze (te goeder trouw genomen) maatregelen achteraf toch strijdig blijken te zijn met het WTO-recht, lijken de nadelige gevolgen daarvan in deze omstandigheden beperkt.

Om misverstanden te voorkomen, wij stellen geenszins dat Nederland geen aarzeling moet hebben het WTO-recht te schenden, omdat de directe gevolgen toch beperkt zijn. Wij achten het niet raadzaam dat Nederland maatregelen zou nemen die kennelijk in strijd zijn met het WTO-recht. Dat zou bijvoorbeeld al snel een even nonchalante houding kunnen oproepen bij andere WTO-lidstaten, ten nadele van andere zwaarwegende Nederlandse belangen. Daarbij verdient ook opmerking dat naarmate sprake is van een langer lopende controverse in het WTO-recht, het voor een Lidstaat moeilijker zal zijn om vol te houden dat het zich te goeder trouw vergist heeft in de mogelijkheden om een niet eerder juridisch geteste maatregel WTO-rechtelijk te rechtvaardigen.

Het enige dat wij willen aangeven is dat wanneer onzeker is of concrete maatregelen (zoals die uiteindelijk zullen voortvloeien uit de opgestelde Criteria) al dan niet in overeenstemming zijn met het WTO-recht, dit geen reden hoeft te zijn om meteen van deze maatregelen af te zien. Wanneer de positieve effecten van een voorgestelde maatregel als belangrijk worden aangemerkt, zou dit een reden kunnen zijn de maatregel door te voeren, ook al bestaat er een risico dat die maatregel achteraf als een WTO-inbreuk zal worden aangemerkt. Of de Nederlandse overheid dit risico wil nemen is uiteindelijk een politieke afweging.

Een internationale overeenkomst, waarin afspraken worden gemaakt over duurzaamheidscriteria van toepassing op biobrandstoffen, verdient vanuit verschillende gezichtshoeken de voorkeur boven unilaterale maatregelen. Wanneer WTO-landen in toenemende mate en op allerlei terrein elk hun eigen niet-productgerelateerde PPMs gaan formuleren zal dit een remmend effect hebben op de internationale handel en, daarmee samenhangend, tot meer internationale fricties leiden. Meer in het bijzonder ten aanzien van duurzaamheidscriteria geldt verder dat afspraken in

internationaal verband effectiever zullen zijn in het terugdringen van broeikasgassen dan unilaterale maatregelen zijdens Nederland.

## **2.2 EG-recht**

In de toetsing van de Criteria aan het EG-recht zullen wij ons specifiek richten op de volgende drie aspecten van het EG-recht:

- Het vrij verkeer van goederen (artikel 28-30 EG) (paragraaf 2.2.2);
- Specifiek op het milieu gerichte maatregelen (paragraaf 2.2.3);
- Staatssteun (paragraaf 2.2.4).

Alvorens hieronder in te gaan op deze materiële EG-rechtelijke regels, zal echter in paragraaf 2.2.1 eerst worden nagegaan of Nederland, als lidstaat van de Europese Unie, bevoegd is om duurzaamheidscriteria vast te stellen (en deze toe te passen in concrete maatregelen), of dat dit een bevoegdheid is die (uitsluitend) de Europese Gemeenschap (hierna: de Gemeenschap) toekomt.

### **2.2.1 Is Nederland bevoegd om duurzaamheidscriteria vast te stellen?**

#### 2.2.1.1 De verdeling van bevoegdheden tussen de Gemeenschap en de lidstaten

Het EG-verdrag kent aan de Gemeenschap een aantal bevoegdheden toe op milieugebied. Artikel 174 lid 1 EG vormt hiervoor de belangrijkste grondslag. Dit artikel bepaalt dat het beleid van de Gemeenschap op milieugebied bijdraagt tot het nastreven van het behoud, de bescherming en de verbetering van de kwaliteit van het milieu; de bescherming van de gezondheid van de mens; een behoedzaam en rationeel gebruik van natuurlijke hulpbronnen; en de bevordering op internationaal vlak van maatregelen om het hoofd te bieden aan regionale of mondiale milieuproblemen. Op grond van Artikel 175 EG is de Gemeenschap bevoegd om met het oog op deze doelen milieurichtlijnen of -verordeningen, alsmede milieu-actieprogramma's<sup>41</sup> vast te stellen.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> In tegenstelling tot richtlijnen en verordeningen, die voor de lidstaten bindende bepalingen kunnen bevatten, wordt van milieu-actieprogramma's aangenomen dat zij geen directe rechtsgevolgen voor de lidstaten hebben. Zie bijvoorbeeld Jans, Sevenster & Vedder, Europees Milieurecht in Nederland, 3e druk (2000), p.57.

<sup>42</sup> De vraag welke interne besluitvormingsprocedures binnen de EG ter zake moeten worden gevolgd is voor de onderhavige toetsing niet relevant en wordt hier daarom buiten beschouwing gelaten.

Naast Artikel 175 kan ook Artikel 95 EG een grondslag voor Gemeenschapsmaatregelen ten aanzien van het milieu bieden. Deze bepaling betreft de onderlinge aanpassing (harmonisatie) van de wetgeving van de lidstaten die rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt. Deze harmonisatie kan ook betrekking hebben op het milieu. Zo kan bijvoorbeeld de vaststelling van Europese milieuproductnormen - ter vervanging van verschillende nationale normen - de werking van de gemeenschappelijke markt ten goede komen.

De bevoegdheden van de Gemeenschap op het gebied van milieubeleid - hetzij op grond van Artikel 175, hetzij op grond van Artikel 95 EG - zijn niet exclusief. Dit betekent dat de lidstaten bevoegd zijn om zelf maatregelen op milieugebied te nemen indien en voor zover het onderwerpen betreft die niet op Gemeenschapsniveau zijn geregeld.

Wanneer een onderwerp op Europees niveau uitputtend is geregeld, zijn de lidstaten in beginsel niet langer bevoegd terzake zelf maatregelen vast te stellen. Echter, Artikel 176 EG bepaalt dat de beschermende maatregelen die worden vastgesteld uit hoofde van Artikel 175, niet beletten dat een lidstaat verdergaande beschermingsmaatregelen handhaaft en treft, mits deze verenigbaar zijn met het EG-verdrag.

#### 2.2.1.2 Welke maatregelen zijn reeds op Gemeenschapsniveau genomen?

Vooropgesteld dient te worden dat op Gemeenschapsniveau thans (nog) geen duurzaamheidscriteria zijn vastgesteld. Dat betekent in beginsel dat het de lidstaten vrij staat dergelijke criteria vast te stellen. Onderzocht moet echter worden of er geen andere EG-rechtelijke maatregelen bestaan die aan de vaststelling op nationaal niveau van duurzaamheidscriteria in de weg kunnen staan. Daartoe dient eerst te worden onderzocht welke relevante maatregelen de Gemeenschap reeds op milieugebied heeft genomen. Vervolgens wordt gekeken of deze maatregelen Nederland de ruimte laten om duurzaamheidscriteria vast te stellen.

De voorgenomen Nederlandse maatregelen, waaraan de Criteria zullen worden gekoppeld, hebben met name betrekking op (i) het gebruik van biobrandstoffen in het wegverkeer en (ii) het gebruik van biomassa bij de productie van elektriciteit. Daarom zijn in de eerste plaats de volgende EG-richtlijnen van belang:

- a) Richtlijn 2003/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 mei 2003 ter bevordering van het gebruik van biobrandstoffen of andere hernieuwbare brandstoffen in het vervoer (hierna: Biobrandstoffenrichtlijn); en
- b) Richtlijn 2001/77/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 betreffende de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt.

Ad a) De Biobrandstoffenrichtlijn

De Biobrandstoffenrichtlijn heeft tot doel in elke lidstaat het gebruik van biobrandstoffen te bevorderen als vervanging voor dieselolie of benzine in het vervoer, teneinde bij te dragen tot doelstellingen op het gebied van klimaatverandering, milieuvriendelijke voorzieningszekerheid en bevordering van hernieuwbare energiebronnen.<sup>43</sup>

Artikel 3 van de Biobrandstoffenrichtlijn bepaalt dat de lidstaten er zorg voor dragen dat een minimaal aandeel van biobrandstoffen op hun markten wordt aangeboden. De richtlijn stelt in dit verband streefwaarden: op 31 december 2005 zou 2% van alle brandstoffen uit biobrandstoffen moeten bestaan. Op 31 december 2010 zou dit aandeel 5,75% moeten zijn.

De Biobrandstoffenrichtlijn schrijft niet voor op welke wijze de lidstaten het gebruik van biobrandstoffen dienen te bevorderen. Het staat de lidstaten derhalve vrij die maatregelen te nemen, die naar hun eigen inzicht het best beantwoorden aan de doelstellingen van de richtlijn. De Biobrandstoffenrichtlijn verzet zich er in beginsel dan ook niet tegen dat nationale maatregelen ter bevordering van biobrandstoffen eveneens eisen stellen aan de duurzaamheid van die brandstoffen.<sup>44</sup>

Overigens is nog van belang dat artikel 4 van de Biobrandstoffenrichtlijn de lidstaten verplicht om jaarlijks vóór 1 juli bij de Commissie verslag uit te brengen over - onder meer - de maatregelen die genomen zijn om het gebruik van biobrandstoffen ter vervanging van diesel of benzine in het vervoer te bevorderen. Dit betekent dat voor zover de Criteria worden toegepast in verband met wet- en regelgeving inzake het gebruik van biobrandstoffen in het wegverkeer, dit op grond van de Biobrandstoffenrichtlijn aan de Commissie dient te worden voorgelegd. Deze bepaling betreft overigens enkel het verstrekken van relevante informatie. De toestemming van de Commissie voor de genomen maatregelen is derhalve niet vereist.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Artikel 1 Biobrandstoffenrichtlijn.

<sup>44</sup> Op de vraag welke materiële eisen de Biobrandstoffenrichtlijn stelt aan door Nederland vast te stellen duurzaamheidscriteria, zal worden teruggekomen in paragraaf 2.2.3.

<sup>45</sup> Wel kan de Commissie op basis van de door haar ontvangen informatie tegen een lidstaat een inbreukprocedure starten, wanneer deze lidstaat naar het oordeel van de Commissie de richtlijn onvoldoende naleeft. Zo heeft de Commissie inbreukprocedures ingeleid in zeven gevallen waar lidstaten zonder gegronde reden te lage doelstellingen (i.e. lager dan 2% in 2005) hadden vastgesteld. Zie de Mededeling van de Commissie van 8 februari 2006, *Een EU-strategie voor biobrandstoffen*, COM (2006) 34 def. Ook zou de Commissie in actie kunnen komen tegen Nederland, indien zij zou menen dat de uitwerking van de Criteria in strijd komt met het WTO-recht. Zie, *infra*, de tekst bij voetnoot 37.

Ad b) Richtlijn 2001/77/EG

Richtlijn 2001/77/EG heeft ten doel de bevordering en een verhoging van het aandeel van hernieuwbare energiebronnen in de elektriciteitsproductie binnen de interne elektriciteitsmarkt. Artikel 3 van Richtlijn 2001/77/EG bepaalt dat de lidstaten passende maatregelen nemen om het verbruik van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen te stimuleren. Daartoe hebben de lidstaten nationale indicatieve streefcijfers tot het jaar 2010 moeten opstellen, waarbij rekening moest worden gehouden met in een bijlage bij de richtlijn opgenomen referentiewaarden,<sup>46</sup> alsmede de eventuele nationale verbintenissen uit hoofde van het Kyoto-protocol.

Net als de Biobrandstoffenrichtlijn schrijft Richtlijn 2001/77/EG niet voor op welke wijze de lidstaten het gebruik van biobrandstoffen dienen te bevorderen. Het staat de lidstaten derhalve vrij die maatregelen te nemen, die naar hun eigen inzicht het best beantwoorden aan de doelstellingen van de richtlijn. Richtlijn 2001/77/EG verzet zich er in beginsel dan ook niet tegen dat nationale maatregelen ter bevordering van het gebruik van hernieuwbare energiebronnen in de elektriciteitsproductie eveneens eisen stellen aan de duurzaamheid van die hernieuwbare energiebronnen.<sup>47</sup>

2.2.1.3 Conclusie: Nederland is bevoegd duurzaamheidscriteria vast te stellen

De hierboven besproken bepalingen van EG-recht hebben weliswaar betrekking op het bevorderen van het gebruik van biobrandstoffen in het wegverkeer en hernieuwbare energiebronnen voor de elektriciteitsproductie, maar deze regelingen laten de lidstaten veel ruimte om de gestelde doelstellingen na te streven. Het vaststellen van duurzaamheidscriteria valt binnen die ruimte. Nederland moet dan ook bevoegd worden geacht om de Criteria toe te passen in nationale milieumaatregelen.

Daarbij is met name ook relevant dat op gemeenschapsniveau (nog) geen duurzaamheidscriteria zijn vastgesteld. Mocht dat in de toekomst alsnog gebeuren,<sup>48</sup> dan dienen de Nederlandse duurzaamheidscriteria vanzelfsprekend verenigbaar te zijn met de Europese criteria terzake. In dat geval zouden nationale duurzaamheidscriteria die verder gaan dan deze Europese criteria overigens gerechtvaardigd kunnen worden met een beroep op Artikel 176 EG. Deze

---

<sup>46</sup> De referentiewaarde voor het nationale indicatieve streefcijfer voor het aandeel van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in het bruto-elektriciteitsverbruik in 2010 bedroeg voor Nederland 9%.

<sup>47</sup> Op de vraag welke materiële eisen Richtlijn 2001/77/EG stelt aan door Nederland vast te stellen duurzaamheidscriteria, zal worden teruggekomen in paragraaf 2.2.3.

<sup>48</sup> Uit de Mededeling van de Commissie van 8 februari 2006, *Een EU-strategie voor biobrandstoffen*, COM(2006) 34 def, kan worden afgeleid dat de Commissie het vaststellen van duurzaamheidscriteria overweegt.



verdergaande nationale criteria moeten dan wel verenigbaar zijn met het EG-verdrag en moeten ter kennis worden gebracht van de Commissie.

### 2.2.2 Het vrij verkeer van goederen

Het vrij verkeer van goederen<sup>49</sup> is één van de basisbeginselen van de Europese interne markt. Het voornaamste doel van de EG-regelgeving betreffende het vrij verkeer van goederen bestaat uit het wegnemen van handelsbelemmeringen op de interne markt.

Artikel 28 EG bevat de basisregel betreffende het vrij verkeer van goederen:

*"Kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden."*

Kwantitatieve invoerbeperkingen zijn maatregelen die een grens stellen aan de hoeveelheid producten die in een land mag worden ingevoerd. Ook een importverbod wordt als kwantitatieve beperking beschouwd. Het instellen van kwantitatieve beperkingen is bij de thans beoogde nationale maatregelen inzake biobrandstoffen niet aan de orde.

Van groter belang is in dit geval de categorie 'maatregelen van gelijke werking' (als een kwantitatieve beperking). Onder 'maatregel van gelijke werking' worden alle maatregelen van de lidstaten verstaan die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kunnen belemmeren.<sup>50</sup> Artikel 28 EG vormt een ruime verbodsbepaling om de vrije handel tussen de EU-lidstaten te waarborgen.

Getoetst dient te worden of de Criteria zodanige eisen stellen dat de toepassing ervan in concrete maatregelen de handel tussen de lidstaten kan belemmeren. Er is dan sprake van een maatregel van gelijke werking en de betreffende maatregel valt dan onder het verbod van Artikel 28 EG. In dat geval moet worden beoordeeld of die maatregel valt binnen één van de uitzonderingen op het verbod van Artikel 28 EG.

#### 2.2.2.1 Wanneer is sprake van een 'maatregel van gelijke werking'?

Het Hof van Justitie maakt in haar rechtspraak onderscheid tussen discriminerende maatregelen en maatregelen zonder onderscheid.

---

<sup>49</sup> 'Goederen' in de zin van het Verdrag zijn producten die op geld waardeerbaar zijn en voorwerp kunnen zijn van een handelstransactie. Biomassa en biobrandstoffen vallen onder deze definitie. Zie HvJ EG, zaak 7/68 (*Italiaanse kunstzakk*), Jur. 1968, p. 423.

<sup>50</sup> Aldus HvJ EG, zaak 8/74 (*Dassonville*), Jur. 1974, p. 837.

### Discriminerende maatregelen

De categorie 'discriminerende maatregelen' omvat zowel maatregelen die expliciet discriminerend zijn als maatregelen die *de facto* discrimineren. Van expliciete discriminatie is bij de Criteria geen sprake. De Criteria maken geen onderscheid tussen Nederlandse en buitenlandse producten.

Van een *de facto* discriminerende maatregel zou sprake kunnen zijn wanneer duurzaamheidseisen zodanig geformuleerd zijn dat in de praktijk vooral Nederlandse ondernemingen aan die eisen kunnen voldoen.<sup>51</sup> Wij kunnen dat op basis van de ons nu ter beschikking staande informatie niet uitsluiten ten aanzien van de meeste Criteria (Criteria 1-7); ten aanzien van sommige Criteria lijkt van discriminatie eerder sprake te kunnen zijn (Criteria 8-9), hoewel dat met name speelt in de verhouding met derde landen en niet zozeer ten aanzien van andere EG-Lidstaten.

### Maatregelen zonder onderscheid

Een maatregel zonder onderscheid is een door een lidstaat uitgevaardigde maatregel die weliswaar niet (*de jure* of *de facto*) discriminerend is, maar die niettemin een handelsbelemmering kan vormen.

Voorbeelden van dergelijke maatregelen zonder onderscheid zijn eisen die een lidstaat stelt aan de samenstelling van een product, de gebruikte verpakkingsmaterialen of de informatie die op producten wordt weergegeven. Dergelijke eisen zijn niet discriminerend, aangezien zij gelijkelijk gelden voor binnenlandse en buitenlandse producenten. Echter, het bestaan van verschillende voorschriften in de lidstaten kan feitelijk de handel beperken, omdat zij voor buitenlandse producenten een extra last vormen: het is vaak onmogelijk om één product aan alle in de lidstaten bestaande voorschriften te laten voldoen.

Een producent (of importeur) die in verschillende lidstaten aan verschillende eisen moet voldoen, ziet zich aldus geconfronteerd met een zogenaamde 'multiple burden'. Ook al geldt deze 'multiple burden' voor producenten uit alle lidstaten op gelijke wijze (er is een 'equal burden'), de optelsom van de verschillende vereisten waaraan producenten voor de verschillende lidstaten moeten voldoen, kunnen handelsbelemmerend werken. Ook maatregelen zonder onderscheid kunnen daarom een 'maatregel van gelijke werking' in de zin van Artikel 28 EG vormen.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> HvJ EG, zaak 45/87 (*Dundalk*), Jur. 1988, p. 4929, geeft een voorbeeld van een *de facto* discriminerende maatregel: in Ierland gebruikte buizen voor drinkwatervoorziening moesten beschikken over een certificaat dat alleen in Dublin kon worden verkregen. In de praktijk maakte dit het voor buitenlandse producenten onmogelijk om het benodigde certificaat te bemachtigen.

<sup>52</sup> Hierin gaat het EG-recht dus verder dan het WTO-recht. Maatregelen zonder onderscheid die van toepassing zijn op zowel binnenlandse als buitenlandse producten vallen immers niet onder het met Artikel 28 EG-recht.

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat - teneinde 'multiple burdens' te voorkomen - lidstaten in beginsel verplicht de product- en andersoortige voorschriften zoals gesteld door de lidstaat van herkomst van het product te erkennen. Eenmaal rechtmatig in één van de lidstaten geproduceerd of ingevoerd, moet het product vrij op de gemeenschappelijke markt verhandeld kunnen worden.<sup>53</sup> Is dit niet het geval, dan is sprake van een handelsbelemmering.

### Verkoopmodaliteiten

Eén categorie maatregelen is door het Hof van Justitie uitgezonderd van het verbod van Artikel 28 EG: de zogenaamde verkoopmodaliteiten. In het arrest *Keck* overwoog het Hof van Justitie:

*"In afwijking van de eerdere rechtspraak moet echter worden aangenomen, dat een maatregel die de handel tussen de Lid-Staten al dan niet rechtstreeks kan belemmeren in de zin van de Dassonville-rechtspraak (...), niet kan worden beschouwd de toepassing op produkten uit andere Lid-Staten van nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, mits die bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en mits zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale produkten en op die van produkten uit andere Lid-Staten."<sup>54</sup>*

Uit deze overwegingen van het Hof van Justitie blijkt dat een dergelijke verkoopmodaliteit op alle marktdeelnemers van toepassing moet zijn en niet discriminerend mag zijn. Wordt voldaan aan die voorwaarden, dan is - aldus het Hof - geen sprake van een handelsbelemmering en valt de maatregel buiten het verbod van Artikel 28 EG.

---

vergelijkbare verbod van Artikel XI GATT, doch enkel onder het non-discriminatieverbod van Artikel III.4 GATT.

<sup>53</sup> Mits de voorschriften zoals gesteld door de lidstaat van herkomst verenigbaar zijn met het EG-verdrag. Ten onrechte wordt nog wel eens gedacht dat het EG-recht geen enkele mogelijkheid biedt om beperkingen te stellen aan de verkoop van producten van buiten de EU die in één lidstaat rechtmatig in het verkeer zijn gebracht. De in paragraaf 2.2.2.2 te beschrijven gronden kunnen ook worden ingeroepen ter rechtvaardiging van handelsbelemmeringen tegen producten van buiten de EU die in een andere lidstaat rechtmatig in het verkeer zijn gebracht.

<sup>54</sup> HvJ EG, zaak C-267 en 268/91 (*Keck*).

#### 2.2.2.2 Rechtvaardigingsgronden

Indien een maatregel een handelsbelemmering vormt, moet worden beoordeeld of zij valt binnen één van de rechtvaardigingsgronden die het EG-recht kent. Deze rechtvaardigingsgronden zijn te vinden in Artikel 30 EG en in de rechtspraak van het Hof van Justitie, die voortvloeit uit het arrest *Cassis de Dijon*.<sup>55</sup>

##### Artikel 30 EG

Artikel 30 EG bepaalt dat handelsbelemmerende maatregelen zijn toegestaan, indien deze gerechtvaardigd zijn uit hoofde van:

- (i) bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde of de openbare veiligheid;
- (ii) de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten;
- (iii) het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit;
- (iv) de bescherming van de industriële en commerciële eigendom.

De op deze gronden gerechtvaardigde handelsbelemmeringen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.

Op grond van Artikel 30 EG zouden slechts maatregelen gerechtvaardigd kunnen worden die zijn getroffen in het licht van één van de in dat artikel limitatief opgesomde gronden, en dan nog slechts voor zover op het betreffende gebied nog geen harmonisatie van regelgeving heeft plaatsgevonden. Een dergelijke maatregel mag bovendien niet discriminerend zijn en moet, in het licht van het EG-verdrag, noodzakelijk en proportioneel zijn.

Bij de beoordeling van de Criteria zou een rechtvaardiging voor enkele van de eventueel handelsbelemmerende maatregelen gezocht kunnen worden in de bescherming van de gezondheid of het leven van personen, dieren of planten. In dit verband kan worden verwezen naar het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *PreussenElektra*.<sup>56</sup>

Deze zaak betrof een Duitse regeling die de elektriciteitsbedrijven verplichtte de elektriciteit af te nemen die in hun distributiegebied uit hernieuwbare energiebronnen werd geproduceerd (tegen een krachtens die regeling bepaalde prijs). Hoewel duidelijk sprake was van een (discriminerende) handelsbelemmering, achtte het Hof van Justitie deze regeling niettemin gerechtvaardigd. Het Hof overwoog daartoe onder meer:

---

<sup>55</sup> HvJ EG, zaak 120/78 (*Cassis de Dijon*), Jur. 1979, p. 649.

<sup>56</sup> HvJ EG, zaak C-379/98 (*PreussenElektra*), Jur. 2001, p. I-2099.

*"73. In dit verband zij erop gewezen, dat het gebruik van hernieuwbare energiebronnen voor de elektriciteitsproductie, die door een regeling als het gewijzigde Stromeinspeisungsgesetz wordt aangemoedigd, de milieubescherming ten goede komt, omdat aldus wordt bijgedragen tot een vermindering van de uitstoot van broeikasgassen, die één van de belangrijkste oorzaken van klimaatverandering is, en waartegen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten besloten hebben maatregelen te nemen.*

*74. De ontwikkeling van dit gebruik maakt immers deel uit van de hoofddoelstellingen van de Gemeenschap en haar lidstaten bij de uitvoering van de verbintenissen die zij zijn aangegaan in het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering, namens de Europese Gemeenschap goedgekeurd bij besluit nr. 94/69/EG van de Raad van 15 december 1993 (PB 1994, L 33, blz. 11), en in het Protocol van de Derde conferentie van de partijen bij dit verdrag, opgesteld te Kyoto op 11 december 1997, ondertekend door de Europese Gemeenschap en haar lidstaten op 29 april 1988 [zie in dit verband met name de resolutie nr. 98/C 198/01 van de Raad van 8 juni 1998 betreffende duurzame energiebronnen (PB C 198, blz. 1), en beschikking 646/2000/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 februari 2000 tot vaststelling van een meerjarenprogramma ter bevordering van duurzame energiebronnen in de Gemeenschap (Altener) (1998-2002) (PB L 79, blz. 1)].*

*75. Opgemerkt moet worden, dat dit beleid ook de bescherming van de gezondheid en van het leven van personen en dieren beoogt, evenals het behoud van de plantensoorten."*

In het licht van deze overwegingen van het Hof van Justitie kan de rechtvaardigingsgrond 'bescherming van de gezondheid en van het leven van personen en dieren en het behoud van de plantensoorten' zodanig worden uitgelegd dat maatregelen die beogen het milieu te beschermen in de praktijk onder deze rechtvaardigingsgrond kunnen vallen. Bij de beoordeling van de Criteria zal deze rechtvaardigingsgrond derhalve worden meegenomen.

### Cassis de Dijon

Naast de rechtvaardigingsgronden van artikel 30, heeft het Hof van Justitie in haar arrest in de zaak *Cassis de Dijon*<sup>57</sup> een aanvullende, meer algemene rechtvaardigingsgrond geformuleerd: handelsbelemmeringen als gevolg van dispariteiten van nationale wettelijke regeling op de

---

<sup>57</sup> HvJ EG, zaak 120/78 (*Cassis de Dijon*), Jur. 1979, p. 649.

verhandeling van de betrokken producten, moeten worden aanvaard voor zover 'dringende behoeften' ze noodzakelijk maken.<sup>58</sup>

De *Cassis*-rechtvaardiging kan alleen worden ingeroepen voor zover nog geen harmonisatie van regelgeving bestaat, geen sprake is van (*de facto*) discriminatie en de betreffende maatregel noodzakelijk en proportioneel<sup>59</sup> is. Door het Hof van Justitie erkende 'dringende behoeften' zijn onder meer de volksgezondheid en de consumentenbescherming. Ook de bescherming van het milieu is door het Hof als een 'dringende behoefte' aangemerkt.<sup>60</sup> Bij de toetsing van de Criteria dient derhalve ook te worden gekeken naar de *Cassis*-rechtvaardiging.

### Territoriale link vereist?

Of binnen het EG-recht evenals in het WTO-recht een territoriale link moet bestaan tussen een bepaalde maatregel en het doel dat deze maatregel nastreeft wordt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie niet duidelijk.<sup>61</sup> Voor zover het beoogde doel betrekking heeft op een mondiaal probleem - zoals de opwarming van de aarde - achten wij terzake getroffen maatregelen ook binnen het EG-recht te rechtvaardigen, uiteraard mits daarvoor aan alle andere relevante criteria (zoals proportionaliteit) wordt voldaan.

Onduidelijk is of handelsbelemmerende maatregelen ook gerechtvaardigd kunnen worden indien het beoogde doel uitsluitend de situatie in een ander land betreft (zoals het milieu in het land van herkomst). In feite zou een lidstaat dan als rechtvaardigingsgrond een belang inroepen, dat niet zijn eigen belang is, maar dat van een andere lidstaten. Het is twijfelachtig of dit een eventuele toetsing door het Hof van Justitie zou doorstaan.

De rechtspraak schept op dit punt weinig duidelijkheid. In een aantal conclusies van de Advocaat-Generaal bij het Hof van Justitie is aangegeven dat lidstaten slechts van het verbod van Artikel 28 mogen afwijken met het oog op het beschermen van hun eigen belangen en niet die van andere staten.<sup>62</sup> Deze kwestie kwam in de betreffende zaken echter niet aan de orde in de arresten van het Hof. Het meest veelzeggend is misschien nog de overweging in de zaak *Alpine Investments* dat "de bescherming van consumenten op het grondgebied van andere Lid-Staten als zodanig [...]

---

<sup>58</sup> Merk op dat deze extra rechtvaardigingsgronden niet erkend zijn in het WTO-recht. Zie, *supra*, tekst bij voetnoot 14.

<sup>59</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG zaak 178/84 (*Reinheitsgebot*), Jur. 1987, 1227 en HvJ EG zaak 302/86 (*Deense flessen*), Jur. 1988, p. 4607.

<sup>60</sup> HvJ EG zaak 302/86 (*Deense flessen*), Jur. 1988, p. 4607.

<sup>61</sup> Zie ook, *infra*, voetnoot 115.

<sup>62</sup> Zie bijvoorbeeld de Conclusie van A-G Trabucchi in de *Dassomville*-zaak (zaak 8/74).

niet een taak [is] van de Nederlandse overheid".<sup>63</sup> Deze overweging vormde echter slechts een zijdelingse opmerking van het Hof. Het gaat daarom naar ons oordeel te ver om te zeggen dat vaststaat dat volgens het Hof een territoriale link is vereist. Een indicatie in die richting vormt deze overweging echter wel.

### 2.2.3 Specifiek op het milieu gerichte maatregelen

Zoals hierboven al aangegeven zijn de Brandstoffenrichtlijn en Richtlijn 2001/77/EG niet alleen relevant voor de vraag of Nederland bevoegd is om duurzaamheidscriteria vast te stellen, maar kunnen deze richtlijnen ook materiële eisen stellen aan de wijze waarop Nederland invulling geeft aan de in de richtlijn vastgelegde doelstellingen. Erg vergaand zijn deze eisen in dit geval overigens niet.

#### 2.2.3.1 Biobrandstoffenrichtlijn

De Biobrandstoffenrichtlijn stelt nauwelijks eisen aan de manier waarop lidstaten het gebruik van biobrandstoffen in het vervoer moeten bevorderen. De meest relevante bepaling in dit verband lijkt artikel 3 lid 4. Dit artikel bepaalt dat de lidstaten bij hun maatregelen rekening moeten houden met de volledige klimaat- en milieubalans van de verschillende soorten biobrandstoffen.

In beginsel kan een maatregel die niet aan deze eis voldoet als strijdig met de Biobrandstoffenrichtlijn en daarmee onverenigbaar met het EG-recht worden aangemerkt. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een overheidsbeleid dat volledig gericht is op één type biobrandstof, terwijl andere types beduidend milieuvriendelijker zijn of eenvoudiger toe te passen. Gelet op de algemene bewoordingen van deze bepaling kan een dergelijke strijdigheid echter niet snel worden aangenomen. Het ligt dan ook niet voor de hand dat de Commissie terzake een inbreukprocedure zal starten.

In theorie is voorts denkbaar dat de Commissie een inbreukprocedure zou starten tegen een lidstaat wanneer die lidstaat maatregelen neemt die indruisen tegen de doelstellingen van de richtlijn, bijvoorbeeld doordat zij een belemmering vormen voor het gebruik van biobrandstoffen. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als de gestelde duurzaamheidseisen zodanig streng zouden zijn, dat zij in feite een rem zouden vormen op het gebruik van biobrandstoffen.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Zie ook, *infra*, voetnoot 115.

<sup>64</sup> Zie ook, *infra*, de tekst bij voetnoot 79.

In de praktijk is het zeer onwaarschijnlijk dat de Commissie tegen een lidstaat een inbreukprocedure zal starten om de reden dat die lidstaat aan zijn nationale maatregelen duurzaamheidscriteria koppelt. De wijze waarop invulling gegeven wordt aan de doelstellingen van de Biobrandstoffenrichtlijn wordt immers geheel aan de lidstaten overgelaten. Het ligt ook niet voor de hand, in deze 'experimenteerfase', dat de Commissie de Lidstaten veel obstakels in de weg legt.

Gelet op het bovenstaande gaan wij ervan uit dat de Criteria verenigbaar zijn met de Biobrandstoffenrichtlijn, mits het in de praktijk niet zodanig moeilijk is om aan de gestelde Criteria te voldoen dat de Criteria *de facto* een belemmering vormen voor het gebruik van biobrandstoffen. Dat laatste is een feitelijke vraag, die wij thans niet kunnen beantwoorden.

#### 2.2.3.2 Richtlijn 2001/77/EG

Ook Richtlijn 2001/77/EG stelt weinig eisen aan de wijze waarop de lidstaten uitvoering dienen te geven aan deze richtlijn.

Eén inhoudelijke eis die Richtlijn 2001/77/EG aan de lidstaten oplegt is dat zij (uiterlijk op 27 oktober 2003) moeten zorgen voor een systeem van garanties van oorsprong voor elektriciteit uit hernieuwbare bronnen. Daarmee moeten producenten in staat worden gesteld aan te tonen dat de elektriciteit die zij verkopen uit hernieuwbare bronnen afkomstig is. In principe dienen de lidstaten elkaars garanties van oorsprong te erkennen (artikel 5 van de richtlijn).

Dergelijke garanties van oorsprong staan los van de vraag of de betreffende elektriciteit duurzaam is geproduceerd. Zij vormt naar ons oordeel dan ook geen belemmering voor Nederland om de Criteria toe te passen in beoogde wet- en regelgeving.

#### 2.2.4 **Staatssteun**

De Europese staatssteunregels spelen met name een rol bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van subsidieregelingen. Een toetsing van een subsidie(regeling) aan de Europese staatssteunregels bestaat in de regel uit twee stappen. Eerst moet worden vastgesteld of sprake is van een steunmaatregel; is dat het geval, dan moet worden beoordeeld of deze steunmaatregel al dan niet geoorloofd is.

Krachtens Artikel 87 EG vormt steun in welke vorm dan ook aan een onderneming staatssteun indien die steun (i) een voordeel oplevert voor de onderneming, (ii) met staatsmiddelen wordt bekostigd, (iii) alleen ten gunste komt van de onderneming, en (iv) de mededinging verstoort en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.



Indien op grond van deze bepaling sprake is van een steunmaatregel, dient deze voor implementatie te worden voorgelegd aan de Europese Commissie (op grond van Artikel 88 EG). Ten aanzien van milieusteun heeft de Commissie de 'Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu' vastgesteld.<sup>65</sup> Deze kaderregeling is van toepassing op investerings- en exploitatiesteun voor milieubescherpende maatregelen en geeft een aantal voorwaarden waaronder milieusteunmaatregelen als goedgekeurd worden aangemerkt.

#### 2.2.5 **Gevolgen van een overtreding van het EG-recht**

De gevolgen van een overtreding van het EG-recht gaan veel verder dan bij het WTO-recht het geval is. Zo kan de Commissie bijvoorbeeld een inbreukprocedure voor het Hof Van Justitie beginnen indien zij van mening is dat Nederland het EG-recht schendt.

Ook bestaat de mogelijkheid dat een private partij een procedure tegen de Staat begint voor de nationale rechter en daarbij de nietigheid van een maatregel inroept wegens strijd met een rechtstreeks werkende bepaling van het EG-recht. Daarbij heeft de nationale rechter de mogelijkheid om - bij twijfel - een prejudiciële beslissing te vragen bij het Hof van Justitie, maar de rechter kan ook zelf de nietigheid van een maatregel uitspreken.

Een door de Europese of nationale rechter uitgesproken nietigheid heeft terugwerkende kracht. Bovendien bestaat de kans dat ondernemingen, die als gevolg van een dergelijk nietig verklaarde maatregel schade hebben geleden, tegen de Nederlandse Staat een vordering tot schadevergoeding zullen instellen.

Ook het niet aanmelden van een maatregel bij de Europese, met name indien sprake is van staatssteun, heeft verdergaande gevolgen dan binnen het WTO-recht. Indien een steunmaatregel ten onrechte niet wordt aangemeld kan sprake zijn van onrechtmatige steun, die moet worden teruggevorderd.

---

<sup>65</sup> Pb. 2001, C 37/3. Zie verder de analyse van de Commissie in haar beoordeling van de Nederlandse Kaderregeling voor steun ten behoeve van de reductie van CO<sub>2</sub>-emissies in de sector vervoer en de MEP-subsidieregeling, *supra*, paragraaf 3.3.2.

### 3 TOETSING VAN DE CRITERIA AAN HET WTO- EN EG-RECHT

Na de uiteenzetting van het juridische kader in het vorige hoofdstuk, wordt in dit hoofdstuk beoordeeld of de inpassing van de Criteria in verschillende (in paragraaf 1.1 onderscheiden) soorten maatregelen op WTO- of EG-rechtelijke problemen lijkt te stuiten. Daarbij wordt steeds zoveel mogelijk aangegeven met welke aspecten de Nederlandse overheid rekening moet houden om deze inpassing WTO- en EG-conform te laten verlopen.

#### 3.1 Minimumeisen

##### 3.1.1 WTO-recht

###### 3.1.1.1 Wordt er inbreuk gemaakt op een GATT-verbod?

Bij al de in de Criteria opgenomen eisen gaat het om niet-productgerelateerde PPMs. Normaal gesproken moet er vanuit worden gegaan dat producten die aan deze vereisten voldoen vergelijkbaar (“like”) zijn met producten die aan die eisen niet voldoen.<sup>66</sup> Een onderscheid gemaakt door PPMs tussen vergelijkbare producten valt in beginsel onder het discriminatieverbod van Artikel III.4 GATT.

Rest echter de vraag of deze PPMs een minder gunstige (“less favorable”) behandeling geven aan ingevoerde producten dan aan de vergelijkbare binnenlandse producten. Die vraag is niet gemakkelijk te beantwoorden waar het gaat om maatregelen die geen onderscheid maken tussen ingevoerde en binnenlandse producten.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Denkbaar is dat enkele Criteria (bij voorbeeld Criterium 1) zich ook kunnen vertalen in een verschillende behandeling van producten op basis van hun fysieke eigenschappen. Zo zouden bij voorbeeld auto’s met een lagere CO<sub>2</sub>-uitstoot (hybride auto’s; auto’s die op bio-brandstoffen rijden) van een lager belastingtarief kunnen genieten dan de gebruikelijke benzine of diesel modellen. In zulke gevallen gaat het niet om PPMs, maar om een onderscheid gemaakt op basis van product-gerelateerde eigenschappen. Zulk een onderscheid is minder problematisch in het WTO-recht, bij voorbeeld omdat kan worden betoogd dat de aldus onderscheiden producten niet vergelijkbaar (“like”) zijn in de zin van Art. III.4 GATT.

<sup>67</sup> Zoals hierboven reeds aangegeven ligt hier een belangrijk verschil met het EG-recht. Een binnenlandse maatregel ‘zonder onderscheid’ komt al snel in strijd met het verbod op kwantitatieve restricties van Artikel 28 EG als er sprake is van een beperkende werking op de invoer, zonder dat dan nog relevant is of die binnenlandse maatregel de invoer minder gunstig behandelt dan binnenlandse producten. Discriminatie moet naar GATT-recht echter wel worden aangetoond. De reikwijdte van het met Artikel 28 EG vergelijkbare Artikel XI GATT is een stuk beperkter; de meeste binnenlandse maatregelen vallen niet onder het rigoureuze verbod van dit Artikel XI doch onder het discriminatieverbod van Artikel III.4 GATT. PPMs hebben een bijzondere status. Het ligt voor de hand om PPMs, vervat in binnenlandse maatregelen, te analyseren onder Art. III.4 GATT, doch niet kan worden uitgesloten dat zij toch beoordeeld zullen worden onder Artikel XI GATT.

Criteria 1-7 getoetst aan Artikel III.4 GATT

In deze fase is vooralsnog onduidelijk hoe de PPMs (Criteria 1-7) zullen worden uitgewerkt en operationeel worden gemaakt (bijvoorbeeld via een verplicht certificeringssysteem waarbij de overheid, al dan niet in samenwerking met industrie of ‘civil society’, op invulling en naleving van deze maatregelen toeziet). Pas wanneer meer bekend is over de details hiervan, kan worden beoordeeld of naleving van deze Criteria inderdaad bezwaarlijker (“less favourable”) is voor geïmporteerde producten dan voor binnenlands geproduceerde producten.<sup>68</sup>

Als vuistregels kunnen gelden: (i) niet elk verschil dat wordt gemaakt tussen vergelijkbare (“like”) producten is problematisch, en (ii) waar er geen nadeel is voor invoer ten opzichte van binnenlandse productie is er geen discriminatie. Met name voor ontwikkelingslanden zal het vrijwel altijd moeilijker zijn om aan een door een ontwikkeld land vastgestelde norm (PPM) te voldoen dan voor een binnenlandse industrie of sector in dat land, doch die constatering op zich kan toch niet tot de conclusie leiden dat daarom alle door ontwikkelde landen vastgestelde normen discriminatoir zijn. Indien een norm (één van de Criteria) echter simpelweg een bestaande Nederlandse situatie zou beschrijven, zodat enkel buitenlandse producenten een extra inspanning zouden moeten plegen om aan de Nederlandse norm te voldoen, zal eerder worden aangenomen dat die norm voor buitenlandse producten “less favorable” is.

Wanneer de Criteria niet zijn toegesneden op invoer, kan het eventuele negatieve effect van een maatregel op invoer wellicht eerst na verloop van tijd kunnen worden vastgesteld. Soms zal het van meet af aan duidelijk zijn dat de kosten en andere (nadelige) effecten veroorzaakt door een PPM voor buitenlandse producenten beduidend zwaarder zullen wegen dan voor binnenlandse producenten.

Kortom, denkbaar is vooralsnog dat de naleving van deze Criteria (Criteria 1-7) voor ingevoerde producten problematischer zal zijn dan voor Nederlandse producten, zodat rekening moet worden gehouden met een overtreding van Artikel III.4 GATT.

Criteria 8-9 getoetst aan Artikel III.4 GATT

Deze PPMs lijken, althans in hun praktische toepassing, met name gericht te zijn op geïmporteerde producten. Zo speelt de zorg om mensenrechten eenvoudigweg niet ten aanzien van in Nederland geproduceerde biomassa. Als een extra vereiste gesteld aan invoer, zullen deze Criteria dus al snel een minder gunstige behandeling in de zin van Artikel III.4 GATT opleveren.

---

<sup>68</sup> Zie, *supra*, paragraaf 2.1.1.

Alternatief: Criteria 1-9 getoetst aan Artikel XI GATT

Overigens kan niet worden uitgesloten dat alle Criteria als PPMs zullen worden aangevochten als een overtreding van het verbod op kwantitatieve beperkingen neergelegd in Artikel XI GATT. Er is namelijk een zienswijze volgens dewelke PPMs niet kunnen vallen onder Artikel III GATT daar deze bepaling enkel zou zien op product-gerelateerde regelgeving. Volgt men die zienswijze dan kunnen PPMs enkel worden beoordeeld onder Artikel XI, en voorzover zij enig handelsbeperkend effect kunnen hebben zouden zij deze bepaling schenden.

Als vuistregel geldt dat PPMs (veel) sneller in aanvaring komen met het invoerverbod van Artikel XI dan met het eerder besproken non-discriminatieverbod van Artikel III.4.

3.1.1.2 Kan een eventuele WTO-overtreding worden gerechtvaardigd?

Indien we een overtreding van GATT-beginselen moeten aannemen, is de eerste vraag of het publieke belang dat de Nederlandse overheid wil beschermen uitdrukkelijk erkend is in de lijst met uitzonderingen voorzien voor publieke orde maatregelen in Artikel XX GATT. Is dat het geval, dan moet ten aanzien van het belang dat Nederland inroept een band met het Nederlands territorium kunnen worden geconstrueerd.

Criteria 1 en 2 getoetst aan Artikel XX GATT

Waar het gaat om het vereiste dat in Nederland verkochte biobrandstoffen en uit biomassa geproduceerde elektriciteit moeten bijdragen aan een positieve broeikasgasbalans (Criteria 1 en 2) lijkt een band met het Nederlandse territorium vooralsnog construeerbaar. De gedachte hier is dat er een globale, wereldwijde CO<sub>2</sub>-huishouding bestaat, zodat een teveel aan CO<sub>2</sub>-uitstoot buiten Nederland ook negatieve effecten (broeikas effecten) binnen Nederland veroorzaakt. Aldus heeft Nederland een rechtstreeks belang bij de CO<sub>2</sub>-uitstoot die wordt veroorzaakt niet enkel door binnenlandse maar ook door buitenlandse productieprocessen. Met deze productie-gerelateerde uitstoot moet Nederland rekening kunnen houden wanneer het het gebruik van uit biomassa geproduceerde producten bevordert juist om uitstoot van CO<sub>2</sub> te verminderen.

Daar op Nederland de bewijslast rust om een WTO-overtreding te rechtvaardigen, en WTO-tribunalen een rechtvaardiging niet voetstoots zullen aannemen, dient deze schetsmatig geformuleerde rechtvaardiging nader, op goede milieutechnische gronden, te worden onderbouwd om te voldoen aan de vereisten van Art. XX.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> In dit stadium kunnen we daarlaten of een rechtvaardiging het best gebaseerd zou kunnen worden op Artikel XX(b), dat ziet op de bescherming van het leven of de gezondheid van mensen, dieren of planten, of Artikel XX(g), dat ziet op de de conservering van uitputbare natuurlijke hulpbronnen. Ter verdediging van hun PPM in

Voorts volgt uit de vereisten van Artikel XX in ieder geval dat bij de verdere uitwerking van deze Criteria arbitraire keuzes dienen te worden vermeden die de behandeling van (sommige) ingevoerde producten zouden kunnen benadelen.<sup>70</sup> Bijvoorbeeld bij de opstelling van rekenmodellen, zoals bij de keuze van referentiejaar, moet voldoende rekening worden gehouden met relevante ontwikkelingen in exporterende landen.<sup>71</sup> Zo lijkt de keuze voor nationale referentiewaarden voor fossiele brandstoffen ten aanzien waarvan een reductie van de broeikasgasemissie moet plaatsvinden voorshands discutabel. Hierdoor zouden (producenten in) de landen die nu al het meest gedaan hebben aan de reductie van broeikasgasemissies (en daardoor een lagere referentiewaarde krijgen) benadeeld kunnen worden ten opzichte van de (thans) meest ‘vervuilende’ landen. Bij de uitwerking van rekenmodellen zal met deze omstandigheden rekening moeten worden gehouden. Daarnaast is regelmatige herziening van referentiejaar en overleg met de betrokken derde landen gewenst.

Voorzover de Criteria eenvormig, zonder voorafgaand overleg met derde landen, zouden worden vastgelegd, en er dus geen rekening zou worden gehouden met mogelijke verschillen tussen producenten in derde landen, kan dit nog een extra obstakel vormen voor Nederland om van de rechtvaardiging onder Artikel XX te kunnen genieten.<sup>72</sup>

#### Criteria 3-9 getoetst aan Artikel XX GATT

Om te beginnen verdient opmerking dat niet alle Criteria te vatten zijn in de uitzonderingen genoemd in Artikel XX (zoals mensenrechtenbescherming of arbeidsvoorwaarden). Voorts betreffen veel van de Criteria lokale productieomstandigheden, en voorzover het geïmporteerde producten betreft zonder enig verband met het Nederlandse territorium (zie Criteria 3-9). Dat maakt elke poging tot rechtvaardiging van deze Criteria goeddeels illusoir.

---

de *Shrimp/Turtle* zaak beriepen de VS zich op XX(g), kennelijk in de veronderstelling dat het gemakkelijker was om te verdedigen dat de ban op schildpad-onvriendelijk gevangen garnalen “relating to” de conservering van uitputbare natuurlijke hulpbronnen was dan “necessary” ter bescherming van het leven van dieren in de zin van XX(b).

<sup>70</sup> Zie met name de openingsparagraaf (de zogeheten ‘chapeau’) van Artikel XX GATT, waaraan het WTO Appellate Body veel belang hechtte in de al eerder genoemde *Shrimp/Turtle* zaken.

<sup>71</sup> Zie ook Mindubio, p. 10.

<sup>72</sup> Zie, *supra*, paragraaf 2.1.2. Het gebruikte concept van het eindrapport van de projectgroep Duurzame productie van biomassa d.d. 29 januari 2007, p. 8, voorziet een “dialogue” met stakeholders in de producerende landen bij de verzameling van gegevens voor alle Criteria behalve het eerste betreffende de broeikasgasbalans. Of deze dialoog zich uitstrekt tot beslissingen over toelating tot verkoop van geïmporteerde biomassa in Nederland op basis van deze gegevens blijft nog onduidelijk.

Verder dient men zich te realiseren dat sommige Criteria (met name elementen van Criteria 8-9) een voor veel WTO-leden zeer bedenkelijk precedent zullen scheppen, met verstrekkende gevolgen buiten de biobrandstoffen discussie. Veel ontwikkelingslanden zullen hierin een poging zien om verschillen in sociale omstandigheden als rechtvaardiging te construeren voor handelsbeperkingen. Dat is voor hen onacceptabel, en zij zullen hiertegen ongetwijfeld in het geweer komen (vgl. de oude controverse<sup>73</sup> rond ‘social dumping’; hun verzet tegen opname van sociale normen in de nu lopende WTO-onderhandelingen<sup>74</sup>).

Ook pogingen om hogere milieunormen (‘best practices’) op te leggen aan derde landen, zoals aangegeven in Criteria 3-7, zullen bestaande controverses in de WTO oprakelen. Weliswaar is er binnen de WTO een Comité over Handel en Milieu, en wordt er over specifieke milieugerelateerde onderwerpen in de WTO onderhandeld (zoals over tariefpreferenties voor milieuvriendelijke goederen), doch naar geldend recht is er nauwelijks ruimte voor een WTO-Lidstaat om eigen milieunormen op te leggen aan derde landen, althans voorzover geen band met het eigen territorium kan worden aangetoond.<sup>75</sup>

#### Mogelijke uitzondering voor schendingen van mensenrechten

Hierbij past een kanttekening (Criterium 9.(ii)). Zoals gezegd kent Artikel XX geen uitzondering op WTO-inbreuken voor handelsrestricties die een antwoord vormen op mensenrechtenschendingen. Wellicht is echter verdedigbaar dat beperkingen gesteld op de invoer van biomassa bij de productie waarvan mensenrechten worden geschonden gerechtvaardigd kunnen worden op basis van Artikel XX(a), dat ziet op de bescherming van de publieke moraal in het invoerende land. Deze uitzonderingsbepaling is nog slechts zelden toegepast,<sup>76</sup> en leent zich ook niet voor een ruime toepassing. Wanneer invoerbeperkingen zouden kunnen worden gerechtvaardigd telkens wanneer er politiek ongenoegen bestaat over de handel en wandel in een ander land, zou de internationale handel sterk verstoord raken. Gezien de brede erkenning van althans sommige mensenrechten, is echter denkbaar dat indien er sprake zou zijn van mensenrechteninbreuken in een ander land, zeker wanneer die in verband kunnen worden

---

<sup>73</sup> Zie, *supra*, paragraaf 2.1.5.

<sup>74</sup> Zie bijvoorbeeld §4 van de Singapore Ministerial Declaration (1996); alsmede het hoofdje ‘Labour standards: highly controversial’ op de WTO web site: [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/bey5\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/bey5_e.htm) (bezoekt 8 februari 2007).

<sup>75</sup> Ter verduidelijking: in vooral academische kringen wordt dit standpunt betreurd en bestreden. Wij geven hier echter een inschatting van het positieve recht. Zie, *supra*, paragraaf 2.1.2.

<sup>76</sup> Zie de toepassing van de vergelijkbare uitzonderingsbepaling in de WTO-dienstenovereenkomst, op Amerikaanse restricties gesteld aan gokken via internet. Zie Artikel XIV GATS; WTO Appellate Body Report, *US-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services* (2005).

gebracht met de verhandelde producten, er voor handelsrestricties een rechtvaardiging zou kunnen worden gegeven.

Of handelsrestricties kunnen worden gerechtvaardigd in verband met overtredingen van alle beginselen opgesomd in de VN Verklaring over de Rechten van de Mens is een onbeantwoorde vraag, met vergaande implicaties die verder reiken dan de discussie rond biomassa. Dit zou per opgesomd recht afzonderlijk moeten worden geanalyseerd. De Toelichting bij de Criteria spreekt verder over diverse zaken in verband met mensenrechten in zulke algemene termen, zoals rechten van inheemse volkeren en kinderarbeid,<sup>77</sup> dat nu al kan worden vastgesteld Artikel XX.(a) hiervoor waarschijnlijk geen soelaas biedt.

Voorts, wanneer Nederland zich het recht zou aanmeten om overtredingen van mensenrechten unilateraal vast te stellen als rechtvaardiging voor handelsbeperkende maatregelen, dan zal dit al snel problematisch blijken.<sup>78</sup>

### 3.1.1.3 De TBT-Overeenkomst

Los van de zorgen om discriminatie onder Artikel III (of om het verbod op kwantitatieve invoerrestricties onder Artikel XI), en de mogelijke rechtvaardigingen onder Artikel XX, kunnen de voorgestelde minimumeisen wellicht ook nog worden gekwalificeerd als een technische

---

<sup>77</sup> De voorganger van Lamy als EG-Commissaris verantwoordelijk voor buitenlandse handel, Sir Leon Brittan, zocht naar mogelijkheden om de handel in producten gemaakt door kinderarbeid te beperken. Hij moest echter erkennen dat hier naar geldend GATT-recht nauwelijks ruimte voor bestond. Zie Brittan, *How to Make Trade Liberalisation Popular*, 18 *World Economy* 761 (1995). Voor veel gezinnen in ontwikkelingslanden is kinderarbeid nog steeds een economische noodzakelijkheid, en dus zijn algemeen gestelde handelsrestricties dienaangaande voor hen onaanvaardbaar.

<sup>78</sup> In dit verband zij verwezen naar de recente Raadsverordening waarbij tijdelijk handelspreferenties aan Wit-Rusland werden opgeschort. Zie Vo. 1933/2006, Pb. 2006, L405/35. De Raad verwijt Wit-Rusland onder meer de vrijheid van vakvereniging te miskennen. Daarbij baseert de Raad zich niet op Artikel 23.4 VN-Verklaring, doch op ILO-Conventies 87 en 98. Het ging hier ook niet om een unilateraal oordeel van de Raad. De Raad kende veel gewicht toe aan de beoordeling van de situatie in Wit-Rusland door ILO-organen. Verder zij nog opgemerkt dat het hier gaat om intrekking van handelspreferenties waarvoor een ander, en naar nog wel wordt aangenomen soepeler, régime geldt in de WTO dan voor de instelling van handelsbeperkingen. De voorwaarden voor de verlening van handelspreferenties zijn neergelegd in de GATT Enabling Clause. GATT, 26 BISD 203 (1980). Die voorwaarden zijn recentelijk toch nogal strak geïnterpreteerd in WTO Appellate Body Report, *EC-Conditions for Granting Preferences to Developing Countries* (2004). Hoe dan ook, Wit-Rusland is geen WTO-lid. Zie voorts de Raadsverordening uit 1997, Pb. 1997, L 85/8, waarbij alle handelspreferenties verleend aan Myanmar werden ingetrokken nu het Myanmar-régime dwangarbeid gebruikte. Hier trad de Raad, na een onderzoek waaraan Myanmar weigerde mee te werken, wel unilateraal op. Wat daarvan zij, Myanmar is weliswaar WTO-lid, doch natuurlijk niet goed gepositioneerd om WTO-schendingen aan de kaak te stellen.

handelsbarrière in de zin van de TBT-Overeenkomst. Zoals hierboven aangegeven gelden in dat geval, naast het non-discriminatieverbod, nog extra vereisten.

In dit vroege stadium valt hier niet veel meer over te zeggen. Wel is het nuttig een opmerking in gedachten te houden die Brazilië vorig jaar maakte in de consultatieronde georganiseerd door de Commissie rond de herziening van de biobrandstoffen richtlijn. Brazilië merkte toen op dat een certificeringssysteem voor brandstoffen zo complex en kostbaar zou kunnen zijn dat het de ontwikkeling van biobrandstoffen zou kunnen tegenwerken.<sup>79</sup>

De kosten van de verschillende maatregelen die Nederland nu overweegt aangaande biomassa, aansluitend op het rapport van de projectgroep Duurzame productie van biomassa, zijn nog niet in kaart gebracht. Zouden die kosten echter zeer aanzienlijk worden, en de invoer van buitenlandse biomassa belemmeren, dan rijst de vraag onder de TBT-Overeenkomst of de betreffende maatregel wel proportioneel is; of er niet andere minder vergaande maatregelen zijn om het beoogde doel (in eerste instantie: het terugbrengen van broeikasgassen) te verwezenlijken.<sup>80</sup>

#### 3.1.1.4 **WTO-recht: conclusies**

Op grond van bovenstaande overweging en op basis van de nu voorhanden informatie, achten wij het mogelijk dat Criteria 1 en 2, op een met het WTO-recht verenigbare wijze zouden kunnen worden uitgewerkt. Het zal lastiger worden voor de overheid om de andere Criteria op een WTO-acceptabele wijze als minimumeisen voor te schrijven, althans voor zover geen band met het Nederlands territorium kan worden geconstrueerd. ‘Vergissingen’ ten aanzien van met name de laatste twee Criteria 8-9 zal Nederland niet geloofwaardig als ‘te goeder trouw’ kunnen presenteren daar het vrij duidelijk lijkt dat deze Criteria zijn toegesneden op invoer vanuit derde landen en het hier om al lang bestaande controverses gaat. Een uitzondering hier geldt wellicht voor (zware) overtredingen van welbepaalde mensenrechten.

Ten aanzien van Criteria 3-7 zien we in dit stadium meer grijstinten. Bij de verdere uitwerking moet ervoor worden gezorgd dat deze Criteria niet inderdaad veel bezwaarlijker zijn voor ingevoerde producten dan voor binnenlandse productie.

---

<sup>79</sup> Zie <http://ec.europa.eu/energy/res/legislation/doc/biofuels/contributions/ms/brazil.pdf> (10 juli 2006) (bezoekt 9 februari 2007). Overigens verwees Brazilië in deze informele notitie niet naar de TBT-Overeenkomst (noch naar Artikel XI), en enkel naar Artikel III en XX, om haar zorgen juridisch te ondersteunen. Dat betekent natuurlijk niet dat Brazilië zou nalaten deze bepalingen in te roepen in een formele klacht tegen Nederlandse maatregelen die zij handelsbeperkend acht.

<sup>80</sup> Zie Artikel 2.2 TBT-Overeenkomst.



### 3.1.2 **EG-recht**

#### 3.1.2.1 Is sprake van een handelsbelemmering?

Het stellen van minimumeisen aan duurzaamheid bij de verkoop van biobrandstoffen, is naar ons oordeel een handelsbelemmerende maatregel. Wanneer biobrandstoffen in Nederland alleen op de markt zouden mogen worden gebracht indien zij voldoen aan de Criteria, zal dit voor buitenlandse producenten van biobrandstoffen immers een last vormen bij het in Nederland op de markt te brengen van hun producten. Zoals hierboven besproken is daarbij volgens het EG-recht niet noodzakelijk dat sprake is van een discriminerende maatregel.

#### 3.1.2.2 Kan een handelsbelemmering worden gerechtvaardigd?

Nu sprake lijkt te zijn van een handelsbelemmering moet worden nagegaan of deze belemmering kan worden gerechtvaardigd op grond van Artikel 30 EG en/of de *Cassis de Dijon*-rechtspraak van het Hof van Justitie. Daarvoor moet de betreffende maatregel kunnen worden ondergebracht binnen één van de genoemde rechtvaardigingsgronden en moet deze als noodzakelijk en proportioneel kunnen worden aangemerkt.

De uitkomst van deze proportionaliteitstoets is nooit geheel met zekerheid te voorspellen. De beoordeling of een bepaalde maatregel verder gaat dan noodzakelijk voor het bereiken van het beoogde doel, laat onvermijdelijk beoordelingsvrijheid bij administratie en rechter. Een harde toezegging over hoe het Hof van Justitie over een bepaalde maatregel zou oordelen kan dan ook niet worden gegeven. Niettemin hebben wij Criteria als wit aangemerkt als zij naar ons oordeel een rechterlijke toetsing in beginsel moeten kunnen doorstaan. Het uiteindelijke oordeel over proportionaliteit zal met name afhangen van de uitwerking van de Criteria in concrete maatregelen

#### Criteria 1 en 2

Criterium 1 bepaalt dat de broeikasgasbalans van de productieketen en toepassing van de biomassa positief is. De reductie van broeikasgasemissies dient minstens 70% voor elektriciteitsproductie en minstens 30% voor brandstoffen te bedragen.

Criterium 2 houdt in dat biomassaproductie niet ten koste mag gaan van belangrijke koolstofreservoirs in de vegetatie en in de bodem. Dit Criterium ziet niet op het product als zodanig noch op de wijze van productie, maar op de installatie van nieuwe biomassa productie-eenheden. Er wordt een test aan ten grondslag gelegd waarbij de aanleg van productie-eenheden op boven- of ondergrondse koolstof reservoirs alleen plaats mag vinden, wanneer dit opweegt tegen 10 jaar biomassa-productie, berekend naar methodiek en referentiedatum van het rapport.

Beide Criteria beogen beoogt het broeikaseffect tegen te gaan. Uit de arresten *PreussenElektra* en *Deense flessen* van het Hof van Justitie blijkt dat de bescherming van het milieu - en in het bijzonder de reductie van de uitstoot van broeikasgassen - ofwel onder de rechtvaardigingsgrond 'bescherming van de gezondheid en van het leven van personen en dieren en het behoud van de plantensoorten' ofwel de grond 'dringende behoefte' ondergebracht kan worden.

Nu Criteria 1 en 2 onder (ten minste) één van de rechtvaardigingsgronden lijken te kunnen worden ondergebracht, zal de toelaatbaarheid van het stellen van deze Criteria als minimumeisen met name afhangen van de vraag of de beoogde concrete maatregelen proportioneel zijn.

Een maatregel zal met name als disproportioneel kunnen worden aangemerkt indien daarvoor alternatieven bestaan die beduidend effectiever of minder belemmerend zijn. De rechtspraak op dit punt is niet van dien aard dat daaruit een eenduidige conclusie kan worden getrokken over de toelaatbaarheid van Criteria 1 en 2. In *PreussenElektra* lijkt het Hof de proportionaliteitstoets volledig achterwege te laten. In *Deense Flessen* daarentegen werd een Deense maatregel inzake de recycling van frisdrankflesjes gedeeltelijk disproportioneel geacht. De Deense bepaling dat frisdrank nog slechts in bepaalde typen flesjes mochten worden aangeboden (die diende ter vereenvoudiging van de recycling) ging volgens het Hof verder dan noodzakelijk.

Bij de beoordeling van de proportionaliteit van de Criteria 1 en 2 kan een aantal omstandigheden van belang worden geacht. Zo pleit vóór deze criteria dat zij op het eerste gezicht niet discriminerend lijken, dat het broeikaseffect een mondiaal probleem is (en dus ook Nederland raakt), dat de noodzaak van het beperken van broeikasgasemissies in de EU onomstreden is en dat terzake (nog) geen Europese harmonisatie heeft plaatsgevonden.

In de WTO-toetsing werd als mogelijk pijnpunt ten aanzien van Criterium 1 al genoemd dat dit Criterium uitgaat van verschillende nationale referentiewaarden voor de duurzaamheid van een biomassaastroom, waardoor in feite per land verschillende eisen lijken te worden gesteld. Dit aspect zou door het Hof van Justitie mogelijk als discriminerend en/of disproportioneel kunnen worden beschouwd. Nederland zou deze mogelijke bezwaren weg kunnen nemen indien zij kan aantonen waarom het werken met nationale referentiewaarden beter is dan het uitgaan van absolute waarden.

Als mogelijk obstakel bij de inpassing van Criterium 2 kan worden genoemd dat Nederland zich met de bescherming van koolstofreservoirs in andere staten al iets meer zou begeven op het terrein van die staten. Echter, omdat dit Criterium het tegengaan van het broeikaseffect betreft en daarmee een mondiaal (en dus ook Nederlands) doel nastreeft, lijkt denkbaar dat een territoriale link met Nederland kan worden geconstrueerd. Aan de hand van aanvullende argumentatie zal aangetoond moeten worden dat een dergelijke territoriale link inderdaad bestaat.

Wij beschikken niet over de technische en milieukundige kennis om te kunnen beoordelen of er maatregelen denkbaar zijn die op een minder vergaande wijze de bescherming van koolstofreservoirs kunnen bewerkstelligen. Dergelijke minder vergaande maatregelen liggen in ieder geval niet direct voor de hand. Het lijkt dan ook verdedigbaar dat Criterium 2 binnen de grenzen van de vereiste proportionaliteit blijft.

Overigens lijkt het naast elkaar hanteren van Criterium 1 en Criterium 2, die beiden hetzelfde doel nastreven, niet per definitie disproportioneel. De voordelen van een reductie van broeikasgasemissies bij de productie van biobrandstoffen zou immers teniet worden gedaan indien reeds voorafgaand aan die productie een belangrijk koolstofreservoir zou worden aangetast.

Gelet op het bovenstaande sluiten wij niet uit dat het Hof van Justitie - indien het hierover een uitspraak zou moeten doen - het vaststellen van de Criteria 1 en 2 als minimumeisen in beginsel gerechtvaardigd zal achten. De Criteria 1 en 2 vallen derhalve naar ons oordeel in het witte spectrum. Dat neemt niet weg dat de Nederlandse overheid zal moeten kunnen beargumenteren waarom de concreet te nemen maatregelen noodzakelijk zijn om het beoogde doel te bereiken.

### *Criterium 3*

Criterium 3 houdt in dat er geen concurrentie dient plaats te vinden met voedsel, lokale energievoorziening, medicijnen en bouwmaterialen. Dit doel valt niet onder de rechtvaardigingsgronden van Artikel 30 EG. Het is ook zeer de vraag of dit door het Hof van Justitie zou worden aangemerkt als een 'dringende behoefte'.

Zelfs al zou Criterium 3 voldoen aan een 'dringende behoefte', dan nog lijkt dit Criterium moeilijk te rechtvaardigen. Zoals hierboven reeds aangegeven is het immers twijfelachtig of Nederland zich ter rechtvaardiging kan beroepen op de bescherming van een belang van andere (lid)staten (in dit geval de concurrentie met voedsel, lokale energievoorziening, medicijnen en bouwmaterialen). Zelfs als het bestaan van een territoriale link geen absoluut vereiste zou blijken, is moeilijk in te zien hoe het vaststellen van Criterium 3 als minimumeis bij de verkoop van biobrandstoffen de proportionaliteitstoets zou kunnen doorstaan. Voor zover Criterium 3 als minimumeis zou worden gesteld merken wij dit Criterium daarom vanuit EG-rechtelijk oogpunt aan als zwart.

### *Criterium 4-7*

Criterium 4 stelt dat de productie van biomassa niet ten koste zal gaan van beschermde of kwetsbare biodiversiteit en waar nodig de biodiversiteit zal versterken. In een Mededeling van 22

mei 2006 heeft de Europese Commissie een Actieplan vastgesteld ten gunste van de biodiversiteit.<sup>81</sup> Daaruit blijkt dat de bescherming van de biodiversiteit kan worden gezien als een doelstelling van de gemeenschap. De bescherming van de biodiversiteit zal daarom als dringende behoefte kunnen worden aangemerkt. Ook lijkt dit Criterium te vallen binnen de Artikel 30 EG-grond 'het behoud van de plantensoorten'.

Het belangrijkste obstakel bij Criterium 4 is dat - voor zover het de verkoop van ingevoerde producten betreft - ook bij dit Criterium een link met het Nederlandse grondgebied lijkt te ontbreken. Aangezien op het eerste gezicht niet is in te zien welk belang Nederland heeft bij de bescherming van de biodiversiteit in andere landen, achten wij ook Criterium 4 lastig verdedigbaar. Overigens merken wij ten aanzien van Indicator 4.1.2 nog op dat de eis dat geen openstaande rechtszaken mogen openstaan ons moeilijk lijkt te rechtvaardigen. Wij zien geen goede gronden om in het kader van dit Criterium de algemeen erkende onschuldpresumptie los te laten.

De Criteria 5, 6 en 7 hebben allen betrekking op het lokale milieu in het land van herkomst van de biobrandstoffen of biomassa. Criterium 5 bepaalt dat bij de productie van biomassa de bodem en de kwaliteit van de bodem behouden blijven of worden verbeterd. Criterium 6 houdt in dat bij de productie en verwerking van biomassa grond- en oppervlaktewater niet uitgeput worden en de waterkwaliteit gehandhaafd of verbeterd wordt. Criterium 7 stelt dat bij de productie en verwerking van biomassa de luchtkwaliteit wordt gehandhaafd of verbeterd.

Ter rechtvaardiging van deze Criteria kan wederom een beroep worden gedaan op de 'dringende behoefte' milieubescherming, maar gelet op het ontbreken van een duidelijke territoriale link met Nederland is wederom twijfelachtig of dit een voldoende rechtvaardiging vormt. Eventueel kan bij Criterium 7 worden aangevoerd dat de luchtkwaliteit in andere landen wel degelijk van invloed is op de luchtkwaliteit in Nederland. Dat standpunt zal dan wel moeten worden onderbouwd met een wetenschappelijke ondersteuning. Wij kunnen thans niet beoordelen in hoeverre een dergelijk argument kansrijk is.

Gelet op het kennelijk ontbreken van een territoriale link neigen de Criteria 4-7 naar zwart. Daarbij dient echter te worden opgemerkt dat het Hof van Justitie nooit expliciet heeft bepaald dat een territoriale link is vereist. Ook de proportionaliteitstoets wordt door het Hof van Justitie niet altijd even streng toegepast, getuige het arrest *PreussenElektra*. Daarbij zou nog in het voordeel van de Nederlandse overheid kunnen spelen dat onderwerpen als klimaatverandering en duurzaamheid hoog op de agenda van de Europese Unie staan. In dat licht zullen de Criteria, mochten zij het onderwerp worden van toetsing door het Hof van Justitie (of een nationale rechter), mogelijk op enige sympathie kunnen rekenen. Ook zou Nederland er goed aan doen om

---

<sup>81</sup> COM (2006) 216 def.

de Criteria voorafgaand aan de invoering ervan af te stemmen met de Commissie. De steun van de Commissie zou de positie van Nederland in een eventuele procedure aanzienlijk kunnen verbeteren.

Niettemin blijft zeer onzeker of de Criteria 4-7, hoe sympathiek ook, een toetsing door het Hof van Justitie zou doorstaan. Deze Criteria worden daarom aangemerkt als grijs.

### Criteria 8-9

Aangezien Criteria 8 en 9 reeds vanuit WTO-rechtelijk oogpunt als zwart zijn bestempeld, zal een beoordeling van deze Criteria aan de hand van het EG-recht hier achterwege blijven. Het ligt ook niet voor de hand dat Nederland deze Criteria kan of zal willen toepassen op invoer uit andere EG-landen.

## **3.2 Bijmengverplichting**

### **3.2.1 WTO-recht**

Een beoogde maatregel zou kunnen zijn dat enkel biobrandstoffen die voldoen aan alle Criteria meetellen voor de bijmengverplichting als bedoeld in het Besluit biobrandstoffen wegverkeer 2007.<sup>82</sup> Opnieuw rijst hier de vraag of zulke nadere voorwaarden gesteld aan biobrandstoffen discriminerend zijn in de zin van Artikel III.4 GATT in het algemeen, of Artikel III.5 GATT meer in het bijzonder. Ook indien deze voorwaarden beoordeeld zouden moeten worden onder de meer specifieke, en in de WTO-rechtspraak nog niet geïnterpreteerde verbodsbepaling van Artikel III.5, loopt de te volgen analyse naar alle waarschijnlijkheid parallel aan het hierboven beschrevene

Anders gezegd, het is onvoldoende om vast te stellen dat de Criteria niet uitdrukkelijk aan het gebruik van binnenlandse biobrandstoffen de voorkeur geven. Ook zal moeten worden bekeken of als gevolg van de Criteria ingevoerde biobrandstoffen in feite een minder gunstige behandeling krijgen dan binnenlandse brandstoffen ten aanzien van de bijmengingsverplichting. Er is geen reden om te veronderstellen dat lid 5 wat dit betreft fundamenteel anders dan lid 4 van Artikel III GATT moet worden uitgelegd.

Derhalve kan niet op voorhand worden uitgesloten dat deze voorwaarden, althans hun nadere uitwerking, in strijd komen met Artikel III.4 of III.5, dan wel met Artikel XI GATT. In dat geval moet worden beoordeeld of Nederland met succes een beroep zou kunnen doen op de

---

<sup>82</sup> Stb. 2006, 542.

uitzonderingsbepalingen van Artikel XX. Deze analyse loopt parallel aan die hierboven gegeven in verband met minimum-verkoopeisen.

Met uitzondering van voorwaarden gekoppeld aan de Criteria 1 en 2, lijkt op basis van de nu voorhanden informatie de kans op succes gering, althans voor zover geen band met het Nederlands territorium kan worden geconstrueerd.

Ten aanzien van Criteria 3-7 zien we in dit stadium meer grijstinten daar bij de verdere uitwerking nader moet worden bezien of deze Criteria inderdaad veel bezwaarlijker zijn voor ingevoerde producten dan voor binnenlandse productie.

Over de toepassing van de TBT-Overeenkomst valt nu nog weinig te zeggen.

### 3.2.2 **EG-recht**

Ook wanneer het voldoen aan de Criteria niet als minimumeis zou worden gesteld, maar zou worden gekoppeld aan de bijmengverplichting van het Biobrandstoffenbesluit (in die zin dat biobrandstoffen alleen meetellen voor die verplichting indien zij voldoen aan de Criteria), kan dit handelsbelemmerend werken. De vraag naar niet-duurzame biobrandstoffen zal hierdoor immers afnemen.

De beoordeling of voor een handelsbelemmering in het kader van de bijmengverplichting binnen het EG-recht een rechtvaardiging kan worden gevonden, loopt parallel aan de hierboven beschreven toetsing ten aanzien van minimumeisen.

## 3.3 **Subsidieverleningvoorwaarden**

### 3.3.1 **WTO-recht**

De vraag hoe een subsidieregeling, die beoogt het gebruik van biobrandstoffen te bevorderen, dient te worden beoordeeld naar WTO-recht kan worden geïllustreerd aan de hand van de IBB-regeling en de MEP-subsidieregeling.

#### 3.3.1.1 IBB-regeling

In december 2006 werd het Subsidieprogramma CO<sub>2</sub>-reductie Innovatieve Biobrandstoffen ("IBB") voor transport vastgesteld.<sup>83</sup> Krachtens deze regeling kan subsidie worden verleend voor het aanschaffen of in gebruik nemen van nieuwe technische voorzieningen, dan wel voor de

---

<sup>83</sup> Stc. 2006, nr. 247, 24.

exploitatie daarvan, gericht op het terugbrengen van CO<sub>2</sub>-uitstoot via verkeer of vervoer in Nederland.<sup>84</sup> Het telen van gewassen die voor biobrandstoffen gebruikt worden is van deze regeling uitgesloten.<sup>85</sup>

IBB-subsidies komen niet ten goede aan producenten van landbouwproducten, zodat de WTO-Landbouwovereenkomst niet van toepassing is.<sup>86</sup>

Er is hier sprake van een financiële bijdrage van overheidswege in de zin van de SCM-Overeenkomst, die daarmee van toepassing is doch geen obstakel hoeft te vormen. Vooreerst blijkt nergens uit IBB-voorschriften dat te verlenen subsidies nominaal of in de praktijk afhankelijk worden gesteld van het gebruik van binnenlandse, dat wil zeggen Nederlandse producten bij de te subsidiëren processen. Deze subsidies zijn daarom niet verboden door de WTO-Subsidieovereenkomst.<sup>87</sup>

Mochten de Criteria worden toegevoegd aan de IBB-regeling als subsidievoorwaarden dan dient opnieuw te worden bezien of de alsdan te verlenen subsidies in feite afhankelijk zouden worden gesteld van het gebruik van binnenlandse producten. In dat geval zou de IBB-regeling door de WTO verboden subsidies genereren.

Indien de IBB-subsidieregeling ook na toevoeging van de Criteria geen verboden subsidieregeling oplevert, dan rest de vraag of het naar WTO-recht een klachtwaardige (“actionable”) subsidie vormt. Men zou zich allereerst kunnen afvragen of de IBB-regeling als zodanig wel onder de disciplines van de SCM-Overeenkomst valt, daar ze ogenschijnlijk niet op specifieke bedrijven is toegesneden.<sup>88</sup> Hoe dan ook, mocht “specificiteit” in de zin van de SCM-Overeenkomst moeten worden aangenomen, dan zijn IBB-subsidies enkel klachtwaardig volgens deze WTO-Overeenkomst indien zij op welbepaalde wijze schade zouden berokkenen aan buitenlandse

---

<sup>84</sup> Zie Bijlage bij IBB, §2 (f) en (g).

<sup>85</sup> Zie, *id.*, §3 (b).

<sup>86</sup> Zie bijvoorbeeld Artikel 1(a) van de WTO Landbouwovereenkomst.

<sup>87</sup> Zie Artikel 3.1(b) SCM-Overeenkomst.

<sup>88</sup> Zie Artikel 2.1 SCM-Overeenkomst. Feitelijk ware bij voorbeeld te verifiëren of de vermoedelijke begunstigen van de IBB-regeling al geïdentificeerd kunnen worden, in welk geval specificiteit eerder zal worden aangenomen. Specificiteit wordt ook eerder aangenomen indien de subsidieverlener over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt. Zie Artikel 2.1(c) SCM-Overeenkomst. Soortgelijke vragen heeft de Europese Commissie zich ook gesteld bij de beoordeling van de Kaderregeling voor steun ten behoeve van de reductie van CO<sub>2</sub>-emissies in de sector vervoer uit 2001, waarop de IBB-regeling is gebaseerd, en uiteindelijk geconcludeerd dat er althans bij de kaderregeling wel kon worden gesproken van steun aan ‘bepaalde’ ondernemingen. Zie Commissiebrief SG (2001) D/289514 van 3 juli 2001.

producenten van goederen.<sup>89</sup> Zeker indien het beschikbare subsidiebedrag (de eerste tender heeft een plafond van 12 miljoen euro) over verschillende aanvragers wordt uitgesmeerd, lijkt de schade die andere WTO-landen buiten de EU hierdoor kunnen claimen beperkt.

Ook al zou een ander land in een bepaald geval toch kunnen aantonen volgens de vereisten van de WTO-overeenkomst door een IBB-subsidie schade te lijden, dan nog zal het zo'n vaart niet lopen met een formele geschillenbeslechtsprocedure voor de WTO. De bedragen die in WTO-subsidieprocedures tot nog toe in geschil waren, waren beduidend hoger.<sup>90</sup> Landen gaan pas procederen in de WTO over subsidies als de belangen echt groot zijn.

Kortom, op basis van de nu voorhanden informatie vormt de IBB-regeling geen duidelijke overtreding van het WTO-recht.

Toevoeging van de Criteria aan de IBB-regeling levert vooralsnog ook geen duidelijke WTO-overtreding op. Er zou meer inzicht moeten worden geschapen in de vermoedelijke effecten van deze Criteria op het gebruik van binnenlandse vergeleken met ingevoerde producten.

#### 3.3.1.2 MEP-subsidieregeling

De subsidieregeling Milieukwaliteit van de Elektriciteitsproductie (MEP) biedt een grondslag voor de verlening van subsidies ten behoeve van de productie van elektriciteit uit (onder meer) biomassa.

MEP-subsidies komen niet ten goede aan producenten van landbouwproducten, zodat de WTO-Landbouwovereenkomst niet van toepassing is.<sup>91</sup>

Ook uit de MEP-subsidieregeling blijkt niet dat te verlenen subsidies nominaal of in de praktijk afhankelijk worden gesteld van het gebruik van binnenlandse, dat wil zeggen Nederlandse

---

<sup>89</sup> Zie Artikel 5 en 6 SCM-Overeenkomst. Overigens: schade zou ook moeten worden aangetoond indien andere WTO-leden eventueel aan hun buitengrens anti-subsidiemaatregelen zouden willen nemen tegen uitvoer van Nederlandse producten van welke zou kunnen worden gesteld dat zij voordeel trokken van de IBB-regeling. Zie Artikel 11 SCM-Overeenkomst.

<sup>90</sup> In zulke procedures gaat het gemakkelijk om subsidies gewaardeerd op honderden miljoenen dollars of meer (zie zaken zoals *Foreign Sales Corporation*, *Aircraft*, *Cotton*, *Sugar*, *Commercial Vessels*, genoemd, *supra*, in voetnoot 32). Een betrekkelijk uitzonderlijke klacht betrof een naar WTO-begrippen bescheiden subsidiebedrag van A \$ 30 miljoen in *Australian Leather* (zelfde vindplaats). Merk evenwel op dat hier een verboden uitvoersubsidie in geding was, zodat schade niet hoefde te worden aangetoond door de klagers.

<sup>91</sup> Zie bijvoorbeeld Artikel 1(a) van de WTO Landbouwovereenkomst.



producten bij de te subsidiëren processen.<sup>92</sup> Deze subsidies zijn daarom niet verboden door de SCM-Overeenkomst.<sup>93</sup>

Mochten de Criteria als subsidievoorwaarden worden toegevoegd aan de MEP-regeling dan dient opnieuw te worden bezien of de alsdan te verlenen subsidies in feite afhankelijk zouden worden gesteld van het gebruik van binnenlandse producten. In dat geval zou de MEP-regeling door de WTO verboden subsidies genereren.

Indien de MEP-subsidieregeling ook na toevoeging van de Criteria geen verboden subsidieregeling oplevert, dan rest de vraag of het naar WTO-recht een klachtwaardige (“actionable”) subsidie vormt. MEP-subsidies zijn enkel klachtwaardig volgens de SCM-Overeenkomst indien zij op welbepaalde wijze schade zouden berokkenen aan buitenlandse producenten van goederen.<sup>94</sup> Hierover kan vooralsnog weinig worden gezegd. Voor zover ons bekend heeft de MEP-subsidieregeling tot nu toe in ieder geval niet tot buitenlandse klachten geleid.

Kortom, op basis van de nu voorhanden informatie vormt de MEP-regeling geen duidelijke overtreding van het WTO-recht.

Toevoeging van de Criteria aan de MEP-regeling levert vooralsnog ook geen duidelijke WTO-overtreding op. Er zou meer inzicht moeten worden geschapen in de vermoedelijke effecten van deze Criteria op het gebruik van binnenlandse vergeleken met ingevoerde producten.

### 3.3.2 EG-recht

De MEP-subsidieregeling is aangemeld bij de Commissie en door de Commissie verenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt op grond van artikel 87, lid 3, onder c) EG.<sup>95</sup> De IBB-regeling is zelf niet aangemeld, maar is vastgesteld op grond van de Kaderregeling voor steun

---

<sup>92</sup> In haar goedkeuringsbeschikking merkte de Commissie op: "Volgens de Nederlandse autoriteiten moet de meeste biomassa in Nederland worden geïmporteerd." Zie Commissiebrief C(2003)642 fin van 9 maart 2003, op p.8.

<sup>93</sup> Zie Artikel 3.1(b) WTO SCM-Overeenkomst.

<sup>94</sup> Zie Artikel 5 en 6 SCM-Overeenkomst. Overigens: schade zou ook moeten worden aangetoond indien andere WTO-leden eventueel aan hun buitengrens anti-subsidiemaatregelen zouden willen nemen tegen uitvoer van Nederlandse producten van welke zou kunnen worden gesteld dat zij voordeel trokken van de MEP-regeling. Zie Artikel 11 SCM-Overeenkomst.

<sup>95</sup> Zie zaak N 707/2002 en N 708/2002, C(2003)642 fin.

ten behoeve van de reductie van CO<sub>2</sub>-emissies in de sector vervoer. Ook deze Kaderregeling is door de Commissie verenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt.<sup>96</sup>

In beide gevallen oordeelde de Commissie dat de betreffende subsidieregeling binnen de grenzen blijft die de Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu (hierna: het Milieusteunkader) stelt aan investerings- en exploitatiesteun voor milieubeschermdende maatregelen. Die beoordeling hoeft derhalve in deze rapportage niet opnieuw te worden uitgevoerd. Voor deze rapportage is slechts van belang of het toevoegen van de Criteria het oordeel of steunmaatregelen geoorloofd zijn zal beïnvloeden. Daarvan lijkt naar ons oordeel geen sprake. Het opnemen van de Criteria als (aanvullende) subsidievoorwaarde bij de verlening van een milieusubsidie, zal voor de toetsing van de subsidieregelingen aan het Milieusteunkader geen verschil maken.

Dat neemt overigens niet weg dat het opnemen van de Criteria een wijziging vormt van de betreffende subsidieregeling, die tot gevolg heeft dat deze regeling opnieuw zal moeten worden aangemeld bij de Commissie.

Wel moet worden nagegaan of het opnemen van de Criteria als subsidievoorwaarden mogelijk een handelsbelemmerend effect heeft. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer deze subsidievoorwaarden er in de praktijk toe zouden leiden dat ontvangers van subsidie minder snel producten uit andere lidstaten zouden gebruiken. In dat geval geldt hetgeen hierboven is besproken ten aanzien van het vrij verkeer van goederen.

### **3.4 Accijnsverlaging**

#### **3.4.1 WTO-recht**

Bij de WTO-rechtelijke beoordeling van een accijnsverlaging voor biobrandstoffen dient met name te worden gekeken of deze maatregel als een verboden of klachtwaardige subsidie kan worden aangemerkt en of sprake is van een verboden belastingmaatregel.

##### **3.4.1.1 Verboden of klachtwaardige subsidie?**

Indien de accijnsverlaging niet ten goede komt aan landbouwproducenten doch aan gebruikers van biobrandstoffen missen de subsidievoorschriften van de WTO-Landbouwovereenkomst toepassing.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Zie zaak N 583/00, SG(2001)D/289514.

<sup>97</sup> Zie bijvoorbeeld Artikel 1(a) WTO Landbouwovereenkomst.

Een accijnsverlaging vormt een financiële bijdrage van overheidswege in de zin van de algemene SCM-Overeenkomst, nu de overheid hier belastinginkomsten laat lopen die het normaal gesproken zou incasseren.<sup>98</sup> Vervolgens moet worden onderzocht of de accijnsverlaging gebonden is aan het gebruik van binnenlands geproduceerde biobrandstoffen. In het bevestigende geval zou het hier gaan om een door de SCM-Overeenkomst verboden subsidie.<sup>99</sup>

Het is niet voldoende te constateren dat de accijnsverlagingsregeling nominaal geen onderscheid maakt tussen ingevoerde en binnenlandse biobrandstoffen. Ook ten aanzien van deze bepaling geldt een *de facto* toets, die een analyse vergt van alle feiten rondom de subsidieverlening.<sup>100</sup> Daarover valt in dit stadium, zonder kennis van de invulling van de accijnsvrijstelling en de eventueel daaraan verbonden Criteria, weinig meer te zeggen.

Indien de accijnsvrijstelling niet gebonden wordt geacht aan binnenlandse productie, dan is deze eerst dan aanvechtbaar in het WTO-subsidierecht indien die vrijstelling specifieke binnenlandse industrieën bevoordeelt.<sup>101</sup> Daar lijkt geen sprake van te zijn, zolang elke biobrandstofgebruiker van de accijnsvrijstelling profiteert.

Kortom, indien de accijnsverlaging niet geacht wordt gebonden te zijn aan het gebruik van binnenlands geproduceerde biobrandstoffen, vormt het WTO-subsidierecht hiertegen geen obstakel.

#### 3.4.1.2 Verboden belastingmaatregel?

Een andere test is of de accijnsverlaging kan worden gezien als een discriminatoire belastingmaatregel, in de zin van Artikel III.2 GATT. Nu het hier om een onderscheid tussen biobrandstoffen op basis van PPMs gaat, moeten we er ook in dit verband van uitgaan dat het om een verschillende belasting van vergelijkbare (“like”) producten gaat. Nu de voorgestelde accijnsverlaging nominaal geen onderscheid maakt tussen binnenlandse en ingevoerde biobrandstoffen, rest dan de vraag of de Criteria *de facto* bezwaarlijker zijn voor invoer.

Het is vermoedelijk niet voldoende vast te stellen dat sommige ingevoerde biobrandstoffen hoog belast, terwijl andere binnenlandse biobrandstoffen lager belast zijn. Een beter oordeel kan men

---

<sup>98</sup> Zie Artikel 1.1(a)(1)(ii) SCM-Overeenkomst.

<sup>99</sup> Zie Artikel 3.1(b) SCM-Overeenkomst.

<sup>100</sup> WTO Appellate Body Report, *Canada- Aircraft Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, §167 (2000).

<sup>101</sup> Zie Artikel 2 SCM-Overeenkomst.

zich vormen indien men beziet of alle vergelijkbare ingevoerde biobrandstoffen merendeels getroffen worden door de hogere accijns, terwijl alle vergelijkbare in Nederland geproduceerde biobrandstoffen merendeels voor de accijnsverlaging in aanmerking komen. Dat valt in dit stadium van de regelgeving niet te voorspellen.

Mocht blijken, of aannemelijk lijken, dat de accijnsverlaging in strijd komt met Artikel III.2 GATT, dan dient nog te worden onderzocht of Nederland met succes een beroep zou kunnen doen op een rechtvaardigingsgrond ex Artikel XX. Deze analyse loopt parallel aan die hierboven gegeven in verband met minimum verkoopprijzen. Met uitzondering van voorwaarden gekoppeld aan Criterium 1 en 2, lijkt op basis van de nu voorhanden informatie de kans op succes gering, althans voor zover geen band met het Nederlands territorium kan worden geconstrueerd.

#### 3.4.2 EG-recht

Voor de EG-rechtelijke beoordeling van een accijnsvrijstelling is in de eerste plaats van belang Richtlijn 2003/96/EG van de Raad van 27 oktober 2003 tot herstructurering van de communautaire regeling voor de belasting van energieproducten en elektriciteit.<sup>102</sup> Deze richtlijn stelt op communautair niveau minimumniveaus vast voor de door de lidstaten te heffen belasting op energieproducten.

Artikel 16 van deze richtlijn bepaalt echter dat lidstaten belastingvrijstelling kunnen verlenen of een verlaagd belastingniveau kunnen hanteren voor (onder meer) producten afkomstig van biomassa. Richtlijn 2003/96/EG laat derhalve een accijnsverlaging als thans beoogd in beginsel toe. Wel moet Nederland op grond van het zevende lid van artikel 16 van de richtlijn de Commissie jaarlijks een lijst toesturen van de overeenkomstig dit artikel toegepaste belastingvrijstellingen of -verlagingen.

Een accijnsverlaging of -vrijstelling zal ook kunnen worden aangemerkt als staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG, aangezien een verlaging van accijns leidt tot een vermindering van de inkomsten die van de lidstaat.<sup>103</sup> De Commissie heeft reeds een aantal maatregelen betreffende accijnsverlaging en -vrijstelling beoordeeld en verenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt. Gewezen kan met name worden op de Nederlandse Accijnsvrijstelling Pure Plantaardige Oliën<sup>104</sup> en de Belgische Verlaging van het accijnstarief voor biobrandstoffen.<sup>105</sup> Voor de

---

<sup>102</sup> Pb. 2003, L 283/51.

<sup>103</sup> Zo geeft artikel 26 lid 2 van Richtlijn 2003/96/EG expliciet aan.

<sup>104</sup> Zaak NN 60/2006 ex N 569/06, C(2007) 438.

<sup>105</sup> Zaak N 334/2005, C(2005)5960.

overwegingen van de Commissie verwijzen wij kortheidshalve naar de bijbehorende beschikkingen, die bij deze rapportage zijn gevoegd als Bijlagen 3 en 4.

Overigens benadrukken we ook hier dat het opnemen van de Criteria in een reeds goedgekeurde regeling ertoe zal leiden dat deze steunmaatregel opnieuw bij de Commissie moet worden aangemeld.

### **3.5 Rapportageverplichting**

#### **3.5.1 WTO-recht**

Overwogen wordt ook om aan industriële gebruikers van biomassa (zoals olie- of elektriciteitsmaatschappijen) de plicht op te leggen om te rapporteren over de omstandigheden waaronder deze biomassa geproduceerd en wellicht ook getransporteerd of gedistribueerd is. De Criteria zouden bij deze rapportage als richtlijn kunnen dienen, zonder dat zij bindend worden voorgeschreven.<sup>106</sup> Bij deze rapportageplicht zou geen onderscheid worden gemaakt tussen binnenlands geproduceerde of ingevoerde biobrandstoffen/uit biomassa geproduceerde elektriciteit. Anders gezegd, de overheid dwingt tot informeren, en laat de markt (afnemers, media, 'civil society') verder reageren.

Het feit dat de rapportageplicht gericht is op ondernemingen en niet op goederen, betekent niet dat deze maatregel zonder meer buiten het toepassingsbereik van de WTO-bepalingen valt.<sup>107</sup> Desalniettemin, het ligt niet voor de hand dat deze rapportageplicht een WTO-schending oplevert.

Vooreerst, er lijkt geen sprake te zijn van discriminatie, nu de rapportageplicht zowel van toepassing is ten aanzien van binnenlands geproduceerde als van ingevoerde biobrandstoffen.<sup>108</sup> Het feit dat het wellicht gemakkelijker is rapport uit te brengen over de productieomstandigheden "well to wheel" van binnenlands geproduceerde biobrandstoffen ten opzichte van ingevoerde biobrandstoffen leidt op zich niet tot discriminatie van invoer in de zin van Artikel III.4 GATT. Dit is normaal gesproken niet meer dan een natuurlijk voordeel voor binnenlandse productie.

---

<sup>106</sup> Mocht de naleving van de Criteria in dit voorstel toch als bindend worden voorgeschreven, dan is de juridische analyse dezelfde als hiervoor gegeven van minimum-verkoopisen.

<sup>107</sup> Zie bijvoorbeeld GATT panel decision, *US Section 337-Aramid Fibers* (1989), waarbij procedurele handicaps waaronder importeurs zich moesten verdedigen tegen klachten over octrooi-inbreuk ingesteld door Amerikaanse klagers voor de US International Trade Commission, in plaats van voor de Amerikaanse federale rechter, in strijd werden geacht met Artikel III.4 GATT.

<sup>108</sup> Dat betekent trouwens ook dat de rapportageplicht niet kan worden aangevochten bij voorbeeld als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking, op basis van Artikel XI.

Indien extra bezwaarlijke rapportageverplichtingen gelden ten aanzien van ingevoerde producten kan dit oordeel negatiever uitvallen.<sup>109</sup>

Daarenboven, afgezien van mogelijke klachten over discriminatie, zou men zich kunnen afvragen of de rapportageplicht nog moet worden getoetst als een technisch voorschrift in de zin van de TBT-Overeenkomst. Dat valt te betwijfelen, daar de rapportageplicht geen norm stelt waaraan producten moeten voldoen, enerzijds omdat de Criteria in deze optie niet dwingend worden voorgeschreven (er moet enkel over hen worden gerapporteerd), en anderzijds omdat ook nog niet vaststaat of PPMs (nu zij geen betrekking hebben op producteigenschappen) wel als een technisch voorschrift in de zin van de TBT-Overeenkomst kunnen worden gezien.

Zou men de TBT-Overeenkomst toch van toepassing achten op de rapportageplicht, dan zou de rapportageplicht verder moeten worden getoetst aan een proportionaliteitsvereiste, dat zegt dat zulke voorschriften de handel niet meer moeten beperken dan nodig is om een legitiem beleidsdoel te bereiken, daarbij in aanmerking nemend de risico's die het niet voldoen aan deze voorschriften creëren. Die proportionaliteitstoets is nog niet getest in de WTO-jurisprudentie, en lijkt vooralsnog behoorlijk veel beleidsruimte aan WTO-leden te laten.<sup>110</sup> Kortom, het is nogal speculatief te denken dat de rapportageplicht in strijd zou kunnen komen met de TBT-Overeenkomst.

### 3.5.2 EG-recht

Bij de EG-rechtelijke beoordeling van een rapportageverplichting dient in de eerste plaats te worden gekeken of een dergelijke verplichting kan worden aangemerkt als een handelsbelemmerende maatregel.

Daarbij kan mogelijk een parallel worden getrokken met maatregelen betreffende het verbieden of aan banden leggen van bepaalde verkoopmodaliteiten als bedoeld in de *Keck*-rechtspraak van het Hof van Justitie. Een dergelijke *Keck*-achtige maatregel, mits van toepassing op alle marktdeelnemers en niet discriminerend, valt buiten het verbod van Artikel 28 EG.<sup>111</sup>

Hoewel een rapportageverplichting niet zozeer een verbod betreft, maar een positieve voorwaarde waaraan een industriële gebruiker zou moeten voldoen, geldt ook voor een rapportageverplichting dat zij geen eisen stelt aan de producteigenschappen of de wijze waarop

---

<sup>109</sup> Een punt van aandacht hier vormt de uitwerking en het effect van de laatste twee Criteria (8-9), die juist op invoer lijken te zijn toegesneden.

<sup>110</sup> Zie, *supra*, paragraaf 2.1.3.

<sup>111</sup> Zie, *supra*, paragraaf 2.2.2.

het product wordt geproduceerd. Het is slechts een voorwaarde waaraan moet worden voldaan wil het betreffende product in Nederland op de markt mogen worden gebracht. Het is daarom niet ondenkbaar dat een rapportageverplichting door middel van een analoge toepassing van de *Keck*-rechtspraak buiten het verbod van Artikel 28 zou vallen.

Zelfs als het Hof van Justitie van oordeel zou zijn dat deze vergelijking met de *Keck*-rechtspraak niet opgaat, achten wij niet onwaarschijnlijk dat het Hof van Justitie zou oordelen dat een rapportageverplichting niet een zodanige last op industriële gebruikers legt dat van een handelsbelemmering sprake is. Daarbij zal met name van belang zijn in welke mate van detail de industriële gebruikers dienen te rapporteren. Een al te nauwkeurige rapportageplicht zou wel degelijk als handelsbelemmering kunnen worden aangemerkt. Is dat het geval dan dient daarvoor een rechtvaardiging te worden gevonden.<sup>112</sup>

### 3.6 Invoerverbod

Mogelijk zou de Nederlandse overheid zich tengevolge van politieke of maatschappelijke onrust genoodzaakt kunnen zien een noodmaatregel te nemen tegen invoer van biomassa die niet voldoet aan duurzaamheidseisen. Daarbij kan gedacht worden aan de ophef die eind 2006 in Nederland is ontstaan over het gebruik van palmolie door Essent.

De eerste vraag die hier rijst is of zulk een nationaal invoerverbod valt te rijmen met de exclusieve bevoegdheid van de Europese Gemeenschap op het gebied van de internationale handel, althans ten aanzien van goederenverkeer.<sup>113</sup> Opmerking verdient dat de gemeenschappelijke invoerregeling aan de Lidstaten nog steeds de bevoegdheid laat om, bij gebreke van een harmonisatiemaatregel, unilateraal invoerbeperkingen in te stellen ter bescherming van de publieke orde.<sup>114</sup> Of de omstandigheden rond een verbod op palmolie-invoer zich hiervoor lenen is niet meteen duidelijk. Zo is onduidelijk of het EG-rechtelijk geoorloofd is dat een Lidstaat handelsbeperkingen op invoer gaat instellen in geval van onvrede met productieomstandigheden in derde landen die geen sporen nalaten in het product zelf (PPMs), en overigens geen verband houden met het Nederlandse territorium. Relevante praktijk hierover is er niet.<sup>115</sup> Voorzover bekend

---

<sup>112</sup> Wij verwijzen daarvoor naar de beoordeling in paragraaf 3.1.2.

<sup>113</sup> Zie Artikel 133 EG.

<sup>114</sup> Zie artikel 24.2 Verordening 3285/94, Pb. 1994, L 349/53 (latere amendementen lieten artikel 24.2 intact).

<sup>115</sup> Er is ook nauwelijks interne praktijk over de vraag of een Lidstaat, op grond van dezelfde publieke orde argumenten zoals geformuleerd in Artikel 30 EG, invoer uit een andere Lidstaat mag beperken op grond van PPMs, zoals zorgen over dierenwelzijn in andere landen. Voor een zeldzaam geval zie HvJ EG, *Gourmetteria van den Burg*, Case C-169/89, [1990] Jur. I-02143 (waarin het Hof zich kritischer toonde dan AG van Gerven).

hebben de Lidstaten de afgelopen jaren nauwelijks gebruik gemaakt van hun bevoegdheid om publieke orde maatregelen te nemen tegen buitenlandse invoer.<sup>116</sup>

Los van deze EG-rechtelijke overwegingen, zou zulk een invoerverbod in ieder geval in strijd komen met het al eerder genoemde Artikel XI GATT. Voor die overtreding zou dan een rechtvaardiging moeten worden gezocht in de publieke orde uitzonderingen van Artikel XX GATT. Deze analyse loopt parallel aan die hierboven gegeven in verband met minimum verkoopeisen. Die rechtvaardiging zal op basis van de nu voorhanden informatie, lastig te vinden zijn, met uitzondering van Criteria 1 en 2 en eventuele andere Criteria waarvoor een band met het Nederlandse territorium kan worden gevonden. Te denken valt in dit verband aan het effect van ontbossing op CO<sub>2</sub>-uitstoot.

Voor de goede orde zij eraan herinnerd dat de Europese Commissie Nederland voor het Hof van Justitie zou kunnen dagen wegens een schending van het Gemeenschapsrecht, niet alleen wanneer de Commissie zou menen dat een nationaal invoerverbod een inbreuk vormt op de exclusieve Gemeenschappelijke bevoegdheid ten aanzien van internationale handelspolitiek, doch ook wanneer de Commissie van oordeel zou zijn dat zulk een nationaal invoerverbod de WTO-regels schendt.<sup>117</sup>

Om de WTO-problemen rond een invoerverbod te vermijden zou Nederland in sommige gevallen kunnen overwegen een verkoopverbod aan te leggen. Dat biedt wellicht geen oplossing wanneer het verboden product enkel wordt ingevoerd en nooit binnenlands werd geproduceerd (bijvoorbeeld palmolie uit Indonesië).<sup>118</sup> Indien een verkoopverbod echter zowel binnenlandse als buitenlandse producten treft valt het niet onder het verbod op invoerrestricties van Artikel XI GATT.<sup>119</sup> En voorzover zulk een verbod niet discrimineert tussen vergelijkbare producten uit derde landen of ten aanzien van vergelijkbare producten van binnenlandse bodem is er geen sprake van een overtreding van een ander WTO-verbod (hetzij van het verbod op meestbegunstiging neergelegd in Artikel I.1 GATT hetzij van het non-discriminatieverbod in Artikel III.4 GATT).

---

<sup>116</sup> Op dit ogenblik spelen nationale invoerverboden op zeerobben-producten, waartoe om te beginnen België besloot begin dit jaar. Er waren eerder ook nationale invoerverboden op katten-en hondenpelzen.

<sup>117</sup> Zie, *supra*, paragraaf 2.1.5.

<sup>118</sup> Hoewel hierover het laatste woord nog niet gezegd is. Trekt men deze redenering te ver door, dan zou bijvoorbeeld Luxemburg nauwelijks nog binnenlandse regels kunnen aannemen (bijvoorbeeld de verplichting tot het dragen van autogordels in auto's) zonder in strijd te komen met het verbod van Artikel XI GATT daar het nauwelijks binnenlandse industrie heeft.

<sup>119</sup> Zo werd het Frans verkoopverbod op asbest enkel beoordeeld onder Artikel III.4, en niet onder Artikel XI. Zie WTO Appellate Body, *Asbestos* (2001).



Moet evenwel worden aangenomen dat ook het verkoopverbod met een van deze beginselen in strijd komt dan is het noodzakelijk een rechtvaardigingsgrond in Artikel XX te vinden. Deze analyse loopt weer parallel aan die hierboven gegeven in verband met minimum verkoopeisen. Die rechtvaardiging zal op basis van de nu voorhanden informatie, lastig te vinden zijn, met uitzondering van Criteria 1 en wellicht 2, en eventuele andere Criteria die of niet tot discriminatie leiden of waarvoor een band met het Nederlandse territorium kan worden gevonden. Te denken valt in dit verband aan het effect van ontbossing op CO<sub>2</sub>-uitstoot.

Tenslotte, een nationaal verkoopverbod valt ook EG-rechtelijk te onderscheiden van een invoerverbod en komt, bij gebreke van een communautaire harmonisatieregeling, niet in strijd met de exclusieve handelsrechtelijke competentie van de Europese Gemeenschap.<sup>120</sup>

### 3.7 Convenanten

Naast het opnemen van de Criteria in nationale wet- en regelgeving is ook denkbaar dat in Nederland gevestigde producenten en importeurs van biobrandstoffen en uit biomassa geproduceerde elektriciteit zelf stappen ondernemen om de Criteria als minimumeisen te hanteren. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een door de belangrijkste olie- en elektriciteitsmaatschappijen te ondertekenen convenant. De Nederlandse overheid zou bij de totstandkoming van een dergelijk convenant een rol kunnen spelen.

#### 3.7.1 WTO-recht

Uitgangspunt is dat het WTO-recht niet ziet op particuliere handelingen, doch enkel grenzen stelt aan overheidsmaatregelen. Aldus vallen convenanten waarbij particuliere ondernemingen partij zijn vermoedelijk buiten het toepassingsbereik van het WTO-recht. Dat wordt anders indien aan de overheid in deze een sturende rol kan worden toegeschreven. In dat geval zou een convenant wel als een overheidsmaatregel in de zin van het WTO-recht kunnen worden gekwalificeerd.<sup>121</sup> In dat geval loopt de juridische analyse in beginsel parallel aan die hiervoor gegeven betreffende minimum-eisen gesteld door de overheid.

---

<sup>120</sup> Zie HvJ EG zaak C-296/00, *Expo Casa Mante*, [2002] Jur. I-4657, r.o. 30-31.

<sup>121</sup> Zie GATT panel, *Japan - Trade in Semiconductors*, § 106-108 (1988).

### 3.7.2 **EG-recht**

Vanuit EG-rechtelijk oogpunt lijken er weinig bezwaren te bestaan tegen een door private partijen te ondertekenen convenant. Ook het voeren van overleg tussen de deelnemende ondernemingen en de overheid lijkt in beginsel niet problematisch.

Dit zou anders zijn indien de rol van de overheid zo overheersend is dat het convenant de betreffende ondernemingen in feite wordt opgedrongen. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer de overheid zou dreigen met (verdergaande) wettelijke maatregelen indien de private partijen niet ‘vrijwillig’ meewerken. In dat geval is niet ondenkbaar dat het dwingen van ondernemingen om de Criteria als minimumeisen te hanteren als een handelsbelemmerende maatregel zou kunnen worden aangemerkt. Is dat het geval dan dient hiervoor een rechtvaardiging te worden gevonden (zie hierboven, paragraaf 3.1).

Bij overleg tussen marktpartijen over het aangaan van een convenant dienen overigens wel steeds de Europese en nationale mededingingsregels in het oog worden gehouden, met name wanneer de deelnemers aan een dergelijk overleg (potentiële) concurrenten van elkaar zijn. Er moet steeds voor worden gewaakt dat gemaakte afspraken niet als mededingingsbeperkend kunnen worden aangemerkt. Daarvoor zal niet voldoende zijn dat de overheid bij een dergelijk overleg ook een rol van betekenis speelt.

## 3.8 **Duurzaam inkopen**

### 3.8.1 **WTO-recht**

In afwijking op de beginselen van nationale behandeling kunnen WTO-leden bij overheidsaankopen wel een gunstiger behandeling geven aan producten van eigen bodem.<sup>122</sup> Dat is slechts anders indien een WTO-lid partij geworden is bij de zogenaamde plurilaterale WTO-Overeenkomst betreffende overheidsaankopen die non-discriminatiebeginselen stelt ten aanzien van aankopen boven bepaalde bedragen door welomschreven instanties. Deze overeenkomst is echter door weinig WTO-leden, en nauwelijks nog door ontwikkelingslanden ondertekend. Op dit ogenblik zijn de volgende landen hierbij partij: Canada, de EU en EU-lidstaten, Hong Kong China, IJsland, Israël, Japan, Korea, Liechtenstein, Nederland met betrekking tot Aruba, Noorwegen, Singapore, Zwitserland, en de Verenigde Staten.

---

<sup>122</sup> Zie Artikel III.8(a) GATT.

### 3.8.2 EG-recht

In het kader van het Europese aanbestedingsrecht heeft de Europese Commissie zich er een voorstander van betoond dat aanbestedende diensten bij de verlening van overheidsopdrachten rekening houden met milieuoverwegingen.<sup>123</sup> De mogelijkheid om bij de verlening van overheidsopdrachten eisen te stellen ten aanzien van het milieu is ook op diverse plaatsen terug te vinden in (met name de considerans van) de Europese aanbestedingsrichtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG.

Zo luidt considerans 29 bij Richtlijn 2004/18/EG:

*"Aanbestedende diensten die in de technische specificatie van een bepaalde opdracht milieueisen wensen op te nemen, kunnen de milieukeurmerken, zoals een bepaalde productiemethode, en/of het milieueffect van specifieke productgroepen of -diensten voorschrijven."*

Daarbij kunnen aanbestedende diensten de passende specificaties gebruiken die zijn omschreven in milieukeuren, zoals de Europese milieukeur, (pluri)nationale milieukeuren of een andere milieukeur, maar zij zijn daartoe niet verplicht.

Ook considerans 33 bij Richtlijn 2004/18/EG bevat een verwijzing naar het milieu:

*"De voorwaarden voor de uitvoering van een opdracht zijn verenigbaar met deze richtlijn voor zover zij niet rechtstreeks of onrechtstreeks discriminerend zijn en zij in de aankondiging van opdracht of in het bestek worden vermeld. Zij kunnen met name ten doel hebben (...) het milieu te beschermen."*

Considerans 46 van de Richtlijn geeft aan dat milieuaspecten ook kunnen worden meegenomen bij de vaststelling van de criteria op basis waarvan de opdracht wordt gegund (gunningscriteria):

*"(...) Met het oog op het waarborgen van een gelijke behandeling moeten de gunningscriteria de mogelijkheid bieden de inschrijvingen te vergelijken en op een objectieve manier te beoordelen. Indien deze voorwaarden zijn vervuld, bieden economische en kwalitatieve gunningscriteria, bijvoorbeeld criteria betreffende de vervulling van milieueisen, de aanbestedende diensten de mogelijkheid om tegemoet te komen aan de in de specificaties voor de opdracht*

---

<sup>123</sup> Zie de Interpretatieve Mededeling van de Commissie betreffende het gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren d.d. 4 juli 2001, Pb. 2001, C 333/14.

*vermelde behoeften van het betrokken openbare lichaam.*"(onderstreping toegevoegd)

Dat milieucriteria als gunningscriteria kunnen worden gehanteerd was ook reeds uitgemaakt door het Hof van Justitie in de zaken *Concordia*<sup>124</sup> en *Wienstrom*.<sup>125</sup> Het Hof stelt daarbij wel als voorwaarde dat deze milieucriteria verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht. Zo achtte het Hof van Justitie het in de zaak *Wienstrom* in beginsel geoorloofd dat een gunningscriterium werd gehanteerd dat de levering van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen hoger waardeerde, maar werd het in die zaak door de aanbestedende dienst gehanteerde gunningscriterium onaanvaardbaar geoordeeld omdat ook rekening werd gehouden met hoeveelheden energie die inschrijvers aan anderen dan de aanbestedende dienst zouden leveren of reeds hadden geleverd.

Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat het hanteren van de Criteria in het kader van overheidsaanbestedingen in beginsel toelaatbaar moet worden geacht. Dit moet echter wel verband houden met het voorwerp van de opdracht. Zo kan een aanbestedende dienst er bijvoorbeeld voor kiezen om biobrandstoffen af te nemen of bij de aanbesteding van een openbaar vervoerconcessie de voorkeur geven aan 'schone bussen'. Het zou echter te ver gaan dat die aanbestedende dienst van de leverancier eist dat deze ook aan andere afnemers alleen maar biobrandstoffen levert of dat deze op andere openbaar vervoerconcessies alleen maar met schone bussen mag rijden.

Naast de eis van verbondenheid met de opdracht geldt dat een te hanteren milieucriterium moet voldoen aan de algemene aanbestedingsrechtelijke beginselen van non-discriminatie en transparantie.

---

<sup>124</sup> HvJ EG, zaak C-513/99 (*Concordia*), r.o. 64.

<sup>125</sup> HvJ EG, zaak C-448/01 (*Wienstrom*), r.o. 68.

## 4 CONCLUSIES

Op basis van de hierboven beschreven toetsing komen wij tot onderstaande conclusies voor de verschillende typen maatregelen.

### 4.1 Minimumeisen en bijmengverplichting

#### 4.1.1 Wit: Criteria 1 en 2

Op basis van de nu voorhanden informatie achten wij het mogelijk dat de Criteria 1 en 2 kunnen worden ingepast in minimumeisen voor verkoop of in het kader van de bijmengverplichting op een wijze die niet strijdig is met het WTO- en EG-recht.

Vanuit WTO-rechtelijk oogpunt moet er daarbij op gelet worden dat buitenlandse producten niet minder gunstig behandeld worden (*de jure* of *de facto*) dan Nederlandse producten en dat concrete maatregelen niet vallen onder Art. XI GATT. Zelfs wanneer het stellen van minimumeisen toch strijdig is met een GATT-verbod, kunnen concrete maatregelen mogelijk gerechtvaardigd worden op grond van Artikel XX GATT indien een territoriale band kan worden geconstrueerd met het Nederlandse grondgebied en bij de uitwerking geen arbitraire keuzes worden gemaakt die de benadeling van sommige ingevoerde producten met zich meebrengen. Specifiek aandachtspunt hierbij is de vaststelling van nationale referentiewaarden.

Verder kan in deze fase een marginale proportionaliteitstoets onder de TBT-Overeenkomst niet worden uitgesloten.

Vanuit EG-rechtelijk oogpunt lijken de Criteria 1 en 2 weinig bezwaarlijk, mits een territoriale band kan worden geconstrueerd met het Nederlandse grondgebied en concrete maatregelen proportioneel zijn.

#### 4.1.2 Zwart: Criteria 3, 8 en 9 (met uitzondering van 9(ii))

Criterium 3 lijkt de EG-rechtelijke toetsing niet te kunnen doorstaan. Het is twijfelachtig of dit Criterium een 'dringende behoefte' nastreeft in de zin van de *Cassis*-rechtspraak van het Hof van Justitie. Zelfs al zou een 'dringende behoefte' kunnen worden gevonden, dan lijkt het vaststellen van dit Criterium als minimumeis de proportionaliteitstoets niet te kunnen doorstaan, zeker nu een territoriale link met Nederland volledig lijkt te ontbreken.

De Criteria 8 en 9 (met uitzondering van 9(ii)) achten wij zwart vanuit een WTO-rechtelijk oogpunt. Omdat deze Criteria, althans in hun praktische toepassing, met name gericht lijken te

zijn op geïmporteerde producten, zullen zij vallen onder het verbod van Artikel III.4 GATT. Een rechtvaardiging op grond van Artikel XX GATT lijkt niet te kunnen worden geconstrueerd.

#### 4.1.3 **Grijs: Criteria 4 t/m 7 en 9(ii)**

De overige Criteria (4 t/m 7 en 9(ii)) plaatsen wij vooralsnog in het grijze gebied. De inpassing van deze Criteria stuit op enkele WTO- en EG-rechtelijke bezwaren, maar deze bezwaren zijn (nog) niet van dien aard dat deze Criteria als zwart bestempeld moeten worden.

Vanuit WTO-rechtelijk oogpunt zouden deze Criterium wit kunnen worden indien buitenlandse producten niet minder gunstig behandeld worden (*de jure* of *de facto*) dan Nederlandse producten en concrete maatregelen niet geacht worden te vallen onder Art. XI GATT. Indien niet wordt voldaan aan deze voorwaarden kunnen concrete maatregelen naar ons oordeel – vanwege de kennelijke afwezigheid van een territoriale band met het Nederlandse grondgebied – niet gerechtvaardigd worden op grond van Art. XX GATT. Aan een proportionaliteitstoets op basis van de TBT-Overeenkomst komt men dan niet eens toe.

Of de Criteria 4 tot en met 7 vanuit EG-rechtelijk oogpunt wit zouden kunnen worden, is afhankelijk van hoe het Hof van Justitie over deze Criteria zou oordelen. Indien het Hof zou oordelen dat een territoriale band met het Nederlandse grondgebied is vereist en/of dat concrete maatregelen disproportioneel zijn, zal dit aan de inpassing van deze Criteria in de weg staan.

De uitkomst van een (proportionaliteits)toetsing door het Hof van Justitie laat zich echter moeilijk voorspellen. Hoe dan ook, het verdient voorkeur om over de invoering van de Criteria overleg te voeren met de Commissie. Als de Criteria kunnen worden ingepast op een wijze die de steun heeft van de Commissie, zal Nederland er in ieder geval van uit kunnen gaan dat de Commissie tegen Nederland geen inbreukprocedure zal starten. Ook in andere gevallen zal Nederland sterker staan wanneer het de Commissie aan zijn zijde weet.

Wat Criterium 9(ii) betreft is, gezien de brede erkenning van sommige mensenrechten, denkbaar dat indien er sprake zou zijn van mensenrechteninbreuken in een ander land, zeker wanneer die in verband kunnen worden gebracht met de verhandelde producten, er voor handelsrestricties een rechtvaardiging zou kunnen worden gegeven. Dit dient per mensenrecht te worden beoordeeld.

#### 4.1.4 Schematische weergave conclusies per Criterium

De bovenstaande conclusies ten aanzien van de toetsing per Criterium van maatregelen betreffende minimumeisen en de bijmengverplichting zijn schematisch weergegeven in een tabel, die bij deze rapportage is gevoegd als Bijlage 5.

#### 4.2 Subsidie en accijnsverlaging

Het opnemen van de Criteria als subsidievoorwaarden bij de verlening van MEP- of IBB-subsidies lijkt op het eerste gezicht de toetsing aan het WTO- en EG-recht te kunnen doorstaan.

Vanuit het WTO-recht is daarbij met name van belang dat de Nederlandse wetgever ervoor zorgt dat de verlening van subsidies niet (*de jure* of *de facto*) gebonden wordt aan het gebruik van binnenlandse producten. Daarnaast kan niet worden uitgesloten dat een WTO-Lidstaat een actie zal instellen voor de WTO tegen de MEP- of IBB-regeling wanneer zou blijken dat die staat door (een van) die regelingen schade lijdt. Dat ligt vooralsnog echter niet erg voor de hand.

De MEP- en IBB-regelingen lijken eveneens verenigbaar te zijn met het Europese Milieusteunkader. Wel moet worden nagegaan of het opnemen van de Criteria als subsidievoorwaarden mogelijk een handelsbelemmerend effect heeft. In dat geval zal per Criterium moeten worden beoordeeld of een rechtvaardiging kan worden gevonden.

De beoordeling van het invoeren van een accijnsverlaging voor biobrandstoffen die zijn geproduceerd in overeenstemming met de Criteria, loopt in grote lijnen parallel aan de toetsing van de subsidieregelingen. Het WTO-subsidierecht lijkt ook voor het doorvoeren van een dergelijke accijnsverlaging geen obstakel te vormen.

Anders dan bij de subsidieregelingen zal bij een accijnsverlaging echter ook moeten worden beoordeeld of sprake is van een discriminatoire belastingmaatregel als bedoeld in Artikel III.2 GATT. Is dat het geval dan dient per Criterium te worden beoordeeld of Artikel XX GATT een rechtvaardiging biedt.

Vanuit EG-rechtelijk oogpunt zal een accijnsverlaging of -vrijstelling een steunmaatregel kunnen inhouden die op grond van Artikel 88 lid 3 EG moet worden aangemeld bij de Commissie. Of die staatssteun geoorloofd is, moet per maatregel worden beoordeeld. Daarbij verdient het aanbeveling om zo veel mogelijk aan te sluiten bij maatregelen betreffende eerdere accijnsvrijstellingen voor biobrandstoffen in Nederland en België, die immers door de Commissie verenigbaar zijn verklaard met de gemeenschappelijke markt.

### **4.3 Overige maatregelen**

#### **4.3.1 Rapportageverplichting**

Naar wij verwachten zal het invoeren van een rapportageverplichting met betrekking tot de Criteria niet op WTO-rechtelijke bezwaren stuiten. Ook vanuit EG-rechtelijk oogpunt lijken geen bezwaren te bestaan. Wij verwachten niet dat de rapportageverplichting als een handelsbelemmering zal worden aangemerkt. Dat kan echter anders worden wanneer van een gebruiker een te veeleisende rapportage wordt verlangd.

#### **4.3.2 Invoerverbod**

Het hanteren van een invoerverbod op biobrandstoffen of elektriciteit die niet duurzaam zijn geproduceerd achten wij in de meeste gevallen niet toelaatbaar. Vanuit EG-rechtelijk oogpunt biedt de gemeenschappelijke invoerregeling weliswaar de mogelijkheid voor lidstaten om unilateraal invoerbeperkingen in te stellen ter bescherming van de publieke orde, maar die bevoegdheid moet niet al te ruim worden geïnterpreteerd.

Vanuit WTO-rechtelijk oogpunt zou een invoerverbod een inbreuk vormen op Artikel XI GATT. Voor een dergelijke inbreuk lijkt alleen bij de Criteria 1 en 2 een rechtvaardiging te kunnen worden geconstrueerd.

#### **4.3.3 Convenanten**

Er lijken voorshands weinig bezwaren te bestaan tegen een door private partijen te ondertekenen convenant. Ook het voeren van overleg tussen de deelnemende ondernemingen en de overheid lijkt in beginsel niet problematisch. Dit zou anders zijn indien de rol van de overheid bij het convenant gaat overheersen. In dat geval is denkbaar dat het aansporen van ondernemingen om de Criteria als minimumeisen te hanteren op dezelfde wijze zou moeten worden beoordeeld als het bindend opleggen van minimumeisen (zie hierboven).



**Bijlage 1      Overzicht van de Criteria**

- criterium 1: De broeikasgasbalans van de productieketen en toepassing van de biomassa is positief.
- criterium 2: Biomassaproductie zal niet ten koste gaan van belangrijke koolstofreservoirs in de vegetatie en in de bodem.
- criterium 3: Er is geen concurrentie met voedsel, lokale energievoorziening, medicijnen en bouwmaterialen.
- criterium 4: Biomassaproductie zal niet ten koste gaan van beschermde of kwetsbare biodiversiteit en zal waar mogelijk biodiversiteit versterken.
- criterium 5: Bij de productie en verwerking van biomassa blijven de bodem en de kwaliteit van de bodem behouden of deze worden verbeterd.
- criterium 6: Bij de productie en verwerking van biomassa worden grond- en oppervlaktewater niet uitgeput en wordt de waterkwaliteit gehandhaafd of verbeterd.
- criterium 7: Bij de productie en verwerking van biomassa wordt de luchtkwaliteit gehandhaafd of verbeterd.
- criterium 8: Productie van biomassa draagt bij aan de lokale welvaart.
- criterium 9: Productie van biomassa draagt bij aan het welzijn van de werknemers en de lokale bevolking.

## **Bijlage 2      Definities**

Biobrandstoffen: vloeibare of gasvormige transportbrandstof die gewonnen is uit biomassa (definitie afkomstig uit Richtlijn 2003/30/EG, artikel 2 lid 1 sub a)

Biomassa: De biologisch afbreekbare fractie van producten, afvalstoffen en residuen van de landbouw (met inbegrip van plantaardige en dierlijke stoffen), de bosbouw en aanverwante bedrijfstakken, alsmede de biologisch afbreekbare fractie van industrieel en huishoudelijk afval. (definitie afkomstig uit Richtlijn 2001/77/EG, artikel 2 sub b)

Duurzaamheidscriteria: Criteria met betrekking tot de duurzaamheid van de productie van biobrandstoffen en biomassa.

Hernieuwbare brandstoffen: Hernieuwbare niet-fossiele energiebronnen (wind, zonne-energie, aardwarmte, golfenergie, getijdenenergie, waterkracht, biomassa, stortgas, rioolwaterzuiveringsgas en biogas) (definitie afkomstig uit Richtlijn 2001/77/EG, artikel 2 sub a).

**Bijlage 3      Beschikking van de Commissie in zaak N 334/2005**

**Bijlage 4      Beschikking van de Commissie in zaak NN 60/2006 ex N 569/06**

## Bijlage 5 Schema conclusies per Criterium

Onderstaand schema geeft een voorlopig risico-inschatting op basis van de thans beschikbare informatie terzake van de inpassing van duurzaamheidscriteria in concrete maatregelen met betrekking tot minimumeisen en/of de bijmengverplichting uit het Biobrandstoffenbesluit.

Dit schema geeft een kort overzicht van de in de rapportage nader toegelichte conclusies. Daarbij zijn onvermijdelijk enige in het rapport opgenomen nuanceringen verloren gegaan. Het schema kan dientengevolge niet los worden gezien van de rest van de rapportage.

Wit = laag risico (inpassing van duurzaamheidscriteria lijkt te kunnen, mits nader onderbouwd en zorgvuldig)

Grijs = middelhoog risico (inpassing van duurzaamheidscriteria stuit op problemen, maar lijkt niet per definitie strijdig met het WTO- en EG-recht)

Zwart = hoog risico (wij zien op dit moment geen mogelijkheid om deze duurzaamheidscriteria in te passen op een wijze die niet strijdig is met het WTO- en EG-recht).

criterium	Wit	Grijs	Zwart	Toelichting/aandachtspunten/opmerkingen
1.	X			<p><u>WTO-recht</u> Vanuit WTO-rechtelijk oogpunt achten wij Criterium 1 wit, mits:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• buitenlandse producten niet minder gunstig behandeld worden (<i>de jure</i> of <i>de facto</i>) dan Nederlandse producten</li><li>• concrete maatregelen niet vallen onder Art. XI GATT</li></ul> <p>Indien niet wordt voldaan aan deze voorwaarden kunnen concrete maatregelen mogelijk gerechtvaardigd worden op grond van Art. XX GATT indien:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• een territoriale band kan worden geconstrueerd met het Nederlandse grondgebied</li><li>• bij de uitwerking (bijvoorbeeld van de rekentool) geen arbitraire keuzes worden gemaakt die de benadeling van sommige ingevoerde producten met zich meebrengen</li></ul>

criterium	Wit	Grijs	Zwart	Toelichting/aandachtspunten/opmerkingen
				<p>N.B.:</p> <p>Verder kan in deze fase een marginale proportionaliteitstoets onder de TBT-Overeenkomst niet worden uitgesloten.</p> <p><u>EG-recht</u></p> <p>Vanuit EG-rechtelijk oogpunt achten wij Criterium 1 wit, mits:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• een territoriale band kan worden geconstrueerd met het Nederlandse grondgebied</li><li>• concrete maatregelen proportioneel zijn</li></ul>

criterium	Wit	Grijs	Zwart	Toelichting/aandachtspunten/opmerkingen
2.	X			<p><u>WTO-recht</u> Vanuit WTO-rechtelijk oogpunt achten wij Criterium 2 wit, mits:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• buitenlandse producten niet minder gunstig behandeld worden (<i>de jure</i> of <i>de facto</i>) dan Nederlandse producten</li> <li>• concrete maatregelen niet vallen onder Art. XI GATT</li> </ul> <p>Indien niet wordt voldaan aan deze voorwaarden kunnen concrete maatregelen mogelijk gerechtvaardigd worden op grond van Art. XX GATT indien:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• een territoriale band kan worden geconstrueerd met het Nederlandse grondgebied</li> <li>• bij de uitwerking (bijvoorbeeld van de rekentool) geen arbitraire keuzes worden gemaakt die de benadeling van sommige ingevoerde producten met zich meebrengen</li> </ul> <p>N.B.: Verder kan in deze fase een marginale proportionaliteitstoets onder de TBT-Overeenkomst niet worden uitgesloten.</p> <p><u>EG-recht</u> Vanuit EG-rechtelijk oogpunt achten wij Criterium 2 wit, mits:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• een territoriale band kan worden geconstrueerd met het Nederlandse grondgebied</li> <li>• concrete maatregelen proportioneel zijn</li> </ul>
3.			X	<p><u>WTO</u> Vanuit WTO-rechtelijk oogpunt zou Criterium 3 wit kunnen worden indien:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• buitenlandse producten niet minder gunstig behandeld worden (<i>de jure</i> of <i>de facto</i>) dan Nederlandse producten</li> <li>• concrete maatregelen niet vallen onder Art. XI GATT</li> </ul>

Criterium	Wit	Grijs	Zwart	Toelichting/aandachtspunten/opmerkingen
				<p>Indien niet wordt voldaan aan deze voorwaarden kunnen concrete maatregelen naar ons oordeel – vanwege de kennelijke afwezigheid van een territoriale band met het Nederlandse grondgebied – niet gerechtvaardigd worden op grond van Art. XX GATT. Aan een proportionaliteitstoets op basis van de TBT-overeenkomst komt men dan niet eens toe.</p> <p><u>EG-recht</u></p> <p>Vanuit EG-rechtelijk oogpunt achten wij Criterium 3 zwart, aangezien dit Criterium niet lijkt te vallen binnen een door het Hof van Justitie erkende 'dringende behoefte'. Zelfs wanneer een 'dringende behoefte' kan worden gevonden én het Hof van Justitie zou oordelen dat een territoriale band met het Nederlandse grondgebied niet is vereist, achten wij het nog zeer waarschijnlijk dat een concrete maatregel de proportionaliteitstoets niet zal doorstaan.</p>
4.		X		<p><u>WTO</u></p> <p>Vanuit WTO-rechtelijk oogpunt zou Criterium 4 wit kunnen worden indien:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• buitenlandse producten niet minder gunstig behandeld worden (<i>de jure</i> of <i>de facto</i>) dan Nederlandse producten</li> <li>• concrete maatregelen niet vallen onder Art. XI GATT</li> </ul> <p>Indien niet wordt voldaan aan deze voorwaarden kunnen concrete maatregelen naar ons oordeel – vanwege de kennelijke afwezigheid van een territoriale band met het Nederlandse grondgebied – niet gerechtvaardigd worden op grond van Art. XX GATT. Aan een proportionaliteitstoets op basis van de TBT-overeenkomst komt men dan niet eens toe.</p> <p><u>EG-recht</u></p> <p>Vanuit EG-rechtelijk oogpunt zou Criterium 4 wit kunnen worden indien:</p>



criterium	Wit	Grijs	Zwart	Toelichting/aandachtspunten/opmerkingen
				<ul style="list-style-type: none"> <li>• het Hof van Justitie zou oordelen dat een territoriale band met het Nederlandse grondgebied niet is vereist</li> <li>• concrete maatregelen niet disproportioneel zijn</li> </ul> <p>Wij betwijfelen of aan deze voorwaarden zal kunnen worden voldaan. Zelfs al zou het Hof van Justitie oordelen dat een territoriale band geen absoluut vereiste is, dan nog achten wij waarschijnlijk dat Criterium 4 (unilaterale restricties betreffende biodiversiteit) door het Hof als disproportioneel zou worden aangemerkt.<sup>126</sup></p>
5.		X		<p><u>WTO</u></p> <p>Vanuit WTO-rechtelijk oogpunt zou Criterium 5 wit kunnen worden indien:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• buitenlandse producten niet minder gunstig behandeld worden (<i>de jure</i> of <i>de facto</i>) dan Nederlandse producten</li> <li>• concrete maatregelen niet vallen onder Art. XI GATT</li> </ul> <p>Indien niet wordt voldaan aan deze voorwaarden kunnen concrete maatregelen naar ons oordeel – vanwege de kennelijke afwezigheid van een territoriale band met het Nederlandse grondgebied – niet gerechtvaardigd worden op grond van Art. XX GATT. Aan een proportionaliteitstoets op basis van de TBT-overeenkomst komt men dan niet eens toe.</p> <p><u>EG-recht</u></p> <p>Vanuit EG-rechtelijk oogpunt zou Criterium 5 wit kunnen worden indien:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• het Hof van Justitie zou oordelen dat een territoriale band met het Nederlandse grondgebied niet is vereist</li> <li>• concrete maatregelen niet disproportioneel zijn</li> </ul>

<sup>126</sup> De reden dat dit criterium niet als zwart is aangemerkt is gelegen in het feit dat uitspraken van het Hof van Justitie zich moeilijk laten voorspellen. In het arrest *PreussenElektra* ging het Hof van Justitie bijvoorbeeld in het geheel niet in op de vraag of de betreffende maatregel proportioneel was. Voor de criteria 5 t/m 7 geldt hetzelfde.

criterium	Wit	Grijs	Zwart	Toelichting/aandachtspunten/opmerkingen
				<p>Wij betwijfelen of aan deze voorwaarden zal kunnen worden voldaan. Zelfs al zou het Hof van Justitie oordelen dat een territoriale band geen absoluut vereiste is, dan nog achten wij waarschijnlijk dat Criterium 5 (unilaterale restricties betreffende bodembescherming) door het Hof als disproportioneel zou worden aangemerkt.</p>
6.		X		<p><u>WTO</u> Vanuit WTO-rechtelijk oogpunt zou Criterium 6 wit kunnen worden indien:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• buitenlandse producten niet minder gunstig behandeld worden (<i>de jure</i> of <i>de facto</i>) dan Nederlandse producten</li> <li>• concrete maatregelen niet vallen onder Art. XI GATT</li> </ul> <p>Indien niet wordt voldaan aan deze voorwaarden kunnen concrete maatregelen naar ons oordeel – vanwege de kennelijke afwezigheid van een territoriale band met het Nederlandse grondgebied – niet gerechtvaardigd worden op grond van Art. XX GATT. Aan een proportionaliteitstoets op basis van de TBT-overeenkomst komt men dan niet eens toe.</p> <p><u>EG-recht</u> Vanuit EG-rechtelijk oogpunt zou Criterium 6 wit kunnen worden indien:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• het Hof van Justitie zou oordelen dat een territoriale band met het Nederlandse grondgebied niet is vereist</li> <li>• concrete maatregelen niet disproportioneel zijn</li> </ul> <p>Wij betwijfelen of aan deze voorwaarden zal kunnen worden voldaan. Zelfs al zou het Hof van Justitie oordelen dat een territoriale band geen absoluut vereiste is, dan nog achten wij niet zeer waarschijnlijk dat Criterium 6 (unilaterale restricties betreffende bescherming waterkwaliteit) door het Hof als</p>

criterium	Wit	Grijs	Zwart	Toelichting/aandachtspunten/opmerkingen
				proportioneel zou worden aangemerkt.
7.		X		<p><u>WTO</u> Vanuit WTO-rechtelijk oogpunt zou Criterium 7 wit kunnen worden indien:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• buitenlandse producten niet minder gunstig behandeld worden (<i>de jure</i> of <i>de facto</i>) dan Nederlandse producten</li> <li>• concrete maatregelen niet vallen onder Art. XI GATT</li> </ul> <p>Indien niet wordt voldaan aan deze voorwaarden kunnen concrete maatregelen naar ons oordeel – vanwege de kennelijke afwezigheid van een territoriale band met het Nederlandse grondgebied – niet gerechtvaardigd worden op grond van Art. XX GATT. Aan een proportionaliteitstoets op basis van de TBT-overeenkomst komt men dan niet eens toe.</p> <p><u>EG-recht</u> Vanuit EG-rechtelijk oogpunt zou Criterium 7 wit kunnen worden indien:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• het Hof van Justitie zou oordelen dat een territoriale band met het Nederlandse grondgebied niet is vereist</li> <li>• concrete maatregelen niet disproportioneel zijn</li> </ul> <p>Wij betwijfelen of aan deze voorwaarden zal kunnen worden voldaan. Zelfs al zou het Hof van Justitie oordelen dat een territoriale band geen absoluut vereiste is, dan nog achten wij niet zeer waarschijnlijk dat Criterium 7 (unilaterale restricties betreffende bescherming luchtkwaliteit) door het Hof als proportioneel zou worden aangemerkt.</p>
8.			X	<p><u>WTO-recht</u> Criterium 8 is kennelijk gericht op de buitenlandse productie en valt daarom naar ons oordeel onder het verbod van Art. III.4 GATT. Verder kan dit Criterium Art.XI schenden. Dit</p>

criterium	Wit	Grijs	Zwart	Toelichting/aandachtspunten/opmerkingen
				Criterium (lokale welvaart) valt niet binnen de rechtvaardigingsgronden van Art. XX GATT. Er is ook geen territoriale band met Nederland.
9 (ii)		X	X	<p><u>WTO-recht</u></p> <p>In uitzonderlijke gevallen zou kunnen worden betoogd dat het voorkomen van bepaalde mensenrechtenschendingen valt binnen de rechtvaardigingsgrond van Art. XX(a): de bescherming van de publieke moraal. Per mensenrecht zal moeten worden bekeken of deze rechtvaardigingsgrond kan worden ingeroepen.</p> <p><u>EG-recht</u></p> <p>Ook binnen het EG-recht is niet ondenkbaar dat een maatregel ter voorkoming van bepaalde mensenrechtenschendingen door het HvJ EG toelaatbaar zal worden geacht, al is onwaarschijnlijk dat zulk een schending zich in een andere EG-lidstaat zal voordoen.</p>
9 (overig)			X	<p><u>WTO-recht</u></p> <p>Voor het overige is Criterium 9 kennelijk gericht op de buitenlandse productie. Dit Criterium valt daarom naar ons oordeel onder het verbod van Art. III.4 GATT. Verder kan dit Criterium Art.XI schenden. Dit Criterium (lokale welzijn) valt niet binnen de rechtvaardigingsgronden van Art. XX GATT. Er is ook geen territoriale band met Nederland.</p>