

Handboek Internationaal Recht

Redactie

Nathalie Horbach

René Lefebvre

Olivier Ribbelink

Hieronder treft u aan hoofdstuk 18 uit het *Handboek Internationaal Recht*:

Internationaal economisch recht

Peter van den Bossche en Erik Denters

Voor de publicatie op de Asser website van de afzonderlijke hoofdstukken van het handboek is in 2014 toestemming verleend door de auteurs en de uitgever, T.M.C. Asser Press.

Dit boek biedt een bundeling van het merendeel van de in Nederland aanwezige specialismen op internationaalrechtelijk gebied bijgewerkt tot het jaar van publicatie 2007.

Het *Handboek Internationaal Recht* is een initiatief van het T.M.C. Asser Instituut te Den Haag en werd mede mogelijk gemaakt door een subsidie van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum van het Ministerie van Justitie. Voor de ontstaansgeschiedenis van het boek wordt verwezen naar het als aparte PDF bijgevoegde Voorwoord van de redacteurs.

Hoofdstuk 18

INTERNATIONAAL ECONOMISCH RECHT

Peter van den Bossche en Erik Denters

Prof. dr. P.L.H. Van den Bossche is hoogleraar internationaal economisch recht en voorzitter van de capaciteitsgroep Internationaal en Europees Recht aan de Universiteit Maastricht. Dr. H.M. G. Denters is universitair hoofddocent en directeur van het LL.M. Programma International Business Law aan de rechtenfaculteit van de Vrije Universiteit Amsterdam.

1.	Economische globalisering en internationaal economisch recht.....	2
2.	Het recht van de Wereldhandelsorganisatie	3
2.1	Bronnen van het WTO-recht	4
2.2	Verbod op discriminatie	6
2.2.1	De MFN-verplichting inzake handel in goederen.....	6
2.2.2	De MFN-verplichting inzake handel in diensten	8
2.2.3	Verplichting van nationale behandeling inzake handel in goederen.....	10
2.2.4	Verplichting van nationale behandeling inzake handel in diensten	13
2.3	Regels inzake markttoegang	14
2.3.1	Invoerrechten.....	14
2.3.2	Kwantitatieve beperkingen op handel in goederen	16
2.3.3	Andere niet-fiscale belemmeringen op handel in goederen	17
2.3.4	Niet-fiscale belemmeringen op handel in diensten	19
2.4	Regels inzake oneerlijke handelspraktijken.....	20
2.4.1	Regels inzake dumping.....	21
2.4.2	Regels inzake subsidies	22
2.5	Vrijhandel en andere maatschappelijke waarden en belangen	24
2.5.1	Algemene uitzonderingen.....	24
2.5.2	Andere uitzonderingen	26
2.6	Institutionele aspecten van de WTO.....	28
2.6.1	Taken en organen.....	28
2.6.2	Lidmaatschap.....	29
2.6.3	Besluitvormingsprocedures	30

2.7	Geschillenbeslechting in het kader van de WTO.....	30
2.7.1	Jurisdictie en toegang	31
2.7.2	Geschillenbeslechtsorganen	32
2.7.3	Procedureverloop.....	34
3.	Het internationaal monetair en financieel recht	35
3.1	Verhouding met het wereldhandelssysteem	35
3.2	Monetair recht	35
3.2.1	<i>Ius cudendae monetae</i>	35
3.2.2	Monetaire convergentie	36
3.3	Bretton Woodsorganisaties	38
3.3.1	Korte historie	38
3.3.2	Lidmaatschap.....	38
3.3.3	Doelstellingen en middelen	39
3.3.4	Institutionele structuur	40
3.4	Wereldbankgroep	41
3.5	Internationaal Monetair Fonds.....	42
3.5.1	Verplichting tot bevordering marktconvertibiliteit.....	42
3.5.2	Consultaties	44
3.5.3	Conditionele betalingsbalanssteun.....	45
4.	Schuldenproblematiek	47
5.	Investerings	48
6.	Epiloog	52

1. ECONOMISCHE GLOBALISERING EN INTERNATIONAAL ECONOMISCH RECHT

Onze tijd wordt gekenmerkt door economische globalisering, een proces van wereldwijde economische integratie. Deze voortschrijdende integratie blijkt uit het steeds groter wordende deel van onze productie dat geëxporteerd wordt en onze toenemende afhankelijkheid van buitenlandse goederen en diensten. Nationale economische welvaart is in belangrijke mate afhankelijk van internationale handel en buitenlandse investeringen. Dit is het geval voor zowel geïndustrialiseerde als ontwikkelingslanden. Er bestaat een consensus onder economen, internationale beleidsmakers en gerespecteerde non-gouvernementele organisaties (NGO's) dat ook voor ontwikkelingslanden economische globalisering in het algemeen, en internationale handel en buitenlandse investeringen in het bijzonder, een belangrijke bijdrage *kunnen* leveren tot de econo-

mische ontwikkeling.¹ De explosieve economische ontwikkeling van China tijdens de laatste jaren is hiervan een opmerkelijk voorbeeld. Dit proces van economische globalisering moet echter op internationaal niveau gestuurd en gereguleerd worden wil het zich kunnen voortzetten *en* tegelijkertijd aan de hele wereldgemeenschap ten goede komen. Gebeurt dat niet, dan is het gevaar groot dat nationaal economisch protectionisme het proces van economische globalisering ondermijnt en een ernstige domper zet op verdere wereldwijde economische ontwikkeling. Indien het proces van economische globalisering niet internationaal wordt gestuurd en gereguleerd, mag worden gevreesd dat dit proces de wereldwijde economische ongelijkheid, sociale onrechtvaardigheid, milieuverontreiniging en culturele onteigening eerder zal verergeren dan dat het zal bijdragen aan een verbetering van de huidige toestand. Zoals Abbé Jean-Baptiste Lacordaire reeds zei in 1835 in één van zijn beruchte preken in de Notre Dame in Parijs 'entre le faible et le fort, entre le riche et le pauvre ... c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit.'² Secretaris-Generaal Kofi Annan van de Verenigde Naties (VN) stelde in april 2000 bij de voorstelling van het Millennium-rapport dat het sturen – en dus reglementeren – van het proces van economische globalisering de belangrijkste uitdaging van onze tijd is.³

Het recht dat nu reeds toepasselijk is op internationale economische betrekkingen vormt het rechtsgebied van het internationaal economisch recht. Dit rechtsgebied bestrijkt vele uiteenlopende onderwerpen. In dit hoofdstuk, beperken wij ons tot de bespreking van de twee belangrijkste onderdelen van het internationaal economisch recht:

- het recht van de Wereldhandelsorganisatie, dit is de kern van het internationaal handelsrecht; en
- het internationaal monetair en financieel recht, en in het bijzonder het recht van het Internationaal Monetair Fonds en de Wereldbank.

2. HET RECHT VAN DE WERELDHANDELSORGANISATIE

De Wereldhandelsorganisatie (World Trade Organization, WTO) is een nog jonge internationale organisatie, opgericht op 1 januari 1995 krachtens de in Marrakesh gesloten Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie (hierna: WTO-Overeenkomst).⁴ Dit verdrag werd op 15 april 1994 ondertekend door de landen en douanegebieden die van 1986 tot 1993 hadden deelgenomen aan de Uruguay-ronde van multilaterale handelsbesprekingen (hierna: Uruguay-ronde). De oprichting van de WTO wordt door velen gezien als het belangrijkste resultaat van de Uruguay-ronde. De WTO verving de Algemene Overeenkomst betreffende Tarieven en Handel (Ge-

1. Voor een bespreking van de standpunten van o.a. de Wereldbank en OXFAM, zie P. Van den Bosch, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2005 (herdrukt 2006), p. 30-35.

2. Ibid., p. 37.

3. Ibid., p. 29.

4. Zie *infra* n. 8.

neral Agreement on Tariffs and Trade, GATT) van 1947,⁵ die gedurende bijna vijftig jaar als *de facto* intergouvernementele organisatie voor internationale handel had gefungeerd. De GATT had geleidelijk en op zeer pragmatische wijze die taak op zich genomen nadat de internationale gemeenschap er op het einde van de jaren veertig niet in was geslaagd om naast de reeds bestaande internationale economische organisaties zoals de Wereldbank en het Internationaal Monetair Fonds, een intergouvernementele organisatie voor internationale handel op te richten. Het Havana Handvest voor een internationale handelsorganisatie (International Trade Organization) van 1948 is immers nooit in werking getreden als gevolg van de weigering van de Verenigde Staten (VS) dit verdrag goed te keuren. De GATT – dat zelf ook nooit in werking is getreden maar werd toegepast krachtens een Protocol van voorlopige toepassing – heeft vervolgens gedurende bijna een halve eeuw de kerntaken van de ‘doodgeboren’ International Trade Organization waargenomen. Het heeft dit – vooral met betrekking tot de verlaging van invoerrechten – met veel succes gedaan.⁶ Tijdens de Uruguay-ronde groeide echter geleidelijk de overtuiging dat de internationale gemeenschap behoefte had aan een heuse intergouvernementele organisatie om de steeds complexere en intensievere handelsbetrekkingen tussen landen te sturen en te reglementeren. Deze overtuiging, die lange tijd niet werd gedeeld door de VS en vele ontwikkelingslanden, leidde uiteindelijk tot de oprichting van de WTO. Volgens de preambule van de WTO-Overeenkomst zijn de doelstellingen van de WTO:

- de verhoging van de levensstandaard;
- werkgelegenheid voor iedereen;
- een ruim, gestaag toenemend reëel inkomen en een grote, gestaag toenemende effectieve vraag; en
- de uitbreiding van de productie van en de handel in goederen en diensten.

De WTO-Overeenkomst benadrukt dat deze doelstellingen moeten worden nagestreefd in overeenstemming met het doel van duurzame ontwikkeling, waarbij zowel de bescherming van het milieu als de economische ontwikkeling van ontwikkelingslanden belangrijk zijn.⁷

2.1 Bronnen van het WTO-recht

De belangrijkste bron van WTO-recht is de WTO-Overeenkomst, die van kracht is sinds 1 januari 1995.⁸ De WTO-Overeenkomst is een internationaal verdrag van slechts zestien artikelen die handelen over de functies, de organen, het lidmaatschap

5. *Trb.* 1966, 1 (voorlopige toepassing 1 januari 1948; Nederland 1 januari 1948). De Nederlandse tekst van de GATT 1947 is ook te vinden in A.C. Bakker, *Verdrags- en wetsteksten met betrekking tot de internationale handel*, deel 2, 1988, p. 86-120.

6. Zie 2.3.1.

7. Preambule van de WTO-Overeenkomst, par. 1-2.

8. Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie 1994, *Trb.* 1995, 130 (i.w.tr. 1 januari 1995; Nederland en EG 1 januari 1995).

en de besluitvormingsprocedures van de WTO. Aan dit korte verdrag zijn in bijlagen echter negentien internationale overeenkomsten gehecht, die integraal deel uitmaken van de overeenkomst. Deze akkoorden omvatten:

- de multilaterale overeenkomsten over handel in goederen, waaronder de Algemene Overeenkomst betreffende Tarieven en Handel 1994 (hierna: GATT 1994), en twaalf overeenkomsten over specifieke aspecten van handel in goederen, zoals bijvoorbeeld de Overeenkomst inzake de landbouw, de Overeenkomst inzake sanitaire en fytosanitaire maatregelen (SPS-Overeenkomst), de Overeenkomst inzake technische handelsbelemmeringen (TBT-Overeenkomst), de Overeenkomst inzake de toepassing van artikel VI van de Algemene Overeenkomst betreffende Tarieven en Handel 1994 (hierna: Anti-dumping Overeenkomst), de Overeenkomst inzake subsidies en compenserende maatregelen (SCM-Overeenkomst) en de Overeenkomst inzake vrijwaringsmaatregelen (bijlage 1A);
- de Algemene Overeenkomst inzake de handel in diensten (bijlage 1B) (hierna: GATS);
- de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (bijlage 1C) (hierna: TRIPS-Overeenkomst);
- het Memorandum van Overeenstemming inzake de regels en procedures betreffende de beslechting van geschillen (bijlage 2)
- de Regeling inzake toetsing van het handelsbeleid (bijlage 3); en
- twee (oorspronkelijk vier) plurilaterale akkoorden over overheidsaankopen en handel in burgerluchtvaartuigen (bijlage 4).

De overeenkomsten in de bijlagen 1, 2 en 3 zijn multilaterale overeenkomsten en bindend voor alle leden van de WTO. De plurilaterale overeenkomsten in bijlage 4 zijn enkel bindend voor die WTO-leden die deze overeenkomsten hebben aanvaard.⁹ Inclusief de bijlagen telt de WTO-Overeenkomst meer dan 25.000 bladzijden. Hiervan bestaat 95 procent echter uit Lijsten van tariefconcessies (inzake de handel in goederen) en Lijsten van specifieke verbintenissen (inzake de handel in diensten), die kunnen worden geraadpleegd op de WTO-website.¹⁰

De WTO-Overeenkomst is niet de enige bron van WTO-recht. Een andere belangrijke bron is de WTO-rechtspraak in internationale handelsgeschillen, en in het bijzonder de rechtspraak van geschillenbeslechtingspanels en de Beroepsinstantie (Appellate Body).¹¹ Uitspraken van panels en de Beroepsinstantie zijn in beginsel enkel juridisch bindend voor de partijen bij het voorgelegd geschil. Vooral de uitspraken van de Beroepsinstantie hebben echter een groot gezag en worden in de praktijk in latere geschillen omtrent hetzelfde onderwerp gevolgd. Verder zijn ook beslissingen van WTO-organen, overeenkomsten gesloten in het kader van de WTO, internatio-

9. Art. II lid 2 en 3 WTO-Overeenkomst.

10. Zie <www.wto.org>; zie ook 2.3.1 voor de Lijsten van tariefconcessies, en 2.3.4 voor de Lijsten van specifieke verbintenissen.

11. Zie 2.7.

naal gewoonterecht en algemene rechtsbeginselen erkende bronnen van WTO-recht.¹²

2.2 Verbod op discriminatie

Het verbod op discriminatie staat centraal in het WTO-recht en is vaak het voorwerp van handelsgeschillen tussen leden van de WTO. Dit verbod vindt uitdrukking in twee verplichtingen:

- de verplichting van meestbegunstiging, beter bekend als de verplichting van ‘most favoured nation’ behandeling (hierna: MFN-verplichting); en
- de verplichting van nationale behandeling.

Eenvoudig gezegd, verbiedt de MFN-verplichting discriminatie tussen goederen, diensten of dienstverleners van verschillende buitenlandse oorsprong (of met verschillende buitenlandse bestemming). De verplichting van nationale behandeling verbiedt discriminatie tussen buitenlandse goederen, diensten en dienstverleners, en goederen, diensten en dienstenverleners uit eigen land. De belangrijkste non-discriminatiebepalingen van de WTO-Overeenkomst zijn:

- artikel I GATT 1994 (de MFN-verplichting voor handel in goederen);
- artikel III GATT 1994 (de verplichting van nationale behandeling voor handel in goederen);
- artikel II GATS (de MFN-verplichting voor handel in diensten); en
- artikel XVII GATS (de verplichting van nationale behandeling voor handel in diensten).

De WTO-Overeenkomst bevat ook nog andere non-discriminatiebepalingen, zoals de artikelen 3 en 4 van de TRIPS-Overeenkomst betreffende de MFN-verplichting en verplichting van nationale behandeling bij de bescherming van intellectuele eigendomsrechten. Deze bepalingen worden echter in dit kort overzicht van het verbod op discriminatie in het WTO-recht verder niet besproken.

2.2.1 De MFN-verplichting inzake handel in goederen

Artikel I lid 1 GATT 1994 behelst de MFN-verplichting inzake handel in goederen. Uit deze bepaling volgt dat als de Verenigde Staten de invoerrechten op bier uit Australië verlagen van 15 tot 10 procent *ad valorem*,¹³ de Verenigde Staten ook de invoerrechten op bier uit de Europese Unie (en alle andere WTO-leden) moet verlagen tot 10 procent *ad valorem*. Om te bepalen of een maatregel van een WTO-lid in strijd is met de MFN-verplichting van artikel I lid 1 GATT 1994, moeten drie vragen worden beantwoord, namelijk of:

12. Zie Van den Bossche, *supra* n. 1, p. 55-60.

13. Voor het begrip ‘*ad valorem* invoerrechten’, zie 2.3.1.

- de betrokken maatregel een ‘voordeel’ in de zin van artikel I lid 1 GATT 1994 verleent;
- de betrokken producten ‘soortgelijke producten’ zijn; en
- het betrokken handelsvoordeel ‘onmiddellijk en onvoorwaardelijk’ wordt verleend aan alle soortgelijke producten van oorsprong uit of bestemd voor alle andere WTO leden.

Een voordeel in de zin van artikel I lid 1 GATT 1994 kan betrekking hebben op invoerrechten (zoals in het voorbeeld hierboven), maar ook op douaneregels en formaliteiten, binnenlandse belastingen en binnenlandse regelingen betreffende verkoop, aanbod ten verkoop, koop, vervoer, distributie of gebruik van producten. Een voordeel kan bijvoorbeeld een nationale regeling zijn die reclame voor Australisch bier toelaat terwijl reclame voor bier uit andere landen verboden is. Het begrip ‘voordeel’ is een ruim begrip dat tot nu toe slechts zelden het voorwerp van een geschil is geweest. Het begrip ‘soortgelijke producten’ is daarentegen wel problematisch. Er kan alleen sprake zijn van een schending van de MFN-verplichting wanneer de betrokken producten – in het bovenstaande voorbeeld bier uit Australië en bier uit de Europese Unie – soortgelijke producten zijn. Australisch en Europees bier zijn uiteraard soortgelijke producten en als de Verenigde Staten een voordeel geeft aan Australisch bier dan moet het dat voordeel ook aan Europees bier geven. Een vraag die zou kunnen rijzen is echter of bier en bijvoorbeeld wijn soortgelijke producten zijn in de zin van artikel I GATT 1994. Als bier en wijn soortgelijke producten zijn, dan moet elk voordeel dat de Verenigde Staten verleent aan wijn uit Australië (bijv. invoerrechten van 3 procent *ad valorem* terwijl de invoerrechten op bier 15 procent *ad valorem* bedragen) ook worden verleend aan bier uit de Europese Unie (de invoerrechten op dat bier moeten dan verlaagd worden tot 3 procent *ad valorem*). De vraag is natuurlijk of bier en wijn wel soortgelijke producten in de zin van artikel I lid 1 GATT 1994 zijn. Zijn vodka en whisky soortgelijke producten? Zijn een stadsfiets en een mountainbike soortgelijke producten? Het begrip ‘soortgelijke producten’ wordt niet alleen in artikel I lid 1 GATT 1994 gebruikt, maar ook in de artikelen III lid 2 en III lid 4 GATT 1994, die later in dit overzicht van de non-discriminatiebepalingen worden besproken. Hoewel het begrip ‘soortgelijke producten’ een sleutelbegrip is voor de toepassing van de non-discriminatiebepalingen van de GATT 1994, bevat de GATT 1994 geen definitie van dit begrip. De GATT- en WTO-jurisprudentie over soortgelijke producten heeft in de loop van de jaren ook geen eenduidige definitie van dit begrip opgeleverd. Integendeel, in de *EC – Asbestos* zaak is de Beroepsinstantie tot het (correcte) besluit gekomen dat het begrip ‘soortgelijke producten’ in de zin van artikel III lid 4 meer omvattend is dan het begrip ‘soortgelijke producten’ in de zin van artikel III lid 2, eerste zin.¹⁴ De Beroepsinstantie vergeleek in die zaak het begrip ‘soortgelijke producten’ met een accordeon: net zoals een accordeon in omvang kan variëren kan de betekenis en reikwijdte van het begrip ‘soortgelijke producten’ variëren naar-

14. Zie 2.2.3.

gelang de GATT-bepaling waarin het begrip gebruikt wordt. Producten die gelijksoortig zijn in het kader van artikel III lid 4 zijn dat niet noodzakelijkerwijze in het kader van artikel III lid 2, eerste zin. De reikwijdte van het begrip 'soortgelijke producten' in de zin van artikel I lid 1 ligt vermoedelijk tussen de beide andere begrippen in. In alle gevallen echter vereist het beantwoorden van de vraag of producten soortgelijke producten zijn een bepaling van de aard en de omvang van de concurrentieverhouding tussen de betrokken producten op een bepaalde nationale markt. Hoe meer producten met elkaar concurreren, hoe waarschijnlijker het is dat deze producten kunnen worden beschouwd als soortgelijke producten. Om de aard en de omvang van de concurrentieverhouding tussen producten te bepalen worden onder andere steeds de volgende factoren in overweging genomen:

- de fysieke eigenschappen van de producten;
- de gewoontes en voorkeuren van consumenten met betrekking tot de producten;
- de doeleinden waarvoor de producten worden aangewend; en
- de internationale tariefclassificatie van de producten.

Of bepaalde producten soortgelijke producten zijn moet van geval tot geval bekeken worden. Ten slotte moet elk voordeel verleend door een WTO-lid aan producten van oorsprong uit of bestemd voor een bepaald land 'onmiddellijk en onvoorwaardelijk' worden verleend aan alle soortgelijke producten van oorsprong uit of bestemd voor alle WTO-leden. Een WTO-lid mag dus geen (bijkomende) voorwaarden stellen voor het verlenen van een voordeel aan andere WTO-leden en mag dat verlenen ook niet tijdelijk uitstellen. Het belangrijkste doel van de MFN-verplichting van artikel I lid 1 GATT 1994 is te waarborgen dat een WTO-lid soortgelijke producten gelijke kansen geeft ongeacht uit welk ander WTO-lid de producten afkomstig zijn (in het geval van invoer) of bestemd zijn (in het geval van uitvoer). Uit de GATT- en WTO-jurisprudentie blijkt duidelijk dat zowel *de iure* als *de facto* discriminatie onder het verbod op discriminatie van artikel I lid 1 GATT 1994 vallen.

2.2.2 De MFN-verplichting inzake handel in diensten

Artikel II lid 1 GATS behelst de MFN-verplichting inzake handel in diensten. Uit deze bepaling volgt dat als Japan toelaat dat Europese banken filialen openen in Tokyo, Kobe en Nagashake, Japan verplicht is om overeenkomstig de MFN-verplichting ook banken van alle andere WTO-leden onder dezelfde voorwaarden dit recht te verlenen. Om te bepalen of een maatregel van een WTO-lid in strijd is met de MFN-verplichting van artikel II lid 1 GATS, moeten drie vragen worden beantwoord, namelijk of:

- de GATS van toepassing is op de betrokken maatregel;
- de betrokken diensten of dienstverleners 'soortgelijke diensten' of 'soortgelijke dienstverleners' zijn; en
- de diensten en dienstverleners van een ander WTO-lid, terstond en onvoorwaardelijk, niet ongunstiger worden behandeld dan diensten en dienstverleners uit enige ander land.

De GATS is van toepassing op 'maatregelen van leden die de handel in diensten raken.' De GATS definieert het begrip 'diensten' niet, maar bepaalt wel dat diensten 'alle diensten in iedere sector' omvatten behalve 'de bij de uitoefening van overheidsgezag verleende diensten.' De GATS definieert het begrip 'handel in diensten' als de verlening van diensten op één van de vier volgende wijzen:

- a. Grensoverschrijdende dienstverlening, waarbij de dienstverlener en de dienstontvanger elk in hun land blijven maar het de dienst zelf is die de grens overschrijdt; een voorbeeld van deze wijze van dienstverlening is het juridische advies dat een Amerikaanse advocaat via telefoon of e-mail aan een in Europa gevestigde cliënt geeft.
- b. Ontvangst van diensten in het buitenland, waarbij de ontvanger van de dienst zich naar het land van de dienstverlener begeeft om daar de dienst te ontvangen; een voorbeeld van deze wijze van dienstverlening is een patiënt uit Australië die naar India gaat voor een hartoperatie.
- c. Commerciële aanwezigheid, waarbij de dienstverlener zich in het land van de dienstontvangers vestigt; een voorbeeld van deze wijze van dienstverlening is de vestiging van een filiaal van een Europese bank in Brazilië.
- d. Aanwezigheid van natuurlijke personen, waarbij de dienstverlener zich naar het land van de dienstontvanger begeeft om daar de dienst te verlenen; een voorbeeld van deze wijze van dienstverlening is de Japanse architect die zich naar de Verenigde Staten begeeft om daar toezicht te houden op de bouw van een hotel.

De GATS is van toepassing op alle maatregelen van WTO-leden die handel in diensten 'raken'. Opdat een maatregel de handel in diensten zou raken, is het niet vereist dat die maatregel de handel reglementeert, doch enkel dat de maatregel de concurrentievoorwaarden van de dienstverlening beïnvloedt.¹⁵ Uit het voorgaande mag blijken dat het toepassingsgebied van de GATS en GATS-verplichtingen, zoals de MFN-verplichting van artikel II lid 1, bijzonder ruim is. Het mag hier trouwens worden opgemerkt dat internationale investeringen in de dienstensector aan de regels van de GATS onderworpen zijn. Net zoals 'soortgelijke producten' een centraal doch problematisch begrip is in het kader van de MFN-verplichting van artikel I lid 1 GATT 1994, zijn 'soortgelijke diensten' en 'soortgelijke dienstverleners' ook centrale maar problematische begrippen in het kader van de MFN-verplichting van artikel II lid 1 GATS. Deze begrippen zijn niet gedefinieerd in de GATS en er is nog geen relevante jurisprudentie. Het is wel duidelijk dat deze begrippen nog moeilijkere conceptuele vragen doen rijzen dan het begrip 'soortgelijke producten'. Zijn Europese kunstfilms en Amerikaanse actiefilms soortgelijke diensten? Zijn Canadese en Kongolese dokters soortgelijke dienstverleners? De hierboven reeds besproken jurisprudentie over het begrip 'soortgelijke producten' is waarschijnlijk een nuttige bron van inspiratie bij het beantwoorden van die vragen. Ten slotte moeten de diensten en dienstverle-

15. Rapport van het Panel, *EC – Bananas*, WT/DS 27/R (25 september 1997), par. 7.281.

ners van een ander WTO-lid, terstond en onvoorwaardelijk, niet ongunstiger worden behandeld dan diensten en dienstverleners uit enig ander land. Men mag ervan uitgaan dat er sprake is van ongunstigere behandeling van de diensten en dienstverleners van een lid wanneer de betrokken maatregel de mededingingsvoorwaarden wijzigt ten gunste van de soortgelijke diensten en dienstverleners uit enig ander land. Volgens de Beroepsinstantie betreft het non-discriminatieverbod van artikel II lid 1 GATS zowel *de iure* als *de facto* discriminatie.¹⁶ Het belangrijkste doel van de MFN-verplichting van artikel II lid 1 GATS is, net zoals bij de MFN-verplichting van artikel I lid 1 GATT 1994, te waarborgen dat een WTO-lid soortgelijke diensten en soortgelijke dienstverleners gelijke kansen geeft ongeacht uit welk ander WTO-lid de diensten en dienstverleners afkomstig zijn of voor welk ander WTO-lid de diensten bestemd zijn.

Gedurende een korte periode voor de inwerkingtreding van de WTO-Overeenkomst hadden WTO-leden de mogelijkheid om bepaalde nationale maatregelen die de handel in diensten betroffen, aan de toepassing van de MFN-verplichting van artikel II lid 1 GATS te onttrekken. Deze éénmalige mogelijkheid is voorzien in artikel II lid 2 GATS en verder uitgewerkt in de Bijlage betreffende vrijstellingen van de toepassing van artikel II. WTO-leden konden de maatregelen die in strijd zijn met de MFN-verplichting aan deze verplichting onttrekken door ze op te nemen in de lijst van de bijlage. In beginsel zouden deze vrijstellingen op 1 januari 2005, *i.e.* na tien jaar, vervallen maar in de praktijk houden vele WTO-leden vast aan deze vrijstellingen en blijven zij van kracht.

2.2.3 *Verplichting van nationale behandeling inzake handel in goederen*

Het verbod op discriminatie vindt naast de MFN-verplichting ook uitdrukking in de verplichting van nationale behandeling. Artikel III GATT 1994 behelst de verplichting van nationale behandeling inzake handel in goederen. Op grond van deze verplichting moeten WTO-leden ingevoerde producten, wanneer deze zich eenmaal op hun grondgebied bevinden, op dezelfde wijze behandelen als binnenlandse producten. Het doel van artikel III is te verzekeren dat interne maatregelen niet op een dusdanige manier worden toegepast op ingevoerde of binnenlandse producten dat aan de binnenlandse producten bescherming wordt verleend.¹⁷ De verplichting van nationale behandeling betreft zowel binnenlandse belastingen (art. III lid 2) als binnenlandse regelingen (art. III lid 4).

De verplichting van nationale behandeling met betrekking tot binnenlandse belastingen is van toepassing op zowel soortgelijke producten (art. III lid 2, eerste zin) als rechtstreeks concurrerende of onderling uitwisselbare producten (art. III lid 2, tweede zin). Om te bepalen of een binnenlandse belasting van een WTO-lid in strijd is met de

16. Rapport van de Beroepsinstantie, *EC – Bananas III*, WT/DS 27/AB/R (25 september 1997), par. 233.

17. Artikel III lid 1 GATT 1994.

verplichting van nationale behandeling van artikel III lid 2, eerste zin, GATT 1994, moeten drie vragen worden beantwoord, namelijk of:

- de betrokken maatregel een binnenlandse belasting is die rechtstreeks of middellijk producten treft;
- de betrokken binnenlandse en ingevoerde producten ‘soortgelijke producten’ zijn; en
- de ingevoerde producten niet hoger worden belast dan de binnenlandse producten.

De belastingen bedoeld in artikel III lid 2 zijn binnenlandse belastingen en andere binnenlandse heffingen (en dus niet douaneheffingen) op producten (en dus geen inkomstenbelastingen). Typische voorbeelden van binnenlandse belastingen in de zin van artikel III lid 2 zijn de belasting op toegevoegde waarde (BTW) en accijnsrechten. Zoals reeds eerder vermeld, wordt ook in artikel III lid 2, eerste zin, het begrip ‘soortgelijke producten’ gebruikt. Of ingevoerde en binnenlandse producten soortgelijke producten zijn, moet van geval tot geval worden bepaald op basis van de in het kader van artikel I lid 1 hierboven reeds besproken factoren (fysieke eigenschappen; eindgebruik; gewoontes en voorkeuren van de consumenten; internationale tariefclassificatie). Volgens vaste rechtspraak is het wel zo dat aan het begrip ‘soortgelijke producten’ van artikel III lid 2, eerste zin, een beperkte omvang moet worden gegeven.¹⁸ Enkel als er een sterke concurrentieverhouding tussen de ingevoerde en binnenlandse producten bestaat, zal men kunnen besluiten dat het soortgelijke producten zijn in de zin van artikel III lid 2, eerste zin. Als men aan dit begrip een ruime betekenis zou geven, dan zou artikel III lid 2, tweede zin, betreffende rechtstreeks concurrerende of onderling uitwisselbare producten, grotendeels overbodig worden. Over het vereiste dat ingevoerde producten niet hoger mogen worden belast dan gelijksoortige binnenlandse producten moet worden opgemerkt dat volgens vaste rechtspraak zelfs een heel geringe extra belasting op ingevoerde producten verboden is.¹⁹ Uit artikel III lid 2, eerste zin, GATT 1994 volgt dus dat Korea op ingevoerde personenauto's bijvoorbeeld geen BTW van 22.1 procent mag heffen wanneer op personenauto's geproduceerd in Korea zelf 22 procent BTW wordt geheven.

De verplichting van nationale behandeling met betrekking tot binnenlandse belastingen is ook van toepassing op rechtstreeks concurrerende of onderling uitwisselbare producten (art. III lid 2, tweede zin). Om te bepalen of een binnenlandse belasting van een WTO-lid in strijd is met de verplichting van nationale behandeling van artikel III lid 2, tweede zin, GATT 1994 zoals aangevuld door de Note Ad artikel III, moeten vier vragen worden beantwoord, namelijk of:

- de betrokken maatregel een binnenlandse belasting is die rechtstreeks of middellijk producten treft;

18. Zie rapport van de Beroepsinstantie, *Japan – Alcoholic Beverages II*, WT/DS/AB/R (1 november 1996), p. 112-113.

19. Zie *ibid.*, par. 115.

- de betrokken binnenlandse en ingevoerde producten ‘rechtstreeks concurrerende of onderling uitwisselbare producten’ zijn;
- de betrokken binnenlandse en ingevoerde producten gelijk worden belast; en
- de belasting geen bescherming aan de binnenlandse productie verleent.

Het begrip ‘rechtstreeks concurrerende of onderling uitwisselbare producten’ is net zoals het begrip ‘soortgelijke producten’ niet gedefinieerd in de GATT 1994. Het is echter wel duidelijk dat dit een ruimer begrip is dan het begrip ‘soortgelijke producten’ in de zin van artikel III lid 2, eerste zin. Artikel III lid 2, tweede zin, betreft een bredere categorie van producten dan artikel III lid 2, eerste zin. Of ingevoerde en binnenlandse producten rechtstreeks concurrerende of onderling uitwisselbare producten zijn, wordt bepaald van geval tot geval op basis van de hierboven reeds besproken factoren. Er wordt vooral gekeken naar de concurrentieverhouding tussen de ingevoerde en binnenlandse producten, en in het bijzonder naar de prijselasticiteit van de vraag naar de betrokken producten.²⁰ Volgens vaste rechtspraak betekent het vereiste van gelijke belasting van ingevoerde en binnenlandse producten niet dat op deze producten dezelfde belasting moet worden geheven. Er mag een klein verschil zijn.²¹ De belastingen op ingevoerde en binnenlandse producten mogen echter niet zo worden toegepast dat zij bescherming verlenen aan binnenlandse productie. Om vast te stellen of dit het geval is, moet een volledige en objectieve analyse worden gemaakt van de structuur en de toepassing van de betrokken belastingsmaatregel.²² Uit artikel III lid 2, tweede zin, GATT 1994 volgt dus dat Nederland op ingevoerde mountainbikes geen 30 procent BTW mag heffen, als op binnenlandse stadsfietsen slechts 19 procent BTW wordt geheven.

Zoals hierboven reeds vermeld betreft de verplichting van nationale behandeling van artikel III GATT 1994 niet alleen binnenlandse belastingen maar ook binnenlandse regelingen. De relevante bepaling is artikel III lid 4 GATT 1994. Om te bepalen of een binnenlandse regeling van een WTO-lid in strijd is met de verplichting van nationale behandeling van artikel III lid 4, moeten drie vragen worden beantwoord, namelijk of:

- de betrokken maatregel een wet, verordening of voorschrift in de zin van artikel III lid 4 is;
- de ingevoerde en binnenlandse producten soortgelijke producten zijn; en
- de ingevoerde producten een minder gunstige behandeling krijgen.

De betrokken maatregel is een wet, verordening of voorschrift in de zin van artikel III lid 4 als de wet, verordening of voorschrift de verkoop, aanbod ten koop, koop, vervoer, distributie of gebruik van producten in het binnenland betreft. Het is duidelijk dat het toepassingsgebied van artikel III lid 4 omtrent de verplichting van nationale

20. Zie *ibid.*, par. 117.

21. Zie *ibid.*, par. 118.

22. Zie *ibid.*, par. 119.

behandeling breed is, ook al omdat – volgens vaste rechtspraak – niet vereist is dat een maatregel in de zin van artikel III lid 4 de verkoop, aanbod ten koop, koop etc. reglementeert; het volstaat dat de maatregel de mededingingvoorwaarden tussen ingevoerde en binnenlandse producten verandert.²³ Voor de beantwoording van de vraag of de ingevoerde en binnenlandse producten soortgelijke producten zijn wordt verwezen naar de eerdere bespreking van dit begrip. Volgens vaste rechtspraak is echter het begrip ‘soortgelijke producten’ in de zin van artikel III lid 4 wel ruimer dan dit begrip in de zin van artikel III lid 2, eerste zin.²⁴

2.2.4 *Verplichting van nationale behandeling inzake handel in diensten*

De verplichting van nationale behandeling voor maatregelen die de handel in diensten raken is neergelegd in artikel XVII GATS. Deze verplichting van nationale behandeling verschilt fundamenteel van de hierboven besproken GATT-verplichting van nationale behandeling. Terwijl de verplichting van nationale behandeling van artikel III GATT 1994 een verplichting is die van toepassing is op *alle* maatregelen betreffende handel in goederen, is de verplichting van nationale behandeling van artikel XVII GATS slechts van toepassing op maatregelen met betrekking tot handel in diensten in sectoren die een WTO-lid heeft opgenomen in haar Lijst van specifieke verbintenissen. De verplichting geldt dus enkel voor dienstensectoren waarvoor het lid een verbintenis van nationale behandeling is aangegaan. Of een lid zo’n verbintenis aangaat voor een specifieke dienstensector is het voorwerp van onderhandelingen. Een lid is dus in beginsel vrij zo’n verbintenis aan te gaan, en zelfs als zo’n verbintenis wordt aangegaan is deze vaak onderworpen aan voorwaarden en kwalificaties die het werkingsgebied van de verplichting beperken. Om te bepalen of een maatregel van een WTO-lid in strijd is met de verplichting van nationale behandeling van artikel XVII GATS, moeten drie vragen worden beantwoord, namelijk of:

- de GATS van toepassing is op de betrokken maatregel;
- de betrokken buitenlandse en eigen diensten of dienstverleners soortgelijke diensten of soortgelijke dienstverleners zijn; en
- de buitenlandse diensten en dienstverleners niet ongunstiger worden behandeld dan de eigen diensten en dienstverleners.

De eerste en tweede vraag werden reeds hierboven besproken.²⁵ Met betrekking tot de derde vraag wordt in artikel XVII lid 3 GATS duidelijk gesteld dat een behandeling (ongeacht of die formeel gelijk of verschillend is) als ongunstiger wordt beschouwd ‘indien deze de mededingingsvoorwaarden wijzigt ten gunste van diensten en dienst-

23. Zie rapport van het Panel, *Italy – Agricultural Machinery*, BISD 7S/60 (23 oktober 1958), par. 12.

24. Zie rapport van de Beroepsinstantie, *EC – Asbestos*, WT/DS135/AB/R (5 april 2001), par. 96. Artikel III lid 4 verwijst immers niet naar ‘rechtstreeks concurrerende of onderling uitwisselbare producten’ en er is dus geen behoefte aan een enge interpretatie van ‘soortgelijke producten’.

25. Zie 2.2.2.

verleners van het lid ten opzichte van soortgelijke buitenlandse diensten of dienstverleners van een ander lid.’

2.3 Regels inzake markttoegang

De toegang tot de markt van een WTO-lid voor goederen, diensten en dienstverleners van andere leden kan, en wordt ook, op verschillende manieren belemmerd of beperkt. Deze belemmeringen of beperkingen kunnen van fiscale of niet-fiscale aard zijn. De meest gangbare fiscale belemmering van toegang tot de markt zijn – voor goederen althans – invoerrechten.

Niet-fiscale belemmeringen van toegang tot de markt nemen – zowel voor goederen als diensten en dienstverleners – de vorm aan van:

- kwantitatieve beperkingen; en
- andere niet-fiscale belemmeringen, zoals bijvoorbeeld technische handelsbelemmeringen, een gebrek aan transparantie van handelsregelgeving en oneerlijke en willekeurige toepassing van handelsregelgeving en douaneformaliteiten en -procedures.

Op deze fiscale en niet-fiscale belemmeringen van markttoegang zijn verschillende WTO-regels van toepassing. Dit verschil in regels wijst op een verschil in de negatieve invloed die de belemmeringen op de handel en de economische ontwikkeling hebben.

2.3.1 Invoerrechten

Een invoerrecht, ook wel douaneheffing genoemd, is een belasting, die op producten wordt geheven op het tijdstip van en/of omwille van de invoer van de producten. Een product wordt pas toegelaten tot de markt na betaling van het invoerrecht. De meeste invoerrechten zijn *ad valorem*, *i.e.* dat zij een percentage van de waarde van het ingevoerd product bedragen. Zo is bijvoorbeeld het invoerrecht van de Europese Gemeenschap op cacaopoeder 8 procent *ad valorem*. Op de invoer van cacaopoeder ter waarde van €100.000 moet dus in beginsel een invoerrecht van €8.000 worden betaald. De invoerrechten die door een land of autonoom douanegebied worden geheven worden opgenomen in het tarief van dat land of autonoom douanegebied. Een tarief is een gestructureerde lijst van producten met opgave van de daarvoor te betalen invoerrechten. Het tarief van de Europese Gemeenschap, waarin onder meer het hierboven vermelde invoerrecht voor cacaopoeder wordt aangegeven, heet het gemeenschappelijk douanetarief.

WTO-recht, en in het bijzonder de GATT 1994, verbiedt de heffing van invoerrechten niet. Integendeel, invoerrechten zijn in tegenstelling tot kwantitatieve beperkingen een instrument van bescherming tegen invoer dat in beginsel door de GATT 1994 is toegestaan. De GATT 1994, net zoals de GATT 1947 voorheen, roept de leden van de WTO wel op om te onderhandelen over de vermindering van invoer-

rechten om op die manier de markttoegang van producten te vergemakkelijken.²⁶ De acht rondes van tariefonderhandelingen onder de GATT 1947 zijn zeer succesvol geweest en hebben de gemiddelde invoerrechten van geïndustrialiseerde landen op industrieproducten verminderd van 40 procent tot minder dan 4 procent. Niettemin blijven de invoerrechten een belangrijke belemmering in de internationale handel en zijn verdere onderhandelingen over de vermindering van invoerrechten noodzakelijk.

Het resultaat van succesvolle tariefonderhandelingen zijn 'tariefconcessies'. Een tariefconcessie is een verbintenis van een lid om op een bepaald product geen invoerrecht te heffen boven een afgesproken niveau. Alle tariefconcessies van een bepaald lid zijn opgenomen in de Lijst van concessies van dat lid. De Lijsten van concessies van de leden zijn gehecht aan het Protocol van Marrakesh, dat een integraal deel is van de GATT 1994.

Over tariefconcessies bepaalt artikel II lid 1(a) GATT 1994 dat de leden aan producten van andere leden die worden ingevoerd geen minder gunstige behandeling mogen geven dan die voorzien in de Lijst van concessies van dat lid. Krachtens artikel II lid 1(b), eerste zin, GATT 1994 mag een lid op een product geen hoger invoerrecht heffen dan het maximum voorzien in zijn Lijst van concessies. De tariefconcessie voor cacaopoeder van de Europese Gemeenschap is 8 procent *ad valorem*. Dat betekent dus dat het door de Europese Gemeenschap momenteel toegepaste invoerrecht van 8 procent *ad valorem* (zie hierboven), conform haar verplichtingen onder artikel II lid 1(a) en artikel II lid 1(b), eerste zin, GATT 1994 is. Beide bepalingen hebben tot doel de afspraken omtrent de vermindering van invoerrechten gemaakt in het kader van tariefonderhandelingen te beschermen en zekerheid te geven met betrekking tot het maximum invoerrecht dat een lid op een bepaald product kan heffen. WTO-leden mogen uiteraard invoerrechten heffen die lager zijn dan hun tariefconcessies, en dit gebeurt ook vaak. Gemaakte tariefconcessies kunnen worden gewijzigd of teruggetrokken. De voorwaarden en de procedure daarvoor is neergelegd in artikel XXVIII GATT 1994.

Naast de regels inzake de maximum hoogte van invoerrechten, zijn er ook regels betreffende de bepaling van de toepasselijke invoerrechten en, in het bijzonder, regels voor:

- de juiste tariefclassificatie van ingevoerde producten;
- de bepaling van de douanewaarde van ingevoerde producten; en
- de bepaling van het land van oorsprong van ingevoerde producten.

De regels inzake tariefclassificatie maken geen deel uit van het WTO-recht maar van de International Convention on the Harmonized Product Description and Coding System 1983, een internationaal verdrag waarbij de meeste WTO-leden partij zijn.²⁷

26. Artikel XXVIIIbis GATT 1994.

27. Internationaal Verdrag betreffende het geharmoniseerde systeem inzake de omschrijving en codering van goederen 1983, *Trb.* 1985, 108 (i.w.tr. 1 januari 1988; Nederland en EG 1 januari 1988), laatstelijk gewijzigd 26 juni 2004, *Trb.* 2005, 278 (i.w.tr. 1 januari 2007; Nederland en EG 1 januari 2007).

De regels voor de bepaling van de douanewaarde van ingevoerde producten maken wel deel uit van het WTO-recht en zijn met name neergelegd in de Overeenkomst inzake de toepassing van Artikel VII van de GATT 1994. Voor de bepaling van het land van oorsprong van een ingevoerd product voorziet de WTO-Overeenkomst betreffende de oorsprongsregels een ambitieus, maar tot op heden onvoltooid programma voor de harmonisatie van nationale oorsprongsregels. In dit hoofdstuk worden de regels inzake tariefclassificatie, de bepaling van de douanewaarde en de bepaling van het land van oorsprong niet verder besproken.²⁸

Naast gewone invoerrechten worden er ook soms andere rechten en heffingen geheven op ingevoerde producten. Die andere rechten en heffingen zijn verboden, tenzij – en dan alleen maar in die mate dat – het betrokken lid deze rechten en heffingen in zijn Lijst van concessies heeft opgenomen.²⁹ Een aantal andere rechten en heffingen, zoals bijvoorbeeld een heffing gelijkwaardig aan een binnenlandse belasting of een retributie evenredig aan de kosten van verleende diensten, zijn eveneens toegelaten.³⁰

2.3.2 *Kwantitatieve beperkingen op handel in goederen*

In tegenstelling tot invoerrechten, die op zich niet verboden zijn, verbiedt de GATT 1994 in beginsel alle kwantitatieve beperkingen op handel in goederen. Artikel XI GATT 1994 bepaalt:

‘Behalve rechten, belastingen of andere heffingen mag geen [lid] enig verbod of enige beperking, toegepast hetzij door middel van contingenten of invoer- of uitvoervergunningen, hetzij door andere maatregelen, opleggen of handhaven op de invoer van een product van oorsprong uit het grondgebied van een ander [lid] of op de uitvoer ... van een product dat voor het grondgebied van een ander [lid] is bestemd.’

Een kwantitatieve beperking is elke maatregel die de hoeveelheid van een product dat kan worden in- of uitgevoerd, beperkt. Een kwantitatieve beperking kan de vorm aannemen van een quota (of contingent) maar kan ook een algeheel in- of uitvoerverbod zijn.³¹ Een Europese verordening die het aantal ingevoerde auto's beperkt tot een miljoen per jaar of een Australische wet die de invoer van bontmantels verbiedt zijn beide kwantitatieve beperkingen in de zin van artikel XI en derhalve in beginsel verboden. Volgens vaste rechtspraak is ook een kwantitatieve beperking die feitelijk geen handel belemmert (bijv. omdat de toegelaten invoer heel hoog ligt) alsook een

28. Zie verder Van den Bossche, *supra* n. 1, p. 425-436.

29. Art. II lid 1(b), tweede zin, van de GATT 1994; en het Memorandum van Overeenstemming betreffende de interpretatie van artikel II lid 1(b) van de GATT 1994.

30. Art. II lid 2 GATT 1994.

31. Merk op dat een tariefcontingent, *i.e.* een hoeveelheid die tegen een bepaald invoerrecht kan worden ingevoerd, geen kwantitatieve beperking is maar dat de regels van artikel XIII GATT 1994 wel van toepassing zijn op een tariefcontingent.

belemmering van een *de facto* aard verboden krachtens artikel XI lid 1 GATT 1994.³²

Er bestaan echter veel uitzonderingen op het verbod van kwantitatieve beperkingen. Dit verklaart waarom artikel XIII GATT 1994 voorziet in regels voor de non-discriminatoire administratie van kwantitatieve beperkingen. Zo vereist artikel XIII lid 1 dat een lid dat een kwantitatieve beperking (of een tariefcontingent) aan de in- of uitvoer van producten vanuit of naar een ander lid oplegt, de in- of uitvoer van gelijksoortige producten vanuit of naar alle andere landen op een gelijke manier moet beperken. Krachtens artikel XIII lid 2 moet de nog toegestane handel zo verdeeld worden tussen leden dat deze verdeling zoveel mogelijk de toestand benaderd die zou hebben bestaan bij afwezigheid van de kwantitatieve beperkingen. Wanneer een quota (of tariefcontingent) wordt verdeeld onder de landen van levering, wordt eerst geprobeerd een akkoord over de verdeling te bereiken met alle leden die een aanmerkelijk belang hebben bij de levering van het betrokken product. Lukt dat niet dan wordt de quota (of tariefcontingent) verdeeld tussen de leden die een aanmerkelijk belang hebben op basis van hun aandeel in de handel tijdens een recent representatief tijdvak.³³

Quota's en tariefcontingenten worden doorgaans beheerd door invoervergunningen. Een handelaar, die een product wenst in te voeren dat aan een quota of tariefcontingent onderworpen is, moet een invoervergunning aanvragen. De WTO-Overeenkomst inzake procedures op het gebied van invoervergunningen voorziet in algemene en gedetailleerde regels voor automatische en niet-automatische invoervergunningen.

2.3.3 *Andere niet-fiscale belemmeringen op handel in goederen*

Naast kwantitatieve beperkingen, wordt de markttoegang van goederen ook belemmerd door andere niet-fiscale belemmeringen, zoals:

- technische belemmeringen op goederenhandel;
- gebrek aan transparantie;
- oneerlijke en willekeurige toepassing van handelsregelingen; en
- douaneformaliteiten en procedures.

Met betrekking tot technische handelsbelemmeringen moet men onderscheid maken tussen:

- technische voorschriften, normen en conformiteitsbeoordelingsprocedures, waarop de regels van de Overeenkomst inzake technische handelsbelemmeringen (hierna: TBT-Overeenkomst) van toepassing zijn; en

32. Zie rapport van het Panel, *Japan – Leather II*, BISD 31S/94 (15 mei 1984), par. 55; en rapport van het Panel, *Argentina – Hides and Leather*, WT/DS155/R (16 februari 2001), par. 11.17.

33. Artikel XIII lid 2(d) GATT 1994.

- sanitaire en fytosanitaire maatregelen, waarop de regels van de Overeenkomst inzake sanitaire en fytosanitaire maatregelen (hierna: SPS-Overeenkomst) van toepassing zijn.

Zowel de TBT-Overeenkomst als de SPS-Overeenkomst benadrukken het recht van de leden om regelgevend op te treden maar eisen wel dat: (i) de nationale regelgeving niet discriminerend is; (ii) niet meer handelsbeperkend is dan nodig; (iii) voorzover mogelijk en gepast gebaseerd is op internationale normen; en (iv) in het geval van SPS-regelgeving, gebaseerd is op wetenschappelijk bewijs en een risico-evaluatie.

Onwetendheid, onzekerheid of verwarring over handelswetten, verordeningen, voorschriften en procedures die toepasselijk zijn in (potentiële) exportmarkten, is een belangrijke belemmering op de handel in goederen. Om meer transparantie in de handelsregels van WTO-leden te bewerkstellingen, wordt in vele WTO-overeenkomsten (bijv. de GATT 1994, de TBT-Overeenkomst en de SPS-Overeenkomst) vereist dat leden:

- het WTO-Secretariaat steeds op de hoogte brengen van nieuwe regels of wijzigingen in bestaande regels (de notificatie-verplichting);
- hun handelsregels prompt publiceren en niet toepassen vóór publicatie; en
- contact- of informatiepunten tot stand brengen waar andere leden en hun handelars informatie kunnen inwinnen over de toepasselijke handelsregels.

Sommige regels, zoals sanitaire en fytosanitaire maatregelen, moeten vóór hun goedkeuring reeds bij het WTO-Secretariaat worden gemeld zodat andere leden de kans krijgen om eventuele bezwaren tegen de voorgenomen regels kenbaar te maken.

Het spreekt voor zich dat (het gevaar van) oneerlijke en/of willekeurige toepassing van nationale handelsregels ook een belangrijke belemmering op de handel in goederen kan vormen. Daarom vereist de GATT 1994 dat WTO-leden:

- handelsregels op uniforme, onpartijdige en billijke wijze tenuitvoerleggen; en
- rechtbanken, scheidsgerichten of administratieve organen hebben die een objectieve en onpartijdig onderzoek kunnen uitvoeren naar de juistheid van administratieve maatregelen in douaneaangelegenheden (bijv. een beslissing omtrent de hoogte van het invoerrecht) en deze maatregelen, zo nodig, kunnen corrigeren.

Ten slotte moet worden opgemerkt dat de extra kosten die handelaren moeten maken als gevolg van ingewikkelde en/of onnodige documentatievereisten en andere douaneformaliteiten en -procedures vaak hoger liggen dan de verschuldigde invoerrechten. Nochtans bevat het WTO-recht momenteel weinig specifieke regels inzake douaneformaliteiten en -procedures. In het kader van de Doha Development Round werd van medio 2004 tot medio 2006 onderhandeld over specifieke regels om douaneformaliteiten en -procedures te vereenvoudigen. Sinds medio 2006 zijn alle onderhandelingen in het kader van de Doha Development Round voor onbepaalde tijd opgeschort.

2.3.4 *Niet-fiscale belemmeringen op handel in diensten*

Het verlenen en ontvangen van diensten is bij de meeste WTO-leden onderworpen aan een waaier van binnenlandse regelingen. Belemmeringen op de handel in diensten vloeien hoofdzakelijk voort uit deze binnenlandse regelingen. Het WTO-recht en in het bijzonder de GATS voorziet in regels inzake belemmeringen op de handel in diensten. Een onderscheid moet worden gemaakt tussen de barrières voor markttoegang en andere belemmeringen op de handel in diensten. De regels inzake barrières voor markttoegang zijn neergelegd in artikel XVI GATS. Artikel XVI lid 2 GATS bevat een *uitputtende* lijst van barrières voor markttoegang. Deze lijst omvat:

- vijf soorten van kwantitatieve beperkingen op diensten en dienstverleners, zoals bijvoorbeeld de beperking van het aantal dienstverleners actief op een bepaalde markt, de beperking van de totale hoeveelheid geleverde diensten en de beperking van de participatie van buitenlands kapitaal in dienstverlenende ondernemingen; en
- één soort van maatregelen die het verlenen van diensten tot bepaalde rechtsvormen of joint-ventures beperken.

Soms zullen deze barrières voor markttoegang specifiek de toegang tot de markt van *buitenlandse* diensten en dienstverleners belemmeren. Vaak zullen echter de barrières voor markttoegang de toegang tot de markt van alle binnenlandse *en* buitenlandse diensten en dienstverleners, belemmeren. Zowel een wettelijke regeling die het aantal buitenlandse (lees Amerikaanse) fastfoodrestaurants in een stad beperkt tot twintig per miljoen inwoners als een regeling die het aantal fastfoodrestaurants in een stad beperkt tot tachtig per miljoen inwoners zijn barrières voor markttoegang in de zin van artikel XVI GATS. Maatregelen die echter de toegang tot de markt belemmeren door eisen te stellen aan de kwaliteit van de diensten en de kwalificaties van de dienstverleners zijn geen barrières voor markttoegang in de zin van artikel XVI.

Artikel XVI GATS voorziet niet in een algemeen verbod op barrières voor markttoegang. Of een lid dergelijke maatregelen voor specifieke diensten of dienstverleners mag nemen of handhaven, hangt af van de vraag of, en in welke mate, dat lid verbintenissen betreffende markttoegang is aangegaan voor de relevante dienstensector. Deze verbintenissen zijn vervat in de Lijst van specifieke verbintenissen van dat lid en die lijst is, samen met de lijsten van alle andere leden een integraal deel van de GATS. Wanneer een lid een verbintenis betreffende markttoegang voor een specifieke dienstensector is aangegaan, verbiedt artikel XVI lid 2 GATS barrières voor markttoegang voor die sector 'tenzij in zijn Lijst anders is bepaald.' Vaak zijn verbintenissen betreffende markttoegang vergezeld van voorwaarden en beperkingen (voor een bepaalde wijze van dienstverlening) en het is daarom mogelijk dat sommige barrières voor markttoegang toch nog toegelaten zijn ondanks het feit dat er voor de relevante sector een verbintenis betreffende markttoegang is aangegaan. Wanneer een lid in het geheel geen verbintenis van markttoegang voor een bepaalde dienstensector is aangegaan, dan is er voor die sector uiteraard in het geheel geen verbod op barrières voor markttoegang. Stel dat Brazilië bijvoorbeeld een verbintenis betreffende markttoe-

gang voor verzekeringsdiensten heeft aangegaan en dat Brazilië's Lijst van specifieke verbintenissen geen melding maakt van enige beperking van de markttoegang voor de eerste, tweede en vierde wijze van dienstverlening (*i.e.* grensoverschrijdende dienstverlening; consumptie in het buitenland; en aanwezigheid van natuurlijke personen) maar voor de derde wijze van dienstverlening (commerciële aanwezigheid) de markttoegang beperkt in de zin dat zij het aantal buitenlandse verzekeringsmaatschappijen dat zich in Brazilië mag vestigen, beperkt tot tien. In dat geval verbiedt artikel XVI GATS Brazilië de verkoop van brandverzekeringspolissen via het internet te beperken tot een miljoen polissen per jaar. Artikel XVI verbiedt Brazilië ook de vestiging van een buitenlandse verzekeringsmaatschappij te weigeren zolang er minder dan tien buitenlandse maatschappijen in Brazilië gevestigd zijn. Brazilië mag echter wel de vestiging van de elfde buitenlandse verzekeringsmaatschappij weigeren.

De huidige verbintenissen betreffende markttoegang, zoals die zijn onderhandeld in het kader van de Uruguay-ronde, zijn niet erg vérgaand. De meeste leden hebben zich er alleen toe verbonden het bestaande niveau van markttoegang te behouden. Het is dan ook niet verwonderlijk dat artikel XIX GATS de leden ertoe oproept om uiterlijk vijf jaar na de inwerkingtreding van de WTO-Overeenkomst nieuwe onderhandelingen over de liberalisering van handel in diensten, *i.e.* onderhandelingen over verbintenissen betreffende markttoegang (en nationale behandeling), te starten. Deze onderhandelingen maken deel uit van de Doha Development Round. Zoals eerder vermeld zijn de onderhandelingen in het kader van de Doha Development Round voor onbepaalde tijd opgeschort.

Naast barrières voor markttoegang in de zin van artikel XVI GATS, zijn er nog vele andere maatregelen of situaties die de handel in diensten rechtstreeks of indirect belemmeren. Voor een aantal van deze belemmeringen, voorziet de GATS in specifieke regels, waarvan sommige van algemene toepassing zijn (bijv. de transparantieverplichting) en andere enkel van toepassing als, en in de mate dat, het lid verbintenissen betreffende markttoegang of nationale behandeling is aangegaan (bijv. de verplichting handelsregels op een redelijke, objectieve en onpartijdige wijze toe te passen). De hier relevante GATS-regels (art. III en VI lid 1) lijken sterk op de hierboven besproken GATT-regels. Voor maatregelen in verband met kwalificaties en procedures, technische normen en vergunningen in dienstensectoren waarvoor een lid specifieke verbintenissen is aangegaan, stelt artikel VI lid 5 GATS dat deze maatregelen onder meer:

- gebaseerd moeten zijn op objectieve en doorzichtige criteria, zoals bekwaamheid en het vermogen de dienst te verlenen; en
- niet strenger mogen zijn dan noodzakelijk is om de kwaliteit van de dienstverlening te waarborgen.

2.4 Regels inzake oneerlijke handelspraktijken

Het WTO-recht kent gedetailleerde regels inzake twee handelspraktijken die als 'oneerlijk' worden beschouwd: dumping en subsidies.

2.4.1 *Regels inzake dumping*

Dumping is het in een ander land op de markt brengen van een product tegen een prijs welke lager is dan zijn normale waarde.³⁴ In het WTO-recht is dumping niet verboden. WTO-leden mogen echter maatregelen treffen om een binnenlandse bedrijfstak die soortgelijke producten produceert, te beschermen tegen de negatieve gevolgen van dumping. Overeenkomstig artikel VI GATT 1994 en de Anti-dumping Overeenkomst van de WTO, hebben WTO-leden het recht om anti-dumpingrechten op ingevoerde producten te heffen als:

- de betrokken producten worden ingevoerd met dumping;
- de binnenlandse bedrijfstak die soortgelijke producten produceert, aanmerkelijke schade lijdt (of dreigt te lijden); en
- er een causaal verband is tussen de dumping en de schade.

Gedurende vele jaren waren het vooral de VS en de Europese Gemeenschap(pen) (EG) die gebruik maakten van de mogelijkheid om anti-dumpingrechten op producten uit Japan en ontwikkelingslanden op te leggen. Recentelijk maken echter ook bepaalde ontwikkelingslanden, zoals India, veel gebruik van dit instrument van handelsbeleid. Zowel vroeger als nu wordt dit instrument vaak misbruikt en is het regelmatig het voorwerp van een handelsgeschil tussen leden.

De Anti-dumping Overeenkomst bevat gedetailleerde regels voor de vaststelling van dumping, van schade aan de binnenlandse bedrijfstak en van een oorzakelijk verband tussen beide.³⁵ De overeenkomst voorziet ook in gedetailleerde regels ten aanzien van het onderzoek dat de bevoegde autoriteiten van een lid moeten uitvoeren alvorens een anti-dumpingrecht op te leggen.³⁶ Voor de EG is de bevoegde autoriteit de Europese Commissie. Tenslotte regelt de overeenkomst de instelling en de heffing van het anti-dumpingrecht.³⁷ Belangrijk hierbij is dat een anti-dumpingrecht:

- nooit hoger mag zijn dan de dumpingmarge (*i.e.* het verschil tussen de exportprijs en de normale waarde van het product);
- slechts van toepassing blijft zolang, en voorzover, dit nodig is om de schadeveroorzakende dumping te neutraliseren; en
- in ieder geval vervalt uiterlijk vijf jaar nadat het werd ingesteld; tenzij wordt vastgesteld dat het vervallen van het anti-dumpingrecht zou leiden tot een voortzetting of herhaling van dumping en schade.

34. Art. 2.1 Anti-dumping Overeenkomst.

35. *Ibid.*, art. 2-4.

36. *Ibid.*, art. 5-6, 12.

37. *Ibid.*, art. 9-11. Art. 7-8 van de Anti-dumping Overeenkomst voorzien in de mogelijkheid van voorlopige maatregelen en prijsverbintenissen.

2.4.2 *Regels inzake subsidies*

Naast regels inzake dumping, omvat het WTO-recht ook regels inzake subsidies. De Overeenkomst inzake subsidies en compenserende maatregelen (hierna: SCM-Overeenkomst) stelt dat een subsidie in de zin van deze overeenkomst bestaat indien:

- een overheid of overheidsinstantie een financiële bijdrage levert (dit kan geschieden door schenkingen, leningen, participatie in het maatschappelijk kapitaal en het garanderen van leningen maar ook het afstand doen van inkomsten die de overheid normaal zouden toekomen); en
- hierdoor een voordeel wordt toegekend.³⁸

Voorts bepaalt de SCM-Overeenkomst dat de WTO-regels inzake subsidies alleen van toepassing zijn op 'specifieke subsidies', *i.e.* subsidies die aan een onderneming of een bedrijfstak, of aan een groep ondernemingen of bedrijfstaken worden verleend.³⁹

Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen de regels ten aanzien van de subsidies zelf (art. XVI GATT 1994 en art. 3-9 SCM-Overeenkomst) en de regels betreffende de maatregelen die WTO-leden mogen treffen om een binnenlandse bedrijfstak die soortgelijke producten produceert, te beschermen tegen de negatieve gevolgen van gesubsidieerde geïmporteerde producten (art. VI GATT 1994 en art. 10-23 SCM-Overeenkomst). Twee soorten van subsidies zijn verboden, namelijk:

- export subsidies, *i.e.* subsidies die, rechtens of in feite, uitsluitend of onder meer van exportprestaties afhankelijk zijn; en
- importvervangende subsidies, *i.e.* subsidies die uitsluitend of onder meer afhankelijk zijn van het gebruik van binnenlandse in plaats van ingevoerde producten.⁴⁰

Een WTO-lid mag dus bijvoorbeeld geen renteloze lening geven of een belastingsvermindering toekennen aan een onderneming om de verkoop van de producten van die onderneming in het buitenland te bevorderen. Andere soorten subsidies zijn niet verboden. Een lid mag echter door het gebruik van deze subsidies de belangen van een ander lid niet schaden.⁴¹ Wanneer dat ander lid van oordeel is dat dit toch het geval is, kan het een geschillenbeslechtsingsprocedure starten tegen het subsidieverlenende lid. Als het panel en/of de Beroepsinstantie vaststellen dat de betrokken subsidie inderdaad de belangen van het ander lid schaadt, dan moet het lid dat de subsidie verleent:

- passende maatregelen nemen om een einde te maken aan de schadelijke gevolgen van de subsidie; of
- de subsidie intrekken.⁴²

38. Art. 1.1 SCM-Overeenkomst.

39. *Ibid.*, art. 2.

40. *Ibid.*, art. 3.

41. *Ibid.*, art. 5.

42. *Ibid.*, art. 7.

Naast regels betreffende de subsidies zelf, behelst het WTO-recht ook regels voor de maatregelen die WTO-leden mogen treffen om een binnenlandse bedrijfstak die soortgelijke producten produceert, te beschermen tegen de negatieve gevolgen van gesubsidieerde geïmporteerde producten. Leden mogen een zogenoemde compenserende recht op ingevoerde producten heffen wanneer:

- de betrokken producten gesubsidieerde producten zijn, *i.e.* producten van ondernemingen die specifieke subsidies in de zin van artikelen 1 en 2 SCM-Overeenkomst hebben ontvangen;
- de binnenlandse bedrijfstak die soortgelijke producten produceert, aanmerkelijke schade lijdt (of dreigt te lijden); en
- er een causaal verband is tussen de gesubsidieerde invoer en de schade aan de binnenlandse bedrijfstak bestaat.⁴³

De SCM-Overeenkomst behelst gedetailleerde regels voor de vaststelling van subsidiëring, schade aan de binnenlandse bedrijfstak en een causaal verband tussen beide.⁴⁴ De overeenkomst voorziet ook in gedetailleerde regels met betrekking tot het onderzoek dat de bevoegde autoriteiten van een lid – *i.e.* voor de EG de Europese Commissie – moeten uitvoeren alvorens een compenserend recht op te leggen.⁴⁵ Deze regels zijn grotendeels dezelfde als de regels voor anti-dumpingonderzoeken neergelegd in de Anti-dumping Overeenkomst. Tenslotte regelt de SCM-Overeenkomst de instelling en heffing van het compenserend recht.⁴⁶ Belangrijk hierbij is dat een compenserend recht:

- nooit hoger mag zijn dan de verleende subsidie;
- slechts van toepassing blijft zolang, en voorzover, dit nodig is om de schadeveroorzakende subsidiëring te neutraliseren; en
- uiterlijk vijf jaar nadat het werd ingesteld vervalt; tenzij wordt vastgesteld dat het vervallen van het compenserend recht zou leiden tot een voortzetting of herhaling van subsidiëring en schade.

Voor landbouwsubsidies (zowel uitvoersubsidies als interne steun) gelden aparte regels die zijn neergelegd in de Overeenkomst inzake de landbouw.⁴⁷ Zo zijn bijvoorbeeld exportsubsidies op landbouwproducten – in tegenstelling tot exportsubsidies op andere producten – niet verboden. Voorwaarde is wel dat deze exportsubsidies zijn ingeschreven in de Lijst van tariefconcessies van het subsidiërende lid en dat de verleende subsidies niet hoger zijn dan het niveau vermeld in de lijst.

43. Ibid., art. 10-17.

44. Ibid., art. 1, 2, 14-16.

45. Ibid., art. 11-13 en 22.

46. Ibid., art. 19-21. Ibid., art. 17-18 voorzien in de mogelijkheid van voorlopige maatregelen en vrijwillige verbintenissen voor de prijzen van de gesubsidieerde producten of voor het opheffen of beperken van de subsidie.

47. Art. 6-7 (interne steun) en 8-11 (exportsubsidies) van de Overeenkomst inzake de landbouw.

2.5 Vrijhandel en andere maatschappelijke waarden en belangen

Vrijhandel bevordert vaak de verwezenlijking of bescherming van andere maatschappelijke waarden en belangen, zoals volksgezondheid, consumentenbescherming, het milieu, werkgelegenheid, economische ontwikkeling en nationale veiligheid. Meer vrijhandel betekent dikwijls dat meer, goedkopere, betere, gezondere, veiligere en/of milieuvriendelijkere producten en diensten op de binnenlandse markt beschikbaar zijn. Meer vrijhandel betekent vaak ook meer werkgelegenheid en economische ontwikkeling. Vrijhandel en de hierboven vermelde andere maatschappelijke waarden en belangen komen echter ook regelmatig met elkaar in conflict. Zo kan het zijn dat een land ter bescherming van bijvoorbeeld de volksgezondheid, de werkgelegenheid of de nationale veiligheid het nodig acht om de handel in goederen en/diensten te beperken.

Het WTO-recht voorziet in regels om vrijhandel met andere belangrijke maatschappelijke waarden en belangen te verzoenen. Deze regels nemen de vorm aan van breed opgezette uitzonderingen op de hierboven besproken basisregels van het WTO-recht (de non-discriminatieverplichtingen en de regels inzake markttoegang). Er zijn vijf hoofdcategorieën van deze uitzonderingen:

- de algemene uitzonderingen van artikel XX GATT 1994 en artikel XIV GATS;
- de veiligheidsuitzonderingen van artikel XXI GATT 1994 en artikel XIVbis GATS;
- de uitzondering voor economische urgentie-situaties van artikel XIX GATT 1994 en de Overeenkomst inzake vrijwaringsmaatregelen;
- de uitzonderingen voor regionale integratie van artikel XXIV GATT 1994 en artikel V GATS;
- de uitzonderingen ten behoeve van ontwikkelingslanden die in alle WTO-overeenkomsten kunnen worden teruggevonden.⁴⁸

Krachtens deze uitzonderingen kunnen leden, in specifieke omstandigheden, maatregelen nemen of handhaven die belangrijke maatschappelijke waarden en belangen veiligstellen, ook al zijn deze maatregelen in strijd met één of meerdere basisregels van de GATT 1994 of de GATS. Deze uitzonderingen staan leden duidelijk toe, in specifieke omstandigheden, bepaalde maatschappelijk waarden en belangen voorrang te geven op vrijhandel.

2.5.1 Algemene uitzonderingen

De belangrijkste uitzonderingen die vrijhandel met andere maatschappelijke waarden en belangen pogen te verzoenen zijn de algemene uitzonderingen van artikel XX GATT 1994 en artikel XIV GATS. Men moet altijd onderzoeken of een maatregel

48. De uitzonderingen voor betalingsbalansproblemen van art. XII en XVIII:B GATT 1994, en art. XII GATS worden in dit beknopt overzicht niet besproken.

die normaliter met de GATT of GATS strijdig is krachtens artikel XX, respectievelijk artikel XIV, kan worden gerechtvaardigd. Hierbij moet men de volgende criteria toetsen:

- of deze maatregel voldoet aan de voorwaarden neergelegd in één van de paragrafen (a) t/m (j) van artikel XX GATT 1994 of paragrafen (a) t/m (e) van artikel XIV GATS; en
- of de toepassing van deze maatregel aan de vereisten van het chapeau (*i.e.* de inleidende paragraaf) van artikel XX GATT 1994 of artikel XIV GATS voldoet.

Als een lid bijvoorbeeld tot een invoerverbod op sigaretten wil besluiten of een dergelijk verbod wil handhaven (*i.e.* een duidelijke schending van het reeds besproken verbod op kwantitatieve beperkingen van art. XI GATT 1994), dan zou dit lid zich kunnen beroepen op artikel XX(b) GATT 1994. Opdat dit invoerverbod gerechtvaardigd zou zijn, moet:

- de doelstelling van dit invoerverbod de bescherming van het leven of de gezondheid van mens, dier of plant zijn; en
- het invoerverbod noodzakelijk zijn om deze doelstelling te verwezenlijken; volgens vaste rechtspraak is een maatregel ‘noodzakelijk’ als er geen alternatieve maatregel bestaat die de handel minder beperkt en die een lid redelijkerwijze kan geacht worden te nemen omdat die alternatieve maatregel het leven of de gezondheid van mens, dier en plant evenzeer beschermt.⁴⁹

Indien het invoerverbod op sigaretten aan deze voorwaarden voldoet, moet de *toepassing* ervan voldoen aan de voorwaarden van het chapeau van artikel XX GATT 1994. Het chapeau van artikel XX (zoals trouwens ook het chapeau van artikel XIV GATS) vereist dat de betrokken maatregel niet zodanig mag worden toegepast dat die maatregel een middel vormt:

- hetzij tot willekeurige of ongerechtvaardigde discriminatie tussen landen waar de dezelfde omstandigheden heersen;
- hetzij tot een verkapte beperking van de internationale handel.

De bedoeling van het chapeau is misbruik van de algemene uitzonderingen te voorkomen. Het toepassen van het chapeau vereist het juiste evenwicht te zoeken tussen, aan de ene kant, het recht van een lid beroep te doen op de algemene uitzonderingen ter rechtvaardiging van handelsbeperkende maatregel en, aan de andere kant, de rechten van de andere leden op non-discriminatie en markttoegang.⁵⁰

Artikel XX GATT 1994 kan onder meer ook worden ingeroepen ter rechtvaardiging van maatregelen die:

- noodzakelijk zijn ter bescherming van de openbare zeden (art. XX(a));

49. Rapport van de Beroepsinstantie, *EC – Asbestos*, WT/DS135/AB/R (5 april 2001), par. 172.

50. *Ibid.*, *US – Shrimp*, WT/DS58/AB/R (6 november 1998), par. 158-159.

- noodzakelijk zijn ter verzekering van de naleving van wetten of regelingen die niet onverenigbaar zijn met de GATT 1994, bijvoorbeeld wetten of regelingen ter bescherming van intellectuele eigendomsrechten of ter voorkoming van bedrieglijke praktijken (art. XX(d)); en
- tot behoud van uitputbare natuurlijke hulpbronnen (art. XX(g)).

Artikel XIV GATS omvat grotendeels dezelfde rechtvaardigingsgronden voor maatregelen die anderszins in strijd zijn met GATS-verplichtingen.

2.5.2 *Andere uitzonderingen*

Krachtens artikel XXI GATT 1994 en artikel XIVbis GATS, kunnen leden ter bescherming van de veiligheid van de staat of tot handhaving van de internationale vrede en veiligheid handelsbeperkende maatregelen nemen die anderszins in strijd zijn met GATT of GATS verplichtingen. Het recht van leden om zulke maatregelen te nemen is dermate ruim geformuleerd dat de uitoefening van dit recht grotendeels aan 'rechterlijke' controle ontsnapt. Dit is niet het geval voor het recht voorzien in artikel XIX GATT 1994 en de Overeenkomst inzake vrijwaringsmaatregelen.⁵¹ Krachtens deze bepalingen, die al menigmaal het voorwerp van geschil waren, mag een lid in economische urgentie-situaties ter bescherming van een binnenlandse bedrijfstak zogenoemde 'vrijwaringsmaatregelen' nemen. Die maatregelen kunnen de vorm aannemen van een anderszins verboden kwantitatieve invoerbeperking of een invoerrecht dat hoger is dan de tariefconcessie.⁵² Een lid mag deze vrijwaringmaatregelen enkel nemen wanneer een product op zijn grondgebied wordt ingevoerd in dermate toegenomen hoeveelheden, en onder zodanige voorwaarden dat ernstige schade wordt (of dreigt te worden) berokkend aan de binnenlandse bedrijfstak die soortgelijke of rechtstreeks concurrerende producten vervaardigt.⁵³ De vrijwaringsmaatregelen mogen slechts worden toegepast voorzover en voor zolang noodzakelijk om ernstige schade te herstellen (of te voorkomen) *en* om de noodzakelijke aanpassing van de binnenlandse bedrijfstak aan de nieuwe economisch realiteit te vergemakkelijken.⁵⁴ Een vrijwaringsmaatregel mag in beginsel niet langer dan vier jaar worden toegepast.⁵⁵ Nog problematischer dan de uitzondering voor economische urgentie-situaties, zijn de uitzonderingen voor economische integratie. Om leden toe te laten om de handel tussen een beperkt aantal van hen sneller te liberaliseren voorzien artikel XXIV GATT 1994 en artikel V GATS in uitzonderingen voor economische integratie.⁵⁶ Wanneer leden

51. Onder de GATS is het nemen van vrijwaringsmaatregelen in economische urgentie-situaties nog niet mogelijk, zie art. X GATS.

52. Zie 2.3.1 en 2.3.2.

53. Art. 2 lid 1 Overeenkomst inzake vrijwaringsmaatregelen.

54. Ibid., art. 5, 7.

55. Ibid., art. 7 lid 1.

56. Art. XXIV GATT 1994 wordt verder uitgewerkt in het WTO-Memorandum van Overeenstemming betreffende de interpretatie van artikel XXIV van de GATT 1994.

bijvoorbeeld een douane-unie vormen dan geven zij elkaar handelsvoordelen (o.a. de afschaffing van alle douanerechten) die zij niet geven aan leden die geen deel uitmaken van de douane-unie. Zoals eerder besproken is dit in strijd met de MFN-verplichting.⁵⁷ De uitzonderingen voor economische integratie kunnen worden ingeroepen ter rechtvaardiging van de schending van de MFN-verplichtingen en andere verplichtingen onder de GATT 1994 en de GATS. Zowel artikel XXIV GATT 1994 als artikel V GATS leggen voorwaarden op voor het invoeren van deze uitzonderingen. Zo vereist artikel XXIV GATT 1994 bijvoorbeeld dat een maatregel die anders in strijd zou zijn met de GATT 1994, en in het bijzonder met artikel I lid 1:

- een maatregel is die wordt genomen als deel van de vorming van een douane-unie of een vrijhandelsgebied, die aan alle vereisten voldoen die in het WTO-recht worden gesteld (zoals de vereiste dat de liberalisatie van de handel tussen de leden van de douane-unie of vrijhandelsgebied zo goed als alle handel betreft en de vereiste dat de handel met derde landen niet extra wordt bemoeilijkt); en
- de vorming van de douane-unie of de vrijhandelszone zou worden verhinderd, *i.e.* onmogelijk gemaakt, als het nemen van de betrokken maatregel niet wordt toegestaan.

Deze voorwaarden worden echter vaak niet nageleefd. De wildgroei van (regionale) economische integratieakkoorden werd door het Sutherland rapport van 2005 over de toekomst van de WTO gezien als de belangrijkste bedreiging voor het multilateraal handelssysteem van de WTO.⁵⁸

Ten slotte zijn er nog de uitzonderingen ten behoeve van ontwikkelingslanden. Bijna alle WTO-overeenkomsten bevatten bepalingen om de integratie van ontwikkelingslanden in het multilateraal handelssysteem te vergemakkelijken en hun economische ontwikkeling te bevorderen. Krachtens deze bepalingen, gelden voor ontwikkelingslanden onder andere minder strikte verplichtingen en langere termijnen voor de implementatie van verplichtingen. Zo heeft krachtens artikel XVIII GATT 1994 een ontwikkelingsland het recht tijdelijk invoerrechten hoger dan de tariefconcessies te heffen om de oprichting van een nieuwe industrie te bevorderen. Krachtens de zogenoemde 'Enabling Clause', die nu deel uitmaakt van de GATT 1994, kunnen leden aan ontwikkelingslanden een voorkeursbehandeling inzake invoerrechten geven. Zulke preferentiële behandeling zou normaal gesproken in strijd zijn met de MFN-verplichting maar kan nu gerechtvaardigd worden door het invoeren van de 'Enabling Clause'.

57. Zie 2.2.1.

58. Report by the Consultative Board (Sutherland Report), *The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millennium*, 2005, p. 19-27.

2.6 Institutionele aspecten van de WTO

Zoals hierboven reeds besproken werd de WTO opgericht op 1 januari 1995 krachtens de WTO-Overeenkomst, ondertekend in Marrakesh op 15 april 1994.⁵⁹ Deze overeenkomst beschrijft op bondige wijze de taken en organen van de WTO, het lidmaatschap van de WTO en de WTO-besluitvormingsprocedures.

2.6.1 *Taken en organen*

De WTO vormt het gemeenschappelijke institutionele kader voor het onderhouden van handelsbetrekkingen tussen haar leden en vervult de volgende taken:

- het vergemakkelijken van de toepassing, het beheer en de werking van de WTO-overeenkomsten alsook het bevorderen van de doelstellingen van die overeenkomsten;
- het aanbieden van een forum voor onderhandelingen tussen leden over hun multilaterale handelsbetrekkingen;
- het beslechten van handelsgeschillen tussen haar leden;
- het toetsen van het handelsbeleid van haar leden;
- het samenwerken met andere internationale organisaties en NGO's; en
- het verlenen van technische bijstand aan ontwikkelingslanden.⁶⁰

Voor het uitoefenen van deze taken heeft de WTO een groot aantal permanente en tijdelijke organen.⁶¹ Aan de top van de institutionele structuur staat de Ministeriële Conferentie (MC), die tot op heden slechts zes keer gedurende enkele dagen bijeengekomen is.⁶² De MC is bevoegd om over alle WTO-aangelegenheden besluiten te nemen. In de lange perioden tussen de bijeenkomsten van de MC, worden haar taken verricht door de Algemene Raad, die bestaat uit de hoogste diplomatieke vertegenwoordigers van alle leden in Genève. Wanneer de Algemene Raad vergadert over aangelegenheden inzake geschillenbeslechting, dan komt de raad bijeen als het Orgaan voor geschillenbeslechting, dat een eigen voorzitter en eigen procedureregels heeft. Wanneer de Algemene Raad vergadert over aangelegenheden inzake toetsing van het handelsbeleid van leden, dan komt de raad bijeen als het Orgaan voor de toetsing van het handelsbeleid, eveneens met een eigen voorzitter en eigen procedureregels.⁶³ De MC en de Algemene Raad worden ondersteund door een Raad voor de Handel in goederen, een Raad voor de Handel in diensten en een Raad voor TRIPS. Verder telt de institutionele structuur van de WTO nog een dertigtal permanente com-

59. Zie de inleiding van par. 2.

60. Art. II, III en V WTO-Overeenkomst.

61. Ibid., art. IV.

62. Singapore (1996); Genève (1998); Seattle (1999); Doha (2001); Cancun (2003); en Hongkong (2005).

63. Art. IV lid 3-4 WTO-Overeenkomst en de Doha Ministerial Declaration van 14 november 2001, WTO Doc. WT/MIN(01)/DEC/1.

missies en werkgroepen, waaronder de Commissie inzake handel en ontwikkeling en de Commissie inzake handel en milieu. De huidige onderhandelingen in het kader van de Doha Development Round worden gecoördineerd door de tijdelijk ingestelde Commissie inzake handelsonderhandelingen.

De institutionele structuur van het WTO omvat ook nog ad hoc geschillenbeslechtingspanels en de vaste Beroepsinstantie alsook het WTO-Secretariaat, geleid door de directeur-generaal. WTO-leden benadrukken vaak dat de WTO een 'member-driven' organisatie is, waarin het aan de leden – en niet aan de directeur-generaal of het WTO-Secretariaat – toekomt om initiatieven te nemen en voorstellen te doen. Het is de taak van de directeur-generaal en het WTO-Secretariaat om te bemiddelen tussen de leden en aldus de besluitvorming binnen de WTO te vergemakkelijken. In tegenstelling tot andere internationale organisaties met een groot aantal leden, heeft het WTO geen uitvoerend orgaan, bestaande uit een beperkt aantal representatieve leden, om het proces van overleg en besluitvorming te vergemakkelijken. Voorts heeft de WTO geen permanent raadgevend orgaan voor de dialoog tussen het WTO en maatschappelijke organisaties, zoals vakorganisaties, werkgeversorganisaties, milieuverenigingen en mensenrechtenorganisaties.

Op jaarbasis vinden er gemiddeld een duizendtal vergaderingen van WTO-raden, commissies en werkgroepen plaats op de zetel van de Wereldhandelsorganisatie in Genève. Voor ontwikkelingslanden zonder of met een beperkte diplomatieke vertegenwoordiging in Genève is het een haast onmogelijke taak om op alle vergaderingen waarop belangrijke onderwerpen worden besproken, vertegenwoordigd te zijn. Bovendien stelt de vaak erg technisch aard van handelsproblemen hoge eisen aan de nationale diplomaten die actief zijn binnen de WTO.

2.6.2 *Lidmaatschap*

Sinds de toetreding van de Volksrepubliek China in december 2001, is de WTO een quasi-universele organisatie. Haar 149 leden vertegenwoordigen meer dan 95 procent van de internationale handel. Drievierde van de leden zijn ontwikkelingslanden. Niet alleen de staten maar ook de autonome douanegebieden, zoals Hongkong en Chinees Taipei, zijn lid van de WTO. Opmerkelijk is dat zowel de EG als de 25 lidstaten van de Europese Unie (EU) lid van het WTO zijn.⁶⁴ In de praktijk echter spreekt en handelt binnen de WTO de Europese Commissie voor zowel de EG als alle lidstaten van de EU.

De toetreding tot de WTO is een lang en moeilijk proces aangezien de kandidaat-leden niet alleen hun wetgeving en praktijk met het WTO-recht in overeenstemming moeten brengen maar ook met de leden een akkoord moeten bereiken over de mate waarin zij hun markt moeten openstellen voor buitenlandse goederen en diensten. De toetredingsonderhandelingen kunnen jaren voortduren.

64. Krachtens art. IX WTO-Overeenkomst, zijn niet de EU of de Europese Gemeenschap, maar de Europese Gemeenschappen lid van de WTO.

Artikel XVI lid 4 van de WTO-Overeenkomst vereist dat elk lid waarborgt dat zijn wetten, voorschriften en administratieve procedures overeenstemmen met zijn verplichtingen zoals bepaald in de WTO-overeenkomsten. Leden kunnen echter in uitzonderlijke omstandigheden door de MC of de Algemene Raad van een verplichting worden ontheven. Een sprekend voorbeeld is de ontheffing die aan de EG werd verleend om – in strijd met de MFN-verplichting – aan ACS-landen (vooral voormalige kolonies van EU-lidstaten in Afrika, de Caraïben en de Stille Zuidzee) preferentiële behandeling inzake invoerrechten te geven.⁶⁵ Leden kunnen zich uit de WTO terugtrekken maar dat is tot op heden nog niet gebeurd.⁶⁶ In beperkte omstandigheden kan een lid – om politieke of andere redenen – verdragsrelaties met een ander WTO-lid uitsluiten. De WTO-Overeenkomst voorziet in beginsel niet in de mogelijkheid om leden van de WTO uit te sluiten. Er is geen procedure om staten, die systematisch in strijd met hun verplichtingen in het kader van de WTO-overeenkomsten handelen of die zich systematisch schuldig maken aan schendingen van de rechten van de mens of handelingen van agressie, van de WTO uit te sluiten.

2.6.3 *Besluitvormingsprocedures*

Krachtens artikel IX van de WTO-Overeenkomst is besluitvorming, evenals bij het GATT het geval was, gebaseerd op consensus. Een besluit wordt geacht bij consensus te zijn genomen indien geen enkel lid formeel bezwaar maakt tegen het voorgestelde besluit.⁶⁷ In theorie is het zo dat wanneer blijkt dat een besluit niet door middel van consensus kan worden genomen, er beslist wordt door stemming. De vereiste meerderheid verschilt naargelang het voorwerp van het besluit.⁶⁸ In beginsel heeft elk lid één stem maar als de EG hun stemrecht uitoefenen hebben zij evenveel stemmen als de EU-lidstaten heeft. In de praktijk, wordt er in de organen van de WTO echter heel zelden gestemd. WTO-besluiten worden bijna uitsluitend bij consensus genomen. Hoewel het consensusvereiste de besluitvorming in de WTO vaak sterk bemoeilijkt, wordt besluitvorming door middel van consensus door vele leden verdedigd als een fundamentele democratische waarborg en tevens als een waarborg voor het aanwezig zijn van een voldoende economisch-politiek draagvlak voor genomen besluiten.

2.7 **Geschillenbeslechting in het kader van de WTO**

De WTO beschikt over een in vele opzichten uniek en succesvol systeem voor het beslechten van handelsgeschillen tussen haar leden. Dit systeem is neergelegd in het

65. Zie Decision of 14 November 2001 van de MC over een 'waiver' voor de ACP-EC Partnership Agreement, WTO Doc. WT/MIN(01)/15 (2001).

66. Art. XV WTO-Overeenkomst.

67. Ibid., art. XV n. 1.

68. Zie bijv. *ibid.*, art. XII lid 2 (tweederde meerderheid voor een besluit over de toetreding van een nieuw lid); en *ibid.*, art. IX lid 3 (drievierde meerderheid voor een besluit over de ontheffing van verplichtingen).

WTO-Memorandum van Overeenstemming inzake de regels en procedures betreffende de beslechting van geschillen (Dispute Settlement Understanding, DSU). Sinds de oprichting van de WTO in 1995, zijn er reeds meer dan 340 geschillen bij het WTO-geschillenbeslechtingssysteem aanhangig gemaakt.⁶⁹ Een aantal van die geschillen betroffen of betreffen politiek erg gevoelige problemen en hebben dan ook uitgebreid aandacht in de media gekregen.⁷⁰ Het moet worden vermeld dat het geschillenbeslechtingssysteem in de afgelopen jaren veelvuldig door ontwikkelingslanden is gebruikt en dat ontwikkelingslanden een aantal opmerkelijke successen in geschillen met industrielanden hebben geboekt.⁷¹

Het doel van het systeem is een positieve oplossing voor een geschil te bewerkstelligen.⁷² Daarom heeft het systeem een uitgesproken voorkeur voor onderling overeengekomen oplossingen die worden bereikt door onderhandelingen tussen de partij en bij het geschil. Pas als deze onderhandelingen mislukken kan het geschil worden voorgelegd aan een WTO-geschillenbeslechtingspanel. Het geschillenbeslechtings-systeem dient ter bescherming van de rechten en de verplichtingen van leden en ter verheldering van de bestaande bepalingen van de WTO-overeenkomsten.⁷³ Deze verheldering dient te gebeuren in overeenstemming met de gebruikelijke interpretatieregels van het internationaal publiekrecht, hetgeen de Beroepsinstantie heeft geïnterpreteerd als een verwijzing naar de interpretatieregels van de artikelen 31 en 32 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht. De DSU waarschuwt echter tegen 'judicial activism' door tot tweemaal toe te stellen dat de WTO-geschillenbeslechting de rechten en verplichtingen van leden niet mag 'aanvullen of beperken'.⁷⁴

2.7.1 Jurisdictie en toegang

De jurisdictie van het WTO-geschillenbeslechtingssysteem is heel breed en omvat alle geschillen omtrent de rechten en verplichtingen van leden onder alle multilaterale WTO-overeenkomsten (behalve de Regeling inzake toetsing van het handelsbeleid). Geschillen betreffen dus zowel invoerrechten als de bescherming van auteursrechten; zowel handel in diensten als fytosanitaire maatregelen; en zowel anti-dumpingrechten als maatregelen ter bescherming van de volksgezondheid. De jurisdictie van het WTO-geschillenbeslechtingssysteem is echter niet alleen breed, de jurisdictie is ook verplicht en exclusief. Een lid heeft geen andere keuze dan de jurisdictie van het

69. Zie <www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm#yr2006>.

70. Bijv. *Canada – Periodicals* (DS31); *EC – Bananas III* (DS27); *US – Shrimp* (DS58); *EC – Hormones* (DS48); *US – Foreign Sales Corporations* (DS108); *EC – Asbestos* (DS135); *EC – Tariff Preferences* (DS246); *EC – Biotech Products* (DS291-293) en *US/EC – Aircraft Subsidies* (DS317/DS316).

71. Bijv. in *US – Underwear* (DS24) (klacht van Costa Rica), *EC – Bed Linen* (DS141) (klacht van India) en *US – Gambling Services* (DS285) (klacht van Antigua).

72. Art. 3 lid 7 DSU.

73. *Ibid.*, art. 3 lid 2.

74. *Ibid.*, art. 3 lid 2, 19 lid 2.

systeem te aanvaarden wanneer een andere lid een geschil aanhangig maakt.⁷⁵ Een lid dat een geschil aanhangig wil maken, kan dat alleen bij het WTO-geschillenbeslechtingsstelsel doen.⁷⁶

De toegang tot het geschillenregelsysteem is beperkt tot WTO-leden. Niet-leden, internationale organisaties, ondernemingen, maatschappelijke organisaties of particulieren kunnen geen geschil aanhangig maken. In de praktijk worden echter vele geschillen door leden aanhangig gemaakt op aandringen van belanghebbende ondernemingen of bedrijfstakken. Een WTO-lid kan een geschil aanhangig maken wanneer het meent dat een voordeel voortvloeiend uit één van de WTO-overeenkomsten wordt tenietgedaan of uitgehold. Meestal zal dat als gevolg van een schending van het WTO-recht zijn ('violation complaint') maar het tenietdoen of uithollen van een voordeel kan ook het gevolg zijn van een maatregel of situatie die niet strijdig is met het WTO-recht ('non-violation complaint' of 'situation complaint').

2.7.2 *Geschillenbeslechtingsorganen*

Bij WTO-geschillenbeslechting kent men een politiek orgaan, het Orgaan voor geschillenbeslechting (Dispute Settlement Body, DSB) en twee gerechtelijke organen, de ad hoc geschillenbeslechtingspanels en de vaste Beroepsinstantie. De DSB, waarnaar hierboven reeds werd verwezen, bestaat uit vertegenwoordigers van alle leden en beheert het WTO-geschillenbeslechtingsstelsel.⁷⁷ Als zodanig heeft de DSB onder meer de bevoegdheid:

- geschillenbeslechtingspanels te vormen;
- rapporten van panels en de Beroepsinstantie aan te nemen;
- toezicht te houden op de tenuitvoerlegging van uitspraken en aanbevelingen; en
- machtiging te verlenen voor het schorsen van concessies en andere verplichtingen.⁷⁸

Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat, hoewel de beslechting van de geschillen geschiedt door panels en de Beroepsinstantie, de DSB (*i.e.* het politieke orgaan) het gehele proces controleert. Het moet echter worden opgemerkt dat de beslissingen inzake de vorming van panels, inzake het aannemen van de rapporten van panels en de Beroepsinstantie en inzake het verlenen van machtiging voor het schorsen van concessies en andere verplichtingen door de DSB worden genomen bij omgekeerde consensus. Dit betekent dat de DSB geacht wordt deze beslissingen, zoals bijvoorbeeld de beslissing inzake de vorming van een panel, te hebben genomen tenzij er een consensus onder de leden bestaat omtrent een beslissing om het panel niet te vormen. Het is duidelijk dat zulke consensus nooit zal bestaan want het lid dat de

75. Dit volgt o.a. uit *ibid.*, art. 6 lid 2.

76. *Ibid.*, art. 23.

77. Zie 2.6.1.

78. Art. 2 lid 1 DSU.

vorming van een panel op de agenda van de DSB heeft gezet, zal uiteraard formeel bezwaar maken tegen een beslissing om het panel niet te vormen. Met andere woorden de voormelde beslissingen die de DSB neemt, worden eigenlijk automatisch genomen.

De panels zijn ad hoc organen die worden gevormd voor het beslechten van een bepaald geschil en worden ontbonden zodra zij hun taak hebben vervuld. Zoals hierboven vermeld worden panels gevormd door de DSB op verzoek van de klager.⁷⁹ Na de vorming van een panel, beslissen de partijen bij het geschil over de samenstelling. Als de partijen er niet in slagen om binnen twintig dagen na de vorming van een panel tot een akkoord over de samenstelling te komen, kan de klager de directeur-generaal van de WTO vragen om de leden van het panel te benoemen. In het algemeen zijn panels samengesteld uit drie 'zeer bekwame regeringsfunctionarissen en/of anderen,' die geen staatsburgers zijn van de partijen (of derden) bij het geschil.⁸⁰ De bevoegdheid van een panel wordt meestal bepaald door de maatregel en de klachten beschreven in het verzoek om de vorming van een panel.⁸¹ Maatregelen en/of klachten die niet in dit verzoek worden vermeld, vallen buiten de bevoegdheid van het panel. Artikel 11 DSU bepaalt dat het de taak is van panels om 'de voorgelegde kwestie aan een objectieve beoordeling te onderwerpen, met inbegrip van een objectieve beoordeling van de feiten van de zaak en de toepasbaarheid van en de verenigbaarheid met de desbetreffende vermelde overeenkomsten.'

Een partij bij een geschil kan in beroep gaan tegen het rapport van een panel bij de Beroepsinstantie. De Beroepsinstantie is een permanente, internationale rechtbank bestaande uit zeven 'gezaghebbende personen, met aantoonbare ervaring op het gebied van het recht, de internationale handel en het onderwerp van de vermelde overeenkomsten.'⁸² De rechters, 'leden' genoemd, van de Beroepsinstantie worden benoemd door de DSB voor een termijn van vier jaar en kunnen eenmaal herbenoemd worden. De samenstelling van de Beroepsinstantie moet in grote lijnen representatief zijn voor het lidmaatschap van de WTO. De Beroepsinstantie hoort en beslist beroepen in ad hoc kamers van drie leden. Een beroep dient zich te beperken tot rechtskwesties. Beslissingen van panels inzake feitelijke kwesties kunnen in beginsel niet het voorwerp van een beroep zijn.

Wanneer een panel of de Beroepsinstantie van oordeel is dat een maatregel onverenigbaar is met een WTO-Overeenkomst, beveelt het panel of de Beroepsinstantie het betrokken lid aan deze maatregel met de overeenkomst in overeenstemming te brengen. Wanneer het rapport van het panel en/of de Beroepsinstantie waarin deze aanbeveling wordt gedaan, door de DSB (bij omgekeerde consensus) is aangenomen, is deze aanbeveling juridisch bindend.

79. Ibid., art. 6.

80. Ibid., art. 8.

81. Ibid., art. 7.

82. Ibid., art. 17.

2.7.3 *Procedureverloop*

De WTO-geschillenbeslechtsingsprocedure bestaat uit vier belangrijke stappen:

- de verplichte consultaties tussen de partijen bij een geschil om te trachten tot een wederzijds aanvaardbare oplossing te komen;
- de panelprocedure;
- de beroepsprocedure; en
- de tenuitvoerlegging van de aanbevelingen en uitspraken.

De geschillenbeslechtsingsprocedure wordt gekenmerkt door:

- het besloten, vertrouwelijke karakter van de procedure (zo vinden alle zittingen van panels en de Beroepsinstantie achter gesloten deuren plaats); en
- de strikte tijdslimieten waaraan vele elementen van de procedure zijn onderworpen (zo mag de beroepsprocedure in geen geval langer dan negentig dagen duren).

Wanneer een panel en/of de Beroepsinstantie een lid heeft aanbevolen een maatregel met het WTO-recht in overeenstemming te brengen, dan is dit lid verplicht dit onmiddellijk of, in ieder geval, binnen een redelijke termijn (in de praktijk tussen de zes en vijftien maanden) te doen.⁸³ Gebeurt dit niet en bereiken de partijen ook geen akkoord over compensatie voor de schade die door de maatregel wordt veroorzaakt, dan mag de oorspronkelijke klager de DSB verzoeken machtiging te verlenen voor het schorsen van concessies en andere verplichtingen.⁸⁴ Zoals eerder vermeld, verleent de DSB deze machtiging bij omgekeerde consensus, *i.e.* automatisch.⁸⁵

Hoewel ontwikkelingslanden actief gebruikmaken van het WTO-geschillenbeslechtingssysteem, belemmert het gebrek aan kennis en ervaring op het gebied van WTO-recht het gebruik van dit systeem voor vele ontwikkelingslanden. De DSU erkent de moeilijkheden waarmee ontwikkelingslanden kunnen worden geconfronteerd en bevat daarom een aantal speciale regels voor ontwikkelingslanden. Zo kunnen ontwikkelingslanden bijvoorbeeld onder omstandigheden meer tijd krijgen hun schriftelijke stukken bij een panel in te dienen en heeft het WTO-Secretariaat twee adviseurs aangesteld die ontwikkelingslanden in beperkte mate in geschillen kunnen bijstaan.⁸⁶ De meeste van deze speciale regels zijn echter van geringe betekenis. Ontwikkelingslanden krijgen wel effectief steun in het kader van WTO-geschillenbeslechting van het Advisory Centre on WTO Law (ACWL).⁸⁷ Het ACWL is een in Genève gevestigde, onafhankelijke internationale organisatie, opgericht en gefinancierd door een aantal industrielanden en ontwikkelingslanden. Nederland heeft bij de oprichting van het ACWL een voortrekkersrol gespeeld. Het ACWL geeft aan ontwikkelingslanden die lid zijn van het Centre alsook aan alle minst-ontwikkelde

83. *Ibid.*, art. 21 lid 1.

84. *Ibid.*, art. 22.

85. Zie 2.7.2.

86. Zie art. 12 lid 10, 27 lid 2 DSU.

87. Zie <www.acwl.ch/e/index_e.aspx>.

landen juridisch advies over WTO-recht en treedt regelmatig op als advocaat van een ontwikkelingsland in een procedure voor een panel of de Beroepsinstantie.

3. HET INTERNATIONAAL MONETAIR EN FINANCIËEL RECHT

3.1 Verhouding met het wereldhandelssysteem

Het internationale monetaire recht kan niet los gezien worden van het wereldhandels-systeem. Handel betreft immers altijd twee transacties: enerzijds de levering van goederen of diensten en anderzijds de betaling van goederen of diensten. Zoals hierboven is uiteengezet streeft de WTO naar de vrijmaking van de handel van goederen en diensten. Het Internationaal Monetair Fonds (International Monetary Fund, IMF) draagt zorg voor de vrijmaking van het internationale betalingsverkeer.⁸⁸ Dienovereenkomstig vergemakkelijkt het IMF de ontwikkeling en evenwichtige groei van de internationale handel.⁸⁹ Een middel daartoe is de leden te verplichten om de inwisselbaarheid van munten te garanderen.⁹⁰ Daarnaast draagt het IMF samen met de leden verantwoordelijkheid voor en het scheppen van een stabiel stelsel van wisselkoersen.⁹¹ Indien wisselkoersen tussen de belangrijkste valuta niet al te zeer fluctueren, zal de internationale handel niet worden belemmerd door monetaire onzekerheden.

Om deel te kunnen nemen aan het internationale handelsverkeer dienen staten te beschikken over een inwisselbare valuta waarmee transacties worden afgerekend. Deze valuta wordt gewoonlijk aangehouden als monetaire reserves. Ook spreekt men wel over een deviezenvoorraad. De meest gebruikte inwisselbare valuta voor handels-transacties is de US dollar, euro, Britse pond of Japanse yen. Staten dienen derhalve altijd over inwisselbare valuta te beschikken om handel te kunnen drijven. Indien een land niet beschikt over voldoende inwisselbare valuta, kan het IMF besluiten deze tijdelijk aan het land beschikbaar te stellen in de vorm van betalingsbalanssteun.

3.2 Monetair recht

3.2.1 *Ius cudendae monetae*

Onder monetaire soevereiniteit wordt begrepen het exclusieve recht om een betaalmiddel uit te geven (*ius cudendae monetae*, letterlijk: het recht om munt te slaan) en te beheren. Het beheer betreft de maatregelen noodzakelijk voor de waardevastheid van de munt, zowel intern (inflatiebestrijding) als extern (wisselkoersstabiliteit). Derde staten dienen dit soevereine recht te respecteren. Het Permanente Hof van In-

88. Overeenkomst betreffende het Internationale Monetair Fonds 1945, *Stb.* G 278; *Trb.* 1977, 40 (i. w.tr. 27 december 1945; Nederland 27 december 1945) (hierna: IMF-Verdrag).

89. Art. I (ii) IMF-Verdrag.

90. *Ibid.*, art. I(iv).

91. *Ibid.*, art. IV sectie 1.

ternationale Justitie heeft in de *Serbian Loans* en *Brazilian Loans* zaken vastgesteld dat 'it is indeed a generally accepted principle that a state is entitled to regulate its own currency'.⁹² Hoewel de relatie tussen soevereiniteit en een eigen munt als onbetwistbaar geldt, kan internationaal recht monetaire soevereiniteit beperken.⁹³ In de eerste plaats bepaalt gewoonterecht dat monetaire soevereiniteit niet zodanig wordt uitgeoefend dat deze discriminerend of arbitrair werkt tegen vreemde staten en niet-onderdanen. In de tweede plaats wordt soevereiniteit beperkt door een bij verdrag tot stand gekomen monetaire unie. In de derde plaats gelden de Articles of Agreement of the International Monetary Fund 1945 (hierna: IMF-Verdrag),⁹⁴ waarbij de landen zich onderwerpen aan een internationale monetaire autoriteit.

Monetaire unies en het IMF-Verdrag beperken derhalve de uitoefening van monetaire soevereiniteit. Niettemin blijft de kern van de monetaire soevereiniteit behouden. Bezien vanuit het volkenrecht kan een staat op ieder gewenst moment zijn volledige monetaire soevereiniteit hernemen, door uit de monetaire unie te treden of door het lidmaatschap van het IMF te beëindigen. De geschiedenis laat de opkomst en neergang van monetaire unies zien. Uit statenpraktijk noch uit internationale geschillen blijkt dat onomkeerbare processen hebben plaatsgevonden, in die zin dat staten, eenmaal deelnemend aan een monetaire unie, het *ius cudendae monetae* onherroepelijk zouden hebben vervreemd.

3.2.2 *Monetaire convergentie*

Onder monetaire convergentie wordt verstaan het scheppen van of deelnemen aan monetaire systemen met als belangrijkste kenmerk de beperking van nationale monetaire soevereiniteit. Convergentie kan worden gerealiseerd langs twee verschillende wegen: meerzijdig, door regelgeving binnen een internationale organisatie, zoals bijvoorbeeld de Economische en Monetaire Unie (EMU) in de EU dan wel door intergouvernementele samenwerking. Convergentie kan ook eenzijdig worden gerealiseerd, bijvoorbeeld door het aanvaarden van een vreemde munt als wettig betaalmiddel. Het gaat daarbij gewoonlijk om de dollar of de euro. In dit verband wordt gesproken over dollarisering of euroisering.

Een monetaire unie komt tot stand door een internationale overeenkomst waarbij staten afspreken een gemeenschappelijke munt uit te geven die wordt beheerd door samenwerkende nationale monetaire autoriteiten of door een internationale monetaire autoriteit. Het doel van een monetaire unie is de realisering van één economische markt die niet wordt gefrustreerd door wisselkoersfluctuaties. Het handhaven van de waarde van de eenheidsmunt noodzaakt tot samenwerking op macro-economisch ter-

92. *Payment of Various Serbian Loans Issued in France* (France v. Serbia), 1929, *PCIJ, Series A*, No. 20; *Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France* (France v. Brazil), 1929, *PCIJ, Series A*, No. 21.

93. F.A. Mann, *The Legal Aspects of Money*, 1992, p. 461, 472.

94. Zie *supra* n. 88.

rein. Monetaire unies zijn niet eenvormig en patronen van samenwerking kunnen aanzienlijk variëren.

De EMU is een monetaire unie binnen het raamwerk van de Europese Unie en schept een communautaire munt, de euro, die als enig wettig betaalmiddel geldt voor deelnemende landen.⁹⁵ De EMU-deelnemers hebben hun monetaire bevoegdheden uit handen gegeven; een Nederlands monetair beleid is dienstengevolge non-existent. Daarnaast voorziet de EMU ook in een extra-communautair monetair beleid. Hiermee wordt bedoeld het monetaire beleid jegens derde staten en monetaire organisaties. Dit beleid heeft betrekking op het wisselkoersbeleid en het daarbij behorend macro-economische beleid. De EMU is volledig geïncorporeerd in het Europese gemeenschapsrecht. Krachtens het gemeenschapsrecht is het hernemen van monetaire soevereiniteit niet mogelijk tenzij de EMU uit het EG-Verdrag wordt geschrapt of nadat een partij het EU-lidmaatschap beëindigt.⁹⁶

Monetaire unies buiten de EU hebben een minder verstrekkend karakter. Voorbeelden hiervan zijn de West-Afrikaanse Economische en Monetaire Unie en de Centraal-Afrikaanse Economische en Monetaire Gemeenschap. Zij beschikken over intergouvernementele centrale banken en geven de CFA-franc uit die een vaste wisselkoers met de euro heeft. Deze wisselkoers wordt door de Franse overheid gewaarborgd. Ieder van hen geeft een eigen CFA-franc uit en deze zijn alleen wettig betaalmiddel in de eigen regio. De Oost-Caribische Muntunie geeft de EC-dollar uit.⁹⁷ Partijen kunnen tot deze monetaire unies toetreden maar deze ook vrijelijk verlaten. Deze monetaire unies laten zich moeilijk vergelijken met de EMU. De EMU heeft een bijzonder rechtskarakter, met name door de communautaire eigenschappen (eigen rechtsorde) en het ontbreken van opzeggingsclausules.

Een tweede vorm van monetaire convergentie is het vervangen van de nationale munt door een munt van een vreemde staat. Dollarisering of euroisering vindt plaats wanneer de nationale munt geheel of gedeeltelijk is verdrongen door de dollar of de euro. *De facto* dollarisatie of euroisering vindt plaats omdat het vertrouwen in de nationale munt is verdwenen (door hoge inflatie) en de economische actoren (bedrijven, consumenten) massaal overstappen op de vreemde munt als betaalmiddel. *De iure* dollarisering of euroisering houdt in dat de dollar of euro als *wettig* betaalmiddel is toegestaan binnen de jurisdictie, exclusief of naast de nationale valuta. Een belangrijk verschil met een monetaire unie is dat een internationale overeenkomst tussen de dollariserende/euroiserende staat en de VS/EU ontbreekt en, dienstengevolge, de staat geen enkele invloed op het monetaire beleid kan uitoefenen. *De iure* gedollariseerd zijn Equador, El Salvador, Kiribati, Marshall Eilanden, Micronesië, Palau en Panama. De Europese Centrale Bank maakt een onderscheid tussen Europese landen die de

95. R. Smits, *The European Central Bank: Institutional Aspects*, 1997, p. 37-57.

96. Preadvies van E. Denters, 'Volkenrechtelijke gevolgen van de introductie van de euro', in *Juridische aspecten rond de euro* (Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, nr. 121), 2000.

97. Teksten inzake de monetaire unies verschijnen op <www.uemoa.int>; <www.cemac.cf/>; en <www.eccb-centralbank.org>.

euro gebruiken op basis van een formele regeling met de Europese Gemeenschap: Monaco, San Marino en Vaticaanstad; en landen of gebieden die de euro gebruiken zonder een formele regeling: Andorra, Montenegro en Kosovo.⁹⁸

3.3 Bretton Woodsorganisaties

3.3.1 *Korte historie*⁹⁹

Het Internationale Monetaire Fonds en de Internationale Bank voor Herstel en Ontwikkeling (Wereldbank)¹⁰⁰ hebben tot taak regels uit te voeren ten behoeve van de internationale monetaire en financiële betrekkingen tussen staten. Het IMF en de Wereldbank worden ook wel de Bretton Woodsorganisaties genoemd. Bretton Woods was de plaats waar 44 gedelegeerden in juli 1944 bijeenkwamen om over de teksten van de oprichtingsverdragen te onderhandelen. De oprichters zagen als hun belangrijkste taak het vermijden van een herhaling van de economische en sociale problemen van het interbellum. Deze problemen manifesteerden zich tijdens de grote depressie en betroffen handelsprotectionisme, competitieve wisselkoersdevaluaties en, diensgevolge, een afnemend vertrouwen in de waardevastheid van munten.

3.3.2 *Lidmaatschap*

De band tussen de beide Bretton Woodsorganisaties volgt onder meer uit de regel dat lidmaatschap van de Wereldbank alleen mogelijk is wanneer het IMF-lidmaatschap is aanvaard.¹⁰¹ Het is dus van belang dat landen eerst de verplichtingen van het IMF aanvaarden alvorens financiële voordelen te kunnen genieten als lid van de Wereldbank. Thans zijn praktisch alle staten lid van beide organisaties. Universeel lidmaatschap van het IMF is verklaarbaar op grond van financiële overwegingen. Lidmaatschap van het IMF betekent recht op tijdelijke betalingsbalanssteun onder voorwaarden en een blijvend financieel voordeel wanneer het Fonds besluit om over te gaan tot geldschepping door de uitgifte van Special Drawing Rights (SDRs). Lidmaatschap van de Wereldbank geeft de mogelijkheid om geld te lenen ten behoeve van economische ontwikkeling. Hoewel lidmaatschap van de organisaties universeel is, zijn in de praktijk uitsluitend ontwikkelingslanden ontvanger van financiële steun. Rijke landen die in betalingsbalansproblemen verkeren mijden bij voorkeur het IMF

98. *IMF Annual Report*, 2005, p. 125; en <www.ecb.int/bc/faqbc/circulation>.

99. Voor een historisch overzicht, zie H. James, *International Monetary Cooperation Since Bretton Woods*, 1996; J.M. Boughton, *Silent Revolution: The International Monetary Fund 1979-1989*, 2001; I.F. I. Shihata, *The World Bank in a Changing World: Selected Essays*, 1991.

100. Overeenkomst betreffende de Internationale Bank voor Herstel en Ontwikkeling 1945, *Stb.* G 278; *Trb.* 1987, 171 (i.w.tr. 27 december 1945; Nederland 27 december 1945). Zowel het IMF als de Wereldbank beschikken over websites waarop teksten van oprichtingsverdragen en beleidsdocumenten zijn opgenomen. Voor actuele informatie, zie <www.imf.org>, resp. <www.worldbank.org>.

101. Art. II sectie 1 IMF-Verdrag.

en kunnen andere financiële bronnen aanboren. De Wereldbank beperkt financiële steun aan leden tot een maximum inkomen per hoofd van de bevolking;¹⁰² *in casu* betreft dit uitsluitend ontwikkelingslanden.

Niettemin is het lidmaatschap van de rijke landen van essentieel belang omdat zij kredieten verstrekken aan de organisaties: bij het IMF betalen de leden contributie naar draagkracht. Bij de Wereldbank moeten de leden inschrijven op aandelen; ook hier geldt het draagkrachtbeginsel. Het IMF is uitsluitend afhankelijk van contributies en andere bijdragen van de leden; de Wereldbank beschikt over eigen financiële middelen door leningen op de kapitaalmarkten. De Wereldbank beschikt over een hoge kredietwaardigheid doordat bij liquiditeitsproblemen de bank aan de leden kan vragen om de opvraagbare aandelen vol te storten.

3.3.3 *Doelstellingen en middelen*

De 'raison d'être' van twee gescheiden doch nauw verbonden organisaties ligt in de verschillende doelstellingen. Het IMF heeft tot taak stabiliteit te scheppen in de monetaire verhoudingen tussen staten. Het voorwerp van het IMF betreft de wisselkoersen en betalingsbalansen. De Wereldbank is opgericht om in de door de oorlog verscheurde economieën herstel te brengen en economische groei te bevorderen in de minder ontwikkelde landen. In de loop der tijden heeft de laatste doelstelling de overhand gekregen. Thans functioneert de Wereldbank als een intermediaire investeringsbank: het leent op de kapitaalmarkt en verstrekt vervolgens leningen aan ontwikkelingslanden. Door de hoge kredietwaardigheid kan de bank een lagere rente bedingen dan een ontwikkelingsland.

Hoewel de organisaties een verschillende oriëntatie hebben, liggen de doelstellingen in elkaars verlengde. Waar de Wereldbank tot taak heeft om economische groei rechtstreeks te bevorderen, dient het IMF de weg naar groei te plaveien door het bevorderen van monetaire stabiliteit. Immers, wanneer stabiliteit in de wisselkoersverhoudingen en evenwicht in de betalingsbalansen is gewaarborgd, kunnen landen actief blijven deelnemen aan het internationale economisch verkeer.

De doelstellingen van de beide organisaties worden gerealiseerd met taken en bevoegdheden. De Wereldbank verstrekt langetermijnkredieten en garanties ten bate van projecten; een lening kan zich over een periode van twintig jaar uitstrekken. Het IMF houdt toezicht op het monetaire en onderliggende macro-economisch beleid van de leden en de uitvoering van hun verplichtingen voortvloeiend uit het IMF-Verdrag. Daarnaast verstrekt het IMF financiële middelen om tijdelijk tekorten op de betalingsbalans af te dekken; leningen betreffen een periode van twee à drie jaar.

Een bijzondere bevoegdheid van het IMF betreft het scheppen van additionele liquiditeiten in de vorm van SDRs. De reden van de SDR-schepping – het IMF-Verdrag spreekt over allocatie – is de noodzaak om een groeiend aantal internationale

102. Voor criteria, zie 'Country eligibility for borrowing from the World Bank', in *World Bank Annual Report*, 2005.

handelstransacties af te wikkelen. Dit is de enige reden op grond waarvan het IMF SDRs kan uitgeven. SDRs kunnen dus niet verstrekt worden als een vorm van ontwikkelingshulp aan arme landen. Door staten meer middelen voor internationale betalingen te verschaffen in de vorm van SDRs, kan de internationale handel soepeler verlopen. Als geld smeermiddel is voor de economie, dan zijn SDRs de olie voor het internationale handelssysteem. SDRs worden uitgegeven uitsluitend wanneer er een langetermijnbehoefte ontstaat en de doelstellingen van het IMF worden bevorderd. De omvang van de SDR-allocaties is zeer bescheiden geweest, in verhouding tot de omvang van het internationale betalings- en kapitaalverkeer. De waarde van de SDR wordt bepaald door een gewogen gemiddelde van de yen, euro, Amerikaanse dollar en Britse pond.

Hoewel de Wereldbank en het IMF verschillende doelstellingen hebben, bestaat een aanzienlijke kans op overlapping van activiteiten. Nadat in het verleden enige conflicten zijn ontstaan, hebben de organisaties in 1989 een overeenkomst gesloten waarmee lijnen worden getrokken tussen bevoegdheden en taken.¹⁰³ De overeenkomst poogt samenwerking in geordende banen te leiden om te voorkomen dat onverenigbare adviezen worden gegeven of strijdige voorwaarden worden gesteld bij de verstrekking van kredieten. Hoofdelement daarin is de vaststelling van primaire en secundaire verantwoordelijkheden. De Wereldbank draagt primaire verantwoordelijkheid voor de wenselijkheid en opstellingen van ontwikkelingsprogramma's. De bank bekommert zich om prioriteiten in overheidsbestedingen en andere zaken op het micro-economische vlak. Het IMF draagt primaire verantwoordelijkheid voor het monetaire beleid en het onderliggende macro-economische beleid. Daartoe beoordeelt het IMF 'geaggregeerde' onderdelen van dat beleid zoals algemeen loon en prijsbeleid, geld en kredietbeleid, en rente en wisselkoersen. Hoewel de organisaties bij herhaling hun gescheiden verantwoordelijkheden benadrukken, zijn er in de literatuur voorstellen gedaan om beide organisaties samen te voegen.¹⁰⁴ Deze voorstellen zijn door Nederland afgewezen omdat hiermee voorbij wordt gegaan aan de wezenlijk verschillende taken van de organisaties.¹⁰⁵

3.3.4 *Institutionele structuur*

De Bretton Woodsorganisaties beschikken over gemeenschappelijke kenmerken en wijken af van de meeste organisaties door een systeem van gewogen stemrechten dat is gebaseerd op de relatieve economische kracht. De Wereldbank geeft aandelen uit waarbij de verdeling afhangt van de relatieve kracht. Ieder aandeel geeft één stem. Het IMF werkt met een systeem van quota. Voor ieder lid is een quota uitgedrukt in SDRs vastgesteld. Deze bepaalt, naast de hoeveelheid stemrechten, de hoogte van de

103. *The IMF-World Bank Concordat*, IMF Doc. SM/89/54, Rev. 1 1989.

104. D. Carreau, 'Why not merge the International Monetary Fund with the International Bank for Reconstruction and Development?', *Fordham LR* (62) 1994, p. 1989-2000.

105. 'De toekomst van de Bretton-Woodsinstellingen', *Kamerstukken II* 1995/96, 24 444, nr. 1, p. 26.

contributie, het aandeel in SDR-allocaties en de maximale omvang van de betalingsbalanssteun. Door een relatie te leggen tussen economische kracht en stemmenaantal beschikken de geïndustrialiseerde landen over een meerderheid van stemmen in beide organisaties. Door deze meerderheid voert het IMF een beleid dat overeenstemt met de voorkeuren van de rijke landen. In confrontaties met de industrielanden delven ontwikkelingslanden, die voorwerp zijn van dat beleid, gewoonlijk het onderspit.

De Wereldbank en het IMF kennen ieder drie hoofdorganen: de plenaire Board of Governors, de uitvoerende Executive Board en de President, respectievelijk Managing Director. De plenaire organen komen in een gezamenlijke vergadering bijeen en nemen algemene besluiten, bijvoorbeeld over aandelenemissies en quotaherzieningen. De organen laten zich adviseren door het Development Committee dat aanbevelingen doet over ontwikkelingskwesties. De Board of Governors van het IMF wordt geassisteerd door het International Monetary and Financial Committee dat bestaat uit centrale bank-presidenten en ministers van financiën. Het Committee adviseert over het beheer en de aanpassing van het internationale monetaire systeem.

Zowel bij de Wereldbank als het IMF worden dagelijkse besluiten over kredietverstrekking en beleidszaken genomen door het uitvoerende orgaan, de Executive Board (Raad van bewindvoerders). Dit orgaan bestaat uit Executive Directors die ieder één lid of een reeks van leden vertegenwoordigen. Economisch sterke leden zijn zelfstandig lid en hebben een eigen Director.¹⁰⁶ De overige leden sluiten zich bij een kiesgroep aan. De leden van de kiesgroep kiezen uit hun midden een Director die namens hen optreedt. De gekozen Director oefent in de Executive Board de optelsom van de stemmen uit; hij kan deze niet splitsen. Eén kiesgroep wordt gewoonlijk vertegenwoordigd door een Nederlandse Director. Behalve Nederland maken andere lidstaten deel uit van deze groep.¹⁰⁷ Samen beschikken zij over respectievelijk 4.46 procent (Wereldbank) en 4,90 procent (IMF) van de stemmen.

3.4 Wereldbankgroep

De Wereldbank verstrekt of garandeert leningen voor specifieke projecten en financiert deze hoofdzakelijk met kapitaal dat op de internationale kapitaalmarkten is aangetrokken. De bank kan leningen of garanties verstrekken zowel aan overheden als aan de private sector. In het laatste geval is echter een garantie van de overheid als zekerheidstelling vereist. De leningen worden verstrekt met een commerciële rente. Hoewel het verstrekken van projectleningen aan ontwikkelingslanden als primaire taak geldt, kan de bank in uitzonderlijke gevallen betalingsbalanssteun verstrekken ter bevordering van economische groei.¹⁰⁸ Wanneer de bank daartoe overgaat, ontstaat gemakkelijk overlapping met activiteiten van het IMF.

106. De VS, Japan, Duitsland, Frankrijk, het VK, Saoedië-Arabië, de Russische Federatie en China.

107. Behalve Nederland, Armenië, Bosnië-Herzegovina, Bulgarije, Kroatië, Cyprus, Georgië, Israël, Macedonië, Moldavië, Roemenië en de Oekraïne.

108. Art. III sectie 4(vii) IBRD Articles of Agreement.

Het beleid van de bank wordt behalve door het oprichtingsverdrag bepaald door Operational Policies (OPs), Bank Procedures (BPs), Good Practices (GPs) en Operational Directives (ODs).¹⁰⁹ De Wereldbank trekt vooral aandacht door een beleid waarbij projectfinanciering afhankelijk wordt gemaakt van milieubeleid en mensenrechten. De ODs bevatten terzake richtsnoeren. De World Bank Inspection Panel kan klachten van private partijen in behandeling nemen die menen benadeeld te zijn door de onjuiste toepassing van de ODs en procedures. ODs betreffen met name beleid inzake onvrijwillige verplaatsing van bevolkingsgroepen, inheemse volken en milieueffectrapportages. Het panel kan ook aanbevelingen doen over de juiste toepassing van regels.¹¹⁰

Naast deze activiteiten heeft de Wereldbank instellingen in het leven geroepen die een bijzondere bijdrage leveren aan de doelstellingen. De Executive Board oefent uitvoerende taken uit ten behoeve van deze instellingen. De International Finance Corporation (IFC), opgericht in 1956, bevordert en verstrekt leningen aan private ondernemingen en kan aandelen van bedrijven verwerven. Onder de IFC zijn deze activiteiten toegestaan zonder garanties van de overheid. De International Development Association (IDA), opgericht in 1960, verstrekt leningen aan de armste landen onder concessionele voorwaarden, dat wil zeggen tegen lage rentepercentages en tegen een langere looptijd. De IDA wordt gefinancierd door vrijwillige bijdragen van de industrielanden. Het International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), opgericht in 1965, biedt faciliteiten voor arbitrage bij geschillen tussen een buitenlandse investeerder en een gastland. Vele bilaterale investeringsverdragen, regionale organisaties en nationale investeringswetgeving verwijzen naar de ICSID. De Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), in het leven geroepen in 1988, bevordert investeringen door garanties te geven aan buitenlandse investeerders ingeval van niet-commerciële risico's.¹¹¹

3.5 Internationaal Monetair Fonds

3.5.1 *Verplichting tot bevordering marktconvertibiliteit*

Een belangrijke verplichting is beschreven in artikel VIII sectie 2(a) IMF-Verdrag waarin de marktconvertibiliteit van de munten van IMF-leden wordt bevorderd. De verplichting tot convertibiliteit betekent dat de nationale valuta vrijelijk gebruikt en ingewisseld kan worden ten behoeve van lopende transacties. Betalingen voor lopende transacties betreffen betalingen voor buitenlandse handel (diensten en goederen), korte termijn bank- en kredietfaciliteiten, rentebetalingen, betalingen met betrekking tot investeringen etc. Betalingen inzake het internationale kapitaalverkeer vallen

109. Voor dit instrument, zie *World Bank Operational Manual* <wbIn0018.worldbank.org/institutional/manuals/opmanual.nsf>.

110. Een overzicht is beschikbaar op <www.worldbank.org/whatwedo/policies.htm>. Voor aanbevelingen, zie <www.worldbank.org/inspectionpanel>.

111. ICSID en MIGA worden hieronder besproken.

buiten dit begrip. Het IMF-Verdrag bevat geen regels inzake liberalisering van het internationaal kapitaalverkeer.¹¹² Concreet betekent marktconvertibiliteit dat goederen en diensten die door ingezetenen zijn gekocht van niet-ingezetenen zonder beperkingen betaald moeten kunnen worden. Omdat in de internationale handelspraktijk de euro of Amerikaanse dollar (of een andere sterke inwisselbare munt) wordt gebruikt, impliceert marktconvertibiliteit dat de lokale munt inwisselbaar moet zijn tegen de euro of dollar, althans voorzover het lopende transacties betreft. Het is duidelijk dat marktconvertibiliteit van fundamenteel belang is voor de vrijmaking van het internationale handelsverkeer.

Marktconvertibiliteit kan onder omstandigheden worden beperkt. In de eerste plaats is de verplichting inzake marktconvertibiliteit onderworpen aan een overgangsregeling. Ieder lid mag convertibiliteit beperken nadat de overgangsregeling is ingeroepen bij aanvaarding van het IMF-lidmaatschap. Deze overgangsregeling geldt extraterritoriaal. Dus regelgeving in lid X, die de inwisselbaarheid van de eigen munt beperkt, moet door de Nederlandse rechter worden geëffectueerd. Dit betekent dat contracten waarvan de effectuering schending van de regelgeving in lid X zou betekenen, niet voor de Nederlandse rechter kunnen worden afgedwongen. De reikwijdte van de hier bedoelde extraterritoriale werking is omgeven met vele onzekerheden en rechters schromen om contractsverplichtingen niet te honoreren. Zulks bleek onder meer uit een arbitraal vonnis van 11 januari 1982, waarin een beroep op het Oostenrijks deviezenrecht niet werd gehonoreerd omdat het Nederlandse belang verbonden aan het ongestoorde rechtsverkeer (inzake handelstransacties) zich daartegen verzet. Bovendien, zo werd betoogd, ontbeert artikel VIII IMF-Verdrag directe werking.¹¹³ Medio 2005 gold de overgangsregeling nog voor circa 25 leden. De geïndustrialiseerde landen maken geen gebruik meer van deze overgangsregeling. De EU heeft volledige convertibiliteit aanvaard.¹¹⁴

Voorts kan het IMF tijdelijke restricties op betaling voor lopende transacties autoriseren op grond van artikel VIII sectie 2(a). In de praktijk worden dergelijke restricties toegepast op grond van overwegingen van internationale vrede en veiligheid. Niet altijd is het IMF bereid een autorisatie af te geven. De verhouding tussen de VN en het IMF inzake vrede en veiligheid is overigens niet geheel duidelijk. De overeenkomst tussen beide organisaties stipuleert:

'The Fund takes note of the obligation assumed, under paragraph 2 of Article 48 of the United Nations Charter, by such of its members as are also Members of the United Nations, to carry out the decisions of the Security Council through their action in the appropriate specialized agencies of which they are members, and will, in the conduct of its activities, have due regard for decisions of the Security Council under Articles 41 and 42 of the United Nations Charter.'

112. Zie de definitie in art. XXIX IMF-Verdrag.

113. *NYIL* (13) 1982, p. 415. Zie voorts Mann, *supra* n. 93, p. 364-396; en J. Gold, *The Fund Agreement in the Courts*, vol. 3, IMF, 1986.

114. Art. 56-60 EG.

De precieze betekenis van 'have due regard' roept onzekerheden op. Mogelijk heeft dit een zwakkere werking dan bijvoorbeeld 'respect'.

Evenmin verzoeken leden steeds om een autorisatie wanneer restricties worden toegepast. Wellicht zijn de IMF-leden van mening dat een resolutie van de VN-Veilighedsraad inzake vrede en veiligheid van rechtswege bindend is voor gespecialiseerde organisaties, inclusief het IMF, en derhalve geen autorisatie behoeft. Indien een restrictie onder 2(a) is geautoriseerd werkt deze extraterritoriaal en *sui generis*. Door het IMF geautoriseerde beperkingen op convertibiliteit en betalingen ('exchange controls') betreffende een IMF-lid, moeten dus door de overige leden als rechtsgeldig worden erkend.

3.5.2 Consultaties

Een belangrijke verplichting bij de inwerkingtreding van het IMF betrof de stabiliteit van de wisselkoersen. Deze verplichting hield in dat alle IMF-leden bij aanvaarding van het lidmaatschap hun munt moesten uitdrukken in een goud- of dollarwaarde. De waarde moest binnen een bepaalde bandbreedte worden gehandhaafd door de nationale monetaire autoriteiten. Slechts wanneer er een 'fundamentele onevenwichtigheid' in de betalingsbalans van het lid was ontstaan, kon, na instemming van het IMF, de waarde worden aangepast. Doordat alle munten in een vaste goud- of dollarwaarde werden uitgedrukt was er sprake van een 'stelsel van stabiele wisselkoersen'. Om het stelsel geloofwaardig te maken nam de Amerikaanse centrale bank de verplichting op zich om goud te verkopen tegen dollars, wanneer andere centrale banken daartoe verzochten.

Het stelsel van vaste maar aanpasbare wisselkoersen functioneerde zolang staten hun munt konden verankeren in de dollar, en de dollar tegen een vaste prijs inwisselbaar was voor goud. Echter in de jaren zestig groeide de Amerikaanse tekorten op de begroting en de handelsbalans, en stapelden dollars zich op bij met name de West-Europese centrale banken. Nadat enkele centrale banken deze dollars wilden aanbieden in ruil voor goud besloot de VS in 1971 het goudloket te sluiten. Dit betekende het einde van het tot dan toe geldende monetaire stelsel. Met amendering van het IMF-Verdrag in 1978 werd een zogeheten 'stabiel stelsel van wisselkoersen' geïntroduceerd. Het IMF diende niet meer zorg te dragen voor stabiele wisselkoersen, maar voor een stabiel stelsel. Vanaf dat moment konden staten binnen zekere grenzen een eigen monetair beleid vaststellen. Zij dienen dat beleid en het onderliggende macro-economische beleid slechts toe te lichten in periodieke consultatierondes met het IMF; in dit verband wordt gesproken over 'artikel IV consultaties'. Het IMF doet verslag van de consultaties in de *World Economic Outlook*.

Thans worden de wisselkoersen van de belangrijkste valuta (euro, dollar, yen, pond) bepaald door vraag en aanbod op de valutamarkten. Ontwikkelingslanden trachten wel een wisselkoersbeleid te voeren door hun munt de koppelen aan de valuta van de belangrijkste exportmarkt. In zijn jaarrapporten geeft het IMF een overzicht van de wisselkoersarrangementen die de leden hebben gekozen. Wisselkoersen kunnen aanleiding zijn tot conflicten in internationale economische betrekkingen. In

het geval van China bekritiseerde de VS het wisselkoersbeleid inzake de renminbi, omdat de Chinese centrale bank de koers kunstmatig laag hield ten opzichte van de dollar.¹¹⁵ Voor de EG was het einde van het stelsel van 'vaste maar aanpasbare wisselkoersen' aanleiding om monetaire stabiliteit in eigen kring te bevorderen. De Economische en Monetaire Unie met de euro als eenheidsmunt vormt de afsluiting van deze ontwikkeling.¹¹⁶

Behalve toezicht op het wisselkoersbeleid, beoordeelt het IMF het algehele beleid van de leden in de financiële en monetaire sector. Daartoe toetst het aan standaarden en codes die standaardisatie en soliditeit in deze sectoren moeten bevorderen. Deze codes hebben betrekking op het verstrekken van macro-economische gegevens, het bestrijden van corruptie en de transparantie van het financiële en monetaire beleid.¹¹⁷

3.5.3 *Conditionele betalingsbalanssteun*

Naarmate wisselkoersen onder druk van de economische omstandigheden vrij werden gelaten, richtte de aandacht van het IMF zich meer op onhoudbare betalingsbalanstekorten en de tijdelijke financiering daarvan. Ontwikkelingslanden vormen daarbij de doelgroep. Omdat betalingsbalanstekorten door verschillende factoren worden veroorzaakt, differentieerde het IMF door de ontwikkeling van 'faciliteiten'.

Betalingsbalanssteun wordt altijd als een lening aangeboden; het IMF kan geen geld schenken. Het IMF-Verdrag bepaalt voorts dat leningen uitsluitend onder 'voldoende waarborgen'¹¹⁸ worden verstrekt. Dit betekent dat de steun alleen beschikbaar is onder de voorwaarde dat een aanpassingsbeleid wordt uitgevoerd dat gericht is op herstel van het evenwicht op de betalingsbalans. Om het aanpassingsbeleid langs geordende wegen te sturen wordt een aanpassingsprogramma opgesteld. Het geheel van voorwaarden dat de aard en de inhoud van een aanpassingsprogramma betreft, wordt omschreven als conditionaliteit.

In technische zin is betalingsbalanssteun van het IMF geen krediet maar een koop oftewel 'purchase': een lid koopt vreemde valuta van het IMF in ruil voor de eigen valuta. Het verzoek tot aankoop kan slechts worden gehonoreerd wanneer de lidstaat verklaart dat de aankoop noodzakelijk is vanwege problemen met de betalingsbalans of zorgwekkende ontwikkelingen in de monetaire reserves.¹¹⁹ Na enkele jaren ontstaat de verplichting om de eigen valuta terug te kopen. Voorts is bijzonder dat finan-

115. E. Denters, 'Manipulation of exchange rates in international law: The Chinese yuan', *ASIL Insights*, november 2003 <www.asil.org/insights/insigh118.htm>.

116. Over de moeizame weg naar de EMU, zie A. Szász, *Monetaire Diplomatie*, 1988; en Smits, *supra* n. 95.

117. Guidance Note on The Role of the IMF in Governance Issues 1997; Code of Good Practices on Transparency in Monetary and Financial Policies: Declaration of Principle 1999; Code of Good Practices on Fiscal Transparency 2001.

118. Voor het 'adequate safeguards' vereiste, zie art. I(v) en V sectie 3(a) IMF-Verdrag. Voor een commentaar, zie E. Denters, *Law and Policy of IMF Conditionality*, 1996.

119. Art. V IMF-Verdrag.

ciële transacties niet plaatsvinden op grond van een overeenkomst maar door een zogeheten 'stand-by arrangement'. 'Stand-by' duidt op het beschikbaar stellen van steun, en gebruikmaking daarvan zodra de behoefte ontstaat. De 'stand-by arrangement' omvat derhalve niet een contractuele relatie – er wordt immers niet gesproken over een 'stand-by agreement' – maar een eenzijdige rechtshandeling waarmee het IMF de voorwaarden formuleert waaronder de aankoop kan plaatsvinden.¹²⁰ Met dit instrument ontstaat er geen verdrag dat door een parlement moet worden goedgekeurd. Evenmin is het verdragenrecht van toepassing. De belangrijkste voordelen van het verstrekken van steun door middel van een 'stand-by arrangement' zijn snelheid en vertrouwelijkheid. Anderzijds kan worden betoogd dat geen democratische controle mogelijk is op contacten met het IMF.

Omdat het IMF-Verdrag spreekt over een 'entitlement' mag worden verondersteld dat ieder lid recht heeft op betalingsbalanssteun.¹²¹ Een belangrijk twistpunt tussen het IMF en de lidstaten betreft dan ook niet het recht op betalingsbalanssteun maar de voorwaarden waaronder deze kan worden verstrekt. De aard en reikwijdte van de 'voldoende waarborgen' is onderworpen aan voortdurend veranderende inzichten. De waarborgen kunnen betrekking hebben op macro-economische prestaties of op structurele aanpassingen, zoals een transparanter begrotingsbeleid of bestrijding van corruptie. Het succes van een aanpassingsprogramma wordt gemeten door toetsing aan uitvoeringscriteria ('performance criteria'). Door betalingsbalanssteun gefaseerd beschikbaar te stellen, beschikt het IMF over een sanctie wanneer het aanpassingsprogramma niet correct wordt uitgevoerd. Zodra tevoren omschreven criteria gedurende de looptijd van de 'stand-by arrangement' niet worden gehaald, kan het IMF verdere steun opschorten.

Conditionaliteit is niet onomstreden geweest. Critici hebben in de jaren tachtig het IMF ervan beschuldigd voorwaarden te verlangen die onvoldoende rekening houden met de bestuurlijke capaciteit van de landen en de zwakke economische positie van bevolkingsgroepen.¹²² Het IMF heeft daarop het beleid aangepast en meer aandacht gegeven aan de uitvoerbaarheid van programma's en sociaal-economische problemen. Anderzijds blijven pijnlijke aanpassingsmaatregelen onvermijdelijk als crediteuren (commerciële banken, industrielanden) zich van het land hebben afgewend en de economie in een negatieve spiraal is beland. Ingrijpende maatregelen zijn alleen te vermijden als het land in kwestie een onophoudelijk beroep kan doen op de solidariteit van de industrielanden.

120. Ibid., art. XXIX.

121. Ibid., art. V sectie 3(b).

122. Over de vraag of het IMF is gebonden aan economische, sociale en culturele mensenrechten, zie F. Gianviti, *Economic, Social and Cultural Rights and the International Monetary Fund*, 2006, par. 56-61 <www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/gianv3.pdf>. Gianviti was legal counsel van het IMF.

De proliferatie van IMF-condities alsmede het onvermogen om samen te werken met andere instellingen heeft eveneens tot scherpe kritiek geleid.¹²³ In de recente geschiedenis heeft opnieuw een sterke toename van voorwaarden plaatsgevonden. Zo dient een lid thans te voldoen aan de hierboven genoemde codes inzake goed bestuur en transparantie. Naarmate het IMF meer standaarden ontwikkelt, zal het voorwaardenbeleid verder uitgroeien. In een poging om de reikwijdte ervan te begrenzen, heeft het IMF richtlijnen¹²⁴ aangenomen waarin onder meer is bepaald dat het IMF bij de opstelling van aanpassingsprogramma's behoorlijk rekening zal houden met binnenlandse economische en sociale prioriteiten. Ook zal het IMF uitvoeringscriteria in eerste instantie beperken tot macro-economische variabelen. Dit zijn variabelen die voor de economie als geheel gelden, dus bijvoorbeeld inflatie, begroting en rente. Niettemin behoudt het IMF zich het recht voor om ook voorwaarden te stellen ten aanzien van micro-economisch variabelen wanneer deze substantiële effecten hebben op de economie als geheel. Wanneer bijvoorbeeld een groot deel van het budget wordt benut voor subsidies of inefficiënte investeringen, kan het IMF voorwaarden terzake opnemen.

4. SCHULDENPROBLEMATIEK

Staten bouwen schulden op in de vorm van leningen. Industrielanden bieden exportkredieten en leningen, commerciële banken en particulieren kopen staatsobligaties en financiële instellingen bieden kredieten ten behoeve van ontwikkelingsprojecten of steun aan de betalingsbalans. Met name in periode van economische achteruitgang bestaat het gevaar van een toenemende schuldenlast. In de jaren zeventig, toen olieprijsen tot grote hoogte stegen, vertrouwden vooral ontwikkelingslanden op buitenlandse kredieten om de olierekeningen te kunnen betalen. Door de daling van grondstoffenprijzen in de daarop volgende decennia, zijn bovendien de inkomsten uit export afgenomen. Omdat veel ontwikkelingslanden goeddeels afhankelijk zijn van de export van grondstoffen, dienden zij noodgedwongen aan te kloppen bij kredietverstrekkers. Buitensporige leningen hebben vervolgens geleid tot een schulden crises in de jaren tachtig en negentig. Verschillende pogingen zijn ondernomen om landen met onhoudbare schulden verlichting te bieden. De Club van Parijs vormt een belangrijk overlegorgaan waarin soevereine debiteuren en crediteuren overleggen over schuldverlichting.¹²⁵

De samenwerking tussen IMF en Wereldbank heeft bijzondere inhoud gekregen bij het beheer en terugdringen van excessieve buitenlandse schuld in ontwikkelingslan-

123. A. Newburg, 'The changing roles of the Bretton Woods institutions: Evolving concepts of conditionality', in M. Giovanoli (red.), *International Monetary Law: Issues for the New Millenium*, 2000, p. 81-95.

124. Guidelines on Conditionality 2002.

125. Voor een overzicht van de activiteiten, zie <www.clubdeparis.org>.

den.¹²⁶ Nadat verschillende minder succesvolle pogingen waren ondernomen om de schuldenlast te verminderen, lanceerden de Bretton Woodsorganisaties in 1996 gezamenlijk het Heavily Indebted Poor Countries (HIPC) initiatief. Dit initiatief heeft tot doel de schuldenlast zodanig terug te brengen dat ontwikkelingslanden hun financiële verplichtingen kunnen nakomen zonder economische groei en armoedebestrijding in gevaar te brengen. Daartoe zijn criteria geformuleerd: een schuld mag niet hoger zijn dan een percentage van de exportinkomsten of belastinginkomsten. Deze percentages zijn periodiek aangepast. In dat geval wordt gesproken over 'sustainable debt'. Landen die een excessieve schuldenlast hebben en gedurende een bepaalde periode een aanpassingstraject doorlopen, hebben recht op schuldenbeperking. Vereist voor een schuldenreductie is de opstelling van een Poverty Reduction Strategy Paper en de onderwerping aan een aanpassingsprogramma gedurende enkele jaren.¹²⁷ Nadat aan een reeks eisen is voldaan, wordt de schuld gereduceerd tot een vastgesteld plafond.

In 2005 heeft de G-8 van geïndustrialiseerde landen het verstrekkende voorstel gedaan om de schulden aan het IMF, de IDA en de Afrikaanse Ontwikkelingsbank geheel kwijt te schelden.¹²⁸ Daarmee worden de HIPC-landen in de gelegenheid gesteld om de Millennium Development Goals¹²⁹ te bereiken. Het IMF heeft daartoe een speciale faciliteit gecreëerd in de vorm van het Multilateral Debt Relief Initiative (MDRI). Het MDRI strekt verder dan waartoe de G-8 heeft opgeroepen. Omdat volgens het beginsel van de gelijke behandeling het IMF geen onderscheid kan maken in de behandeling van leden, is besloten kwijtschelding te verlenen aan alle leden met een inkomen tot US\$380 per hoofd van de bevolking.

5. INVESTERINGEN

Bij internationale financiële transacties tussen particulieren dient een onderscheid gemaakt te worden tussen lopende betalingen en kapitaaltransacties. Lopende betalingen betreffen de financiële afwikkeling van het internationale goederen- en dienstenverkeer; regelgeving met betrekking tot deze betalingen valt onder de rechtsmacht van het IMF. Voor de vrijmaking van het internationale kapitaalverkeer ten behoeve van investeringen hebben staten meer dan 2500 bilaterale en enkele regionale overeenkomsten gesloten. Nederland heeft ongeveer 100 bilaterale investeringsverdragen (BITs) gesloten met vooral ontwikkelingslanden en is partij bij regionale overeenkomsten. Bevordering van investeringen in Noord-Zuid relaties zijn opgenomen in

126. Gegevens over soevereine schulden worden verzameld in de World Debt Tables, een gezamenlijk project van het IMF, de Wereldbank, de OECD en de Bank for International Settlements (BIS).

127. Voor een toelichting op de HIPC, zie *Annual Report of the Executive Board of the IMF*, 2000, p. 49-61.

128. Slotverklaring Gleneagles G-8 Summit, 8 juli 2005 <www.g8.gov.uk>.

129. Doelstelling is o.m. een halvering in 2015 (t.o.v. 2000) van het aantal mensen dat van minder dan US\$1 per dag moet rondkomen <www.un.org/millenniumgoals>.

de Cotonou Overeenkomst tussen de EU en landen in Afrika, het Caribisch gebied en de stille Zuidzee (ACP-landen).¹³⁰ Bijzondere regels voor investeringen in de energie-sector zijn neergelegd in het Verdrag inzake het Energiehandvest.¹³¹ Pogingen van de leden van de OECD om een wereldomvattend multilateraal investeringsverdrag te doen aanvaarden zijn gestrand.¹³² Behalve regels ter bevordering van investeringen, bestaan er een reeks 'soft law' instrumenten die gastlanden en multinationale ondernemingen ertoe moeten bewegen gedragsregels in acht te nemen bij internationale investeringen.¹³³

BITs en regionale arrangementen zijn belangrijke instrumenten om investeringen te bevorderen. Volgens schattingen van United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) bedroegen internationale investeringen in 2005 meer dan 600 miljard euro waarvan 90 procent in geïndustrialiseerde landen. De som van alle buitenlandse investeringen per 2005 was 7500 miljard euro en betrof 70.000 multinationale ondernemingen.¹³⁴ Voor ontwikkelingslanden zijn investeringen van groot belang voor de verwerving van kapitaal en technologie. Anderzijds vrezen critici dat veel ontwikkelingslanden over onvoldoende kennis en capaciteit beschikken om toezicht te houden op de activiteiten van multinationale ondernemingen. NGO's beschuldigen ondernemingen ervan misbruik te maken van zwak bestuur in ontwikkelingslanden.¹³⁵

BITs zijn ook een instrument om rechten en plichten van investeerders en gaststaten te bepalen. Alle BITs bevatten artikelen over de definitie en reikwijdte van buitenlandse investeringen; toelating van investeringen; 'fair and equitable treatment'; garanties en compensaties in geval van onteigening; compensatie voor verliezen door oorlog of opstand; garanties voor de repatriëring van winsten en kapitaal; toelating en tijdelijk verblijf van personeel; en geschillenbeslechting, zowel tussen partijen bij de BIT, als tussen de investeerder en de gaststaat. De definitie van een investering betreft het verwerven van allerlei vormen van eigendom zoals onder meer eigendom van roerende en onroerende zaken, aandelen, intellectuele eigendomsrechten en de verkrijging van concessies. Buitenlandse bedrijven kunnen investeren door een belang te nemen in een bestaande onderneming ('portfolio equity investments') maar zij kunnen ook een nieuwe activiteiten starten. In het laatste geval wordt gesproken over een 'greenfield investments'.

130. Partnerschapsovereenkomst tussen de leden van de groep van staten in Afrika, het Caribisch gebied en de Stille Oceaan, enerzijds, en de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, anderzijds (Cotonou Agreement) 2000, *Trb.* 2001, 57 (i.w.tr. 1 april 2003; Nederland en EG 1 april 2003).

131. (Energy Charter Treaty) 1994, *Trb.* 1995, 250 (i.w.tr. 16 april 1998; Nederland 16 april 1998).

132. P.T. Muchlinski, 'The rise and fall of the multilateral agreement on investment : where now?' *TIL* (34) 2000, p. 1033-1053.

133. Draft UN Code of Conduct on Transnational Corporations 1986, VN Doc. ST/CTC/SER A/4, Annex 1; OECD Guidelines for Multinational Enterprises 1976 (last revised 2000) <www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf>; World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investments 1992 <ita.law.uvic.ca/documents/WorldBank.pdf>.

134. UNCTAD, *World Investment Report*, 2005 <www.unctad.org/wir>.

135. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2004.

Bilaterale investeringsverdragen geven aan investeerders geen automatisch recht om de markt te betreden. De investering kan alleen worden toegelaten in overeenstemming met nationale wetgeving. Krachtens deze verdragen heeft de investeerder, nadat hij is toegelaten, recht op 'fair and equitable treatment'; deze norm vindt zijn oorsprong in de internationale minimumnorm, die deel uitmaakt van het internationaal gewoonterecht. De betekenis van 'fair and equitable treatment' kan per verdrag verschillen, afhankelijk van de interpretatie en context. Uit jurisprudentie blijkt dat de bejegening van buitenlandse investeerders vooral procedurele zorgvuldigheidseisen omvat zoals 'due diligence, due process, including non-denial of justice and lack of arbitrariness'.¹³⁶ Dit betekent dat investeerders een beroep kunnen doen op waarborgen zoals een eerlijke procesgang.

Daarentegen geldt het soevereine recht van gastlanden om de investeerder te onteigenen vanwege een publiek belang. De afwikkeling van onteigeningsprocedures is tot ver in de twintigste eeuw voorwerp geweest van scherpe debatten tussen ontwikkelingslanden en industrielanden. Daarbij werd niet het recht van onteigening als zodanig betwist, maar het recht op compensatie na onteigening. Aanleiding was de golf van onteigeningen in de periode 1945-1970 waarin vooral regeringen in Latijns-Amerika en het Midden-Oosten buitenlandse investeerders de deur wezen. De controverse betrof de vraag op welke behandeling de investeerder mocht rekenen: nationale normen of internationale normen. Nationale normen leggen de nadruk op soevereiniteit en verplichten, in tegenstelling tot internationale normen, niet tot compensatie. In de literatuur worden de standpunten weergegeven als de Calvo-doctrine versus de Hull-doctrine. De negentiende eeuwse Argentijnse jurist Carlos Calvo ontkende de internationale minimumnorm en meende dat vreemdelingen ten opzichte van onderdanen geen exclusieve rechten hadden. De Amerikaanse minister van Buitenlandse Zaken Hull stelde dat eenieder recht heeft op compensatie na onteigening. In ieder geval kan een Amerikaanse onderdaan geen compensatie worden onthouden.¹³⁷ Uiteindelijk is het pleit beslecht in het voordeel van de Westerse opvatting. In de *Texaco* zaak deed arbiter Dupuy uitspraak over de verplichting van Libië compensatie te betalen voor de genationaliseerde bezittingen van de oliemaatschappij Texaco.¹³⁸ Hij stelde vast dat resolutie 1803 (XVII) van de Algemene Vergadering van de VN een weergave was van internationaal gewoonterecht. Deze resolutie stipuleert:

'Nationalization, expropriation or requisitioning shall be based on grounds or reasons of public utility, security or the national interest which are recognized as overriding purely individual or private interests, both domestic and foreign. In such cases the owner shall be paid appropriate compensation, in accordance with the rules in force in the State taking such measures in the exercise of its sovereignty and in accordance with international law. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, the national

136. *Fair and Equitable Treatment Standards in International Investment Law*, OECD Working Paper No. 2004/3, p. 40.

137. Discussie in A.F. Lowenfeld, *International Economic Law*, 2002, p. 397-403.

138. *ILR* (53) 1977, p. 389.

jurisdiction of the State taking such measures shall be exhausted. However, upon agreement by sovereign States and other parties concerned, settlement of the dispute should be made through arbitration or international adjudication.¹³⁹

Volgens jurisprudentie en statenpraktijk geldt derhalve thans de voorwaarde dat onteigening toegestaan is mits deze plaatsvindt vanwege een publiek belang, niet discriminerend werkt *vis-à-vis* andere buitenlandse investeerders en compensatie wordt geboden. Deze compensatie moet overeenkomstig de marktwaaarde (die gold vóór de onteigening) zijn en dient onverwijld te worden verstrekt in een internationaal inwisselbare valuta. Naast directe onteigening bestaan er ook sluikse vormen van onteigening. 'Creeping expropriation' is een proces dat *de facto* onteigening inhoudt omdat de maatregelen de winstgevendheid van een investering indirect aantasten. Voorbeelden zijn het intrekken van vergunningen of het verbod op het gebruik van patenten.

Het internationaal investeringsrecht heeft een belangrijke ontwikkeling doorgeemaakt mede door de mogelijkheid van internationale arbitrage. Internationale arbitrage is vooral van belang indien investeerders onvoldoende vertrouwen hebben in geschillenbeslechting voor de nationale rechter van het gastland. Vooral het Internationaal Centrum voor de Beslechting van Investeringsgeschillen (International Centre for the Settlement of Investment Disputes, ICSID), opgericht in 1966 onder de vleugels van de Wereldbank, heeft een belangrijke bijdrage geleverd.¹⁴⁰ De doelstelling van ICSID is het vergemakkelijken van investeringen.¹⁴¹ ICSID biedt faciliteiten voor verzoening en arbitrage tussen partijen en investeerders die onderdaan zijn van een der partijen. Een belangrijk vereiste is dat de investeerder *geen* onderdaan is van het gastland. Indien de buitenlandse investeerder actief is via een nationale onderneming kan ook ICSID-jurisdictie mogelijk zijn. Deelname aan ICSID verschaft op zich geen jurisdictie voor ICSID-arbitrage; noodzakelijk is de verwijzing naar jurisdictie in een afzonderlijke rechtsinstrument. Instemming met jurisdictie kan plaatsvinden door opname van een clausule in een investeringscontract of door verwijzing in nationale wetgeving of in een verdrag. Investeringsverdragen verwijzen regelmatig naar verplichte ICSID-arbitrage. In deze instrumenten kunnen ook bepalingen zijn opgenomen over de selectie van arbiters, het toepasselijk recht en het vereiste van uitputting van nationale rechtsmiddelen. Behalve ICSID, zijn er ook andere mogelijkheden voor arbitrage, zoals ad hoc arbitrage, de International Chamber of Commerce of geschillenbeslechting onder de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules van 1976.¹⁴² Ook het Permanent Hof van Arbitrage biedt faciliteiten voor arbitrage van investeringsgeschillen.

139. 'Permanent sovereignty over natural resources', AV Res. 1803 (XVII) van 1962.

140. ICSID is opgericht krachtens het Verdrag inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot de investeringen tussen Staten en onderdanen van andere Staten 1965, *Trb.* 1966, 152 (i.w.tr. 14 oktober 1966; Nederland 14 oktober 1966). Begin 2006 telde ICSID 143 ratificaties en zijn meer dan 100 geschillen beslecht <www.worldbank.org/icsid>.

141. C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2001.

142. AV Res. 31/98, VN Doc. A/31/17 (1976), chapter V, section C.

Het Multilateraal Agentschap voor Investeringsgaranties (Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA), dat eveneens is opgericht onder auspiciën van de Wereldbank,¹⁴³ verzekert investeringen tegen niet-commerciële risico's. Met name vier risico's worden verzekerd: restricties op de inwisselbaarheid van lokale valuta in een internationaal gebruikte valuta, onteigening en vergelijkbare maatregelen, contractbreuk door het gastland en schade door oorlog en opstand. Ook de MIGA heeft als doelstelling het doen van investeringen te vergemakkelijken. MIGA werkt als een gewone verzekering. Na aanmelding beoordeelt MIGA of het project verzekeraar is en stelt vervolgens een premie vast. Belangrijke voorwaarden zijn dat de investeerder geen onderdaan is van het gastland en dat de investering valt onder de definitie van het MIGA-Verdrag. Bij een conflict tussen een investeerder en het gastland tracht MIGA eerst de partijen tot elkaar te brengen. Mocht dit geen resultaat hebben dan dient MIGA tot compensatie over te gaan. Zodra een verzoek tot compensatie is gehonoreerd gaat de claim van de investeerder tegen het gastland door subrogatie over naar de MIGA.

6. EPILOOG

Als gevolg van het in de inleiding vermelde proces van economische globalisering heeft het rechtsgebied van het internationaal economisch recht in de laatste jaren veel aan belang en belangstelling gewonnen. In zijn lezing in 1996 voor de Hague Academy of International Law, merkte Donald McRae op dat in het verleden '[i]nternational trade law and international economic law were not of concern to international lawyers; trade and economic law was not central to the way international lawyers defined their discipline.'¹⁴⁴ Sinds enkele jaren wordt naar het internationaal economisch recht verwezen als 'the "new frontier" of international law.'¹⁴⁵ Mede als gevolg van de rechtspraak van de WTO-Beroepsinstantie, heeft het internationaal economisch recht zich ontpopt tot een van de meest dynamische en maatschappelijk relevante aspecten van het internationaal recht.

De hierboven besproken organisaties leveren een belangrijke bijdrage aan het proces van economische globalisering door toezicht, regelgeving, kredietverstrekking en geschillenbeslechting. Hoewel globalisering belangrijke voordelen oplevert, kunnen er ook kanttekeningen worden geplaatst. Niet alle staten profiteren in gelijke mate van de vrijmaking van internationale handelsstromen. Met name landen die hun markten voor goederen en diensten moeten openen, maar voor de afzet van hun pro-

143. Overeenkomst tot oprichting van het Multilateraal Agentschap voor Investeringsgaranties 1985, *Trb.* 1986, 39 (i.w.tr. 12 april 1988; Nederland 12 april 1988). Begin 2006 telde MIGA 165 ratificaties <www.miga.org>.

144. D. McRae, 'The contribution of international trade law to the development of international law', *Recueil des Cours* (260) 1997, p. 114-115.

145. D. McRae, 'The WTO in international law: Tradition continued or new frontier?', *JIEL* (3) 2000, p. 41.

ducten met handelsbelemmeringen te maken hebben, plaatsen vraagtekens. Ontwikkelingslanden die goeddeels afhankelijk zijn van een beperkt aantal exportproducten – met name landbouwproducten – verwachten meer van de WTO. Anderzijds vragen de ontwikkelde landen dat het dienstenverkeer in hoger tempo wordt geliberaliseerd.

Het vrijmaken van de wereldhandel is echter een moeizaam proces. Door het ver-eiste van consensus, het groeiend aantal WTO-leden en de vele moeilijk verenigbare belangen lijkt vooruitgang illusoir. Dit leidt tot frustraties. Met name de rijke landen binnen de WTO menen dat liberalisering moet worden versneld en verdiept. Zij hebben de neiging zich te af te wenden van WTO-onderhandelingen en preferentiële handelsakkoorden te sluiten. Preferentiële akkoorden – bilateraal of regionaal – vormen echter een bedreiging voor het wereldhandelssysteem omdat deze een afwijking inhouden van de MFN-verplichting.¹⁴⁶ Thans bestaan er enkele honderden preferentiële akkoorden. Het primaire non-discriminatie beginsel waarop de WTO steunt, dreigt derhalve te eroderen. De fragmentatie van het wereldhandelssysteem wordt als zorgwekkend beschreven. In plaats van transparante en eenduidige regels ontstaat er een 'spaghetti bowl' van vrijhandelsakkoorden en douane-unies.¹⁴⁷ De werkelijkheid van vandaag is dat de Europese Unie MFN-behandeling geeft aan slechts negen WTO-leden. Voor de overige leden gelden gunstiger voorwaarden die zijn vastgelegd in preferentiële akkoorden. Een fundamentele vraag is of deze fragmentatie moet worden tegengegaan of moet worden aanvaard als een realiteit waaraan niet valt te ontkomen.

Ontwikkelingen op het terrein van de wereldhandel raken ook aan het IMF. Naarmate meer landen volwaardig deelnemen aan het wereldhandelssysteem vermindert de noodzaak om betalingsbalanssteun te verstrekken. Vooral landen in Latijns-Amerika en Azië zijn minder afhankelijk van de IMF-steun. In zekere zin is het IMF slachtoffer van zijn eigen succes. Deze ontwikkeling dwingt het IMF zich vooral te heroriënteren op taken waarvoor het oorspronkelijk was opgericht: het bevorderen van wisselkoersstabiliteit. Door krachtig multilateraal toezicht wil het IMF bewerkstelligen dat onevenwichtigheden in de wereldhandel worden bestreden.

146. Art. XXIV GATT 1994.

147. Report by the Consultative Board (Sutherland reprot), *The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millennium*, 2005, p. 19.

