

# Het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme: het einde van ‘ETS-steun’ en het begin van een internationaal handelsgeschied?

mr. M.C. van Heezik<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

In de Europese Green Deal heeft de Europese Commissie (hierna: Commissie) de klimaatambities van de EU om de uitstoot van broeikasgassen te verminderen, vastgelegd. De Green Deal zet in op een vermindering van de uitstoot van broeikasgassen in 2030 met 50-55% ten opzichte van het niveau van 1990 en volledige klimaatneutraliteit in 2050. Indien landen buiten de EU geen vergelijkbaar ambitieniveau hanteren, vergroten de klimaatambities van de EU het zogenaamde ‘koolstofweglekrisico’. Dit betreft het risico op een toename van de wereldwijde uitstoot van broeikasgassen doordat bedrijven hun productie naar buiten de Unie verplaatsen omdat zij de door het EU-beleid veroorzaakte kostenstijgingen niet kunnen doorberekenen aan hun klanten zonder een aanzienlijk verlies van marktaandeel.<sup>2</sup> Om dit risico te beperken en te voorkomen dat de klimaatdoelstellingen van de Overeenkomst van Parijs niet zouden worden gehaald, heeft de Commissie in de Green Deal aangegeven een CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme (*carbon border adjustment mechanism*) voor bepaalde sectoren te introduceren.<sup>3</sup> Dit mechanisme moet waarborgen dat de importprijs van producten het koolstofgehalte en de daarmee corresponderende emissiekosten voor Europese ondernemingen weerspiegelt, zodat een gelijk speelveld ontstaat voor geïmporteerde

producten en producten van Europese ondernemingen. Op 22 juli 2020 startte de Commissie een consultatie over het voorstel tot invoering van een CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme, waarin de precieze vormgeving van dit mechanisme nog niet is opgenomen.

Eerder al, begin 2019, organiseerde de Commissie een publieke consultatie over het concept voor de revisie van de richtsnoeren voor staatssteunmaatregelen in het kader van de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten (ETS-richtsnoeren).<sup>4</sup> In het licht van de klimaatambities zoals verwoord in de Green Deal voorzien de nieuwe ETS-richtsnoeren, die per 1 januari 2021 de huidige ETS-richtsnoeren<sup>5</sup> zullen vervangen, in de steunmaatregelen die voor de volgende emissiehandelperiode (2021-2030) zijn toegestaan om koolstofweglekrisico's als gevolg van aanzienlijke indirecte kosten, zoals bijvoorbeeld de in de elektriciteitsprijzen doorberekende broeikasgasemissiekosten, te voorkomen. Blijkens het consultatiedocument van de Commissie inzake het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme, zal dit mechanisme een alternatief vormen voor dergelijke steunmaatregelen die hun grondslag vinden in de EU-regeling voor de handel in emissierechten (*EU emissions trading system* of ‘EU-ETS’).<sup>6</sup> Deze

1. Greetje van Heezik is advocaat bij Houthoff te Brussel. De auteur dankt haar collega Marloes Brans voor haar nuttige commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

2. Zie ook definitie van ‘carbon leakage’ in par. 14(3) van de concept Richtsnoeren betreffende bepaalde staatssteunmaatregelen in het kader van de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten na 2021.

3. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, The European Green Deal, COM(2019) 640 final, blz. 5 en 6.

4. Concept Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende bepaalde staatssteunmaatregelen in het kader van het systeem voor de handel in broeikasgasemissierechten na 2021 ([https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020\\_ets\\_stateaid\\_guidelines/index\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_ets_stateaid_guidelines/index_en.html)).

5. Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende bepaalde staatssteunmaatregelen in het kader van de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten na 2012 (SWD(2012) 130 final) (SWD(2012) 131 final), PB C 158 van 5.6.2012, blz. 4.

6. Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad, PBE 2003, L 275/32.

(steun)maatregelen bestaan uit de kosteloze toewijzing van emissierechten of de compensatie voor de stijging van de elektriciteitskosten en beogen het koolstofweglekken te voorkomen. Een vraag die daarom mede rijst, is of de invoering van het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme het einde betekent van de zogenaamde 'ETS-steun'.

Uit het consultatiedocument inzake het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme en de reeds gepubliceerde reacties daarop komt duidelijk naar voren dat de haalbaarheid van een CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme valt of staat met de verenigbaarheid van dit mechanisme met de internationale handelsakkoorden gesloten in het kader van de Wereldhandelsorganisatie (hierna: WHO). Hoewel de precieze vormgeving en uitwerking van het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme nog niet bekend is, is de verenigbaarheid van een dergelijk mechanisme met de WHO-regels al geruime tijd voorwerp van discussie. Deze discussie beperkt zich tot op heden tot de literatuur en de politiek. Aangezien niet eerder een dergelijk mechanisme is ingevoerd, heeft geen van de WHO-geschilbeslechtingsinstanties zich uitgesproken over de verenigbaarheid daarvan. Op de aankondiging van de introductie van het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme hebben verschillende WHO-leden aangegeven twijfels te hebben over de verenigbaarheid van dit mechanisme met de WHO-regels. Zij hebben daarbij aangekondigd het mechanisme te zullen aanvechten indien zij van oordeel zijn dat het niet kan worden beschouwd als een toegestane 'anti-klimaatdumpingheffing' maar een protectionistisch of discriminerend mechanisme vormt.<sup>7</sup>

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Paragraaf 2 gaat eerst in op de belangrijkste kenmerken van het EU-ETS en de steunmaatregelen die op grond van de concept ETS-richtsnoeren voor de volgende emissiehandelsperiode (2021-2030) zijn toegestaan om het koolstofweglekrisico te voorkomen. Paragraaf 3 beschrijft de belangrijkste aspecten van het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme voor zover deze thans bekend zijn. Paragraaf 4 gaat in op de juridische uitdagingen voor het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme op grond van de WHO-regels. Paragraaf 5 sluit af met een conclusie ten aanzien van de meest haalbare en wenselijke vormgeving van het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme en de impact van een dergelijk mechanisme voor het EU-ETS en de resterende ruimte voor de steunmaatregelen die gericht zijn op het voorkomen van koolstofweglekken.

7. Zie o.a. 'Russia warns EU against carbon border tax plan, citing WTO rules', 28 juli 2020 (<https://www.climatechangenews.com/2020/07/28/russia-warns-eu-carbon-border-tax-plan-citing-WTO-rules/>); 'US keeps wary eye on EU carbon border tax plans', 23 maart 2020 (<https://www.cleanenergywire.org/news/us-keeps-wary-eye-on-eu-carbon-border-tax-plans>) en 'The EU can expect heavy pushback on its carbon border tax', 1 september 2020 (<https://china-dialogue.net/en/business/eu-can-expect-heavy-push-back-carbon-border-tax/>).

## 2. Staatssteun en het EU-ETS

### 2.1. Algemeen EU-ETS

Het EU-ETS is het Europese systeem voor de handel in broeikasgasemissierechten ter wereld, dat in 2005 van start is gegaan. Het EU-ETS is gebaseerd op enerzijds het "cap and trade"-beginsel en anderzijds de handel in EU-emissierechten. In essentie heeft dit systeem een beperking van de totale hoeveelheid toegestane broeikasgasemissies voor de geselecteerde installaties ingevoerd.<sup>8</sup> Deze installaties zijn verplicht een emissierecht in te dienen voor elke ton kooldioxide-equivalent die zij uitstoten. Het totale aantal emissierechten is beperkt. Binnen de 'cap' op broeikasgasemissies ontvangen of kopen bedrijven emissierechten, die ze naar behoefte met elkaar kunnen verhandelen. Als een bedrijf meer broeikasgassen uitstoot dan de vastgestelde drempelwaarde, moet het extra emissierechten kopen van de bedrijven die hun emissies onder het plafond hebben kunnen houden. Er gelden strenge sancties voor bedrijven die niet voldoende emissierechten indienen om hun totale uitstoot in de verslagperiode te dekken.

Sinds 2013 is het koolstofweglekrisico voor de sectoren die in de EU zijn gereguleerd, zoals bijvoorbeeld de staal- en cementsector, aangepakt met de maatregelen die tevens in het EU-ETS zijn opgenomen. De maatregelen die het EU-ETS bevat om het koolstofweglekrisico te beperken, betreffen onder andere het gratis toekennen van emissierechten op basis van de emissieprestaties van de beste installaties van het systeem (benchmarks).<sup>9</sup> Daarnaast hebben lidstaten de mogelijkheid om koolstofweglekken te voorkomen door middel van een compensatie van sommige elektro-intensieve sectoren voor de stijging van de elektriciteitsprijzen als gevolg van de kosten die het EU-ETS met zich brengen voor de elektriciteitsproducenten. Voorwaarde is dat deze compensatie in overeenstemming is met de staatssteunregels.<sup>10</sup>

### 2.2. Nieuwe concept ETS-richtsnoeren

De ETS-richtsnoeren bevatten de voorwaarden voor de beschreven steunmaatregelen gericht op het voorkomen van koolstofweglekken als gevolg van de indirecte kosten van het EU-ETS. In het licht van de klimaatambities geformuleerd in de Green Deal voorzien de nieuwe conceptrichtsnoeren in een update en een beperking van de sectoren die volgens de Commissie het meest blootgesteld zijn aan het koolstofweglekrisico<sup>11</sup> en in aanmerking

8. Het EU-ETS omvat meer dan 11 000 fabrieken, elektriciteitscentrales en andere installaties in de 28 lidstaten, IJsland, Liechtenstein of Noorwegen.

9. Zie art. 10bis lid 2 van richtlijn 2003/87/EG.

10. Zie art. 10bis lid 6 van richtlijn 2003/87/EG.

11. Het gaan om een beperking van 15 sectoren tot de volgende acht sectoren (Bijlage I concept ETS-richtsnoeren): 1. Vervaardiging van leren kleding, 2. Alu-

komen voor steun. De 'nieuwe concept ETS-richtsnoeren' voorzien voorts in een beperking van steunmaatregelen voor de compensatie van de indirecte emissiekosten van 85% naar 75%.<sup>12</sup> De concept richtsnoeren bieden lidstaten evenwel de mogelijkheid om de blootstelling van de begunstigden aan indirecte ETS-kosten verder te compenseren dan 75% indien dit nodig is om een adequate bescherming te bieden tegen het koolstofweglekrisico. Deze nieuwe mogelijkheid is bedoeld om de blootstelling aan indirecte ETS-kosten te beperken voor bepaalde sectoren waarvoor deze kosten een onevenredig deel van de bruto toegevoegde waarde vormen. Ten opzichte van de huidige ETS-richtsnoeren mag de steunintensiteit in de komende emissiehandelssperiode gelijk blijven en geldt niet langer de eis dat deze degressief moet zijn. Daarnaast blijft steun voor investeringen in de modernisering van de elektriciteitsopwekking in de vorm van de kosteloze toewijzing van emissierechten mogelijk.<sup>13</sup>

In de reacties op de consultatie is onder andere de beperking van het aantal sectoren en eveneens de bepaling van de sectoren sterk bekritiseerd. Volgens de Commissie is deze beperking in lijn met de revisie van de koolstofweglekindicator, zoals opgenomen in art. 10 ter ETS-richtlijn en is deze uitsluitend berekend op basis van de indirecte kosten.<sup>14</sup> In de definitieve versie van de nieuwe ETS-richtsnoeren kan de Commissie nog additionele sectoren opnemen naar aanleiding van de ingediende commentaren.<sup>15</sup>

### 3. Het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme

#### 3.1. Betekenis grenscorrectiemechanisme

Het principe van een CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme is gebaseerd op de mogelijkheid voor WHO-leden om een grenscorrectiemechanisme (*Border Tax Adjustments*) toe te passen, zoals is voorzien in de Algemene Overeenkomst inzake tarieven en handel (*General Agreement on Tariffs and Trade* 'GATT') (zie ook par. 4 hierna). Dit grenscorrectiemechanisme is geïntroduceerd om de binnenlandse belastingen die van toepassing zijn op producten eveneens te kunnen opleggen aan geïmporteerde producten. Aan dit mechanisme ligt het 'bestemmingsbeginsel' ten grondslag op grond waarvan goederen wor-

den belast daar waar zij worden gebruikt of geconsumeerd. Het grenscorrectiemechanisme maakt het mogelijk dat ieder land zijn eigen belastingregime kan invoeren en waarborgt tegelijkertijd dat de internationale handelsstroom van goederen niet wordt vrijgesteld van belasting maar evenmin dubbel wordt belast. Een grenscorrectiemechanisme kan enerzijds voorzien in een heffing gebaseerd op de binnenlandse belasting die wordt opgelegd aan een geïmporteerd product. Anderzijds kan een dergelijk mechanisme voorzien in een korting op een binnenlandse belasting voor een product dat is bestemd voor de export en derhalve niet in het land van oorsprong wordt gebruikt of geconsumeerd.<sup>16</sup>

#### 3.2. Aanleiding en doel CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme

De noodzaak voor de invoering van een CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme is volgens de Commissie gelegen in het voortbestaan van wereldwijde verschillen in klimaatambitieniveau.<sup>17</sup> Deze verschillen dreigen met de verhoogde klimaatambities neergelegd in de Green Deal toe te nemen. Daarmee zal eveneens het risico op het wegkleden van koolstof in bepaalde sectoren toenemen en is een correctiemechanisme nodig om dit risico te beperken. Zoals hiervoor is vermeld, beoogt het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme de prijs van ingevoerde producten een betere afspiegeling te laten vormen van hun koolstofgehalte door een heffing op te leggen die gelijk is aan de belasting die voor overeenkomstige koolstofintensieve binnenlandse producten verschuldigd zou zijn. De consequentie is dat de prijs van dergelijke geïmporteerde koolstofintensieve producten op de binnenlandse markt hoger wordt. Naast het feit dat dit correctiemechanisme een gelijk speelveld in de EU bewerkstelligt, kan het volgens de Commissie tevens veranderingen naar meer duurzame producten in de EU en in landen daarbuiten stimuleren.<sup>18</sup> Het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme ondersteunt op deze wijze het klimaatbeleid in de EU, maar vormt tevens een indirecte stimulans voor de handelspartners om een vergelijkbaar ambitieus klimaatbeleid te voeren.

#### 3.3. Vormgeving CO<sub>2</sub>-grenscorrectie

Over de precieze vormgeving van de CO<sub>2</sub>-grenscorrectie heeft de Commissie zich uitsluitend in algemene termen uitgelaten. Ten algemene heeft de Commissie benadrukt dat de juridische en technische haalbaarheid zorgvuldig moeten worden be-

miniumproductie, 3. Vervaardiging van andere anorganische basischemicaliën, 4. Productie van lood, zink en tin, 5. Vervaardiging van pulp, 6. Vervaardiging van papier en karton, 7. Vervaardiging van basisijzer, staal en ferrolegeringen en 8. De vervaardiging van geraffineerd aardolieproduct.

12. Par. 3.1 van de concept ETS-richtsnoeren.

13. Par. 3.2 van de concept ETS-richtsnoeren.

14. Zie ook het gepubliceerde rapport met de beoordeling van de impact van de indirecte ETS-kosten ([https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020\\_ets\\_stateaid\\_guidelines/consultance\\_report.pdf](https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_ets_stateaid_guidelines/consultance_report.pdf)).

15. Zie *Explanatory note accompanying the proposal for the revision of the Emission Trading System Guidelines*, blz. 3.

16. Matsushita M., Schoenbaum T.J., Mavroidis P.C., Hahn M., *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*, 3 ed., OUP: 2015, blz. 761.

17. Mededeling van de Commissie van 11 december 2019, COM(2019) 640 final, *The European Green Deal*, blz. 6.

18. *Inception Impact Assessment Carbon border adjustment mechanism*, Ref. Ares(2020)1350037 - 04/03/2020, section C.

oordeeld in het licht van het EU handelsacquis<sup>19</sup> en andere internationale verplichtingen.<sup>20</sup> Daarnaast vormt de complementariteit met de in het EU-ETS opgenomen (steun)maatregelen om het weglekken van koolstof te voorkomen een punt van aandacht. Het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme vormt immers een alternatief voor deze maatregelen. Voor zover het correctiemechanisme en deze maatregelen naast elkaar kunnen bestaan, zal de invloed van deze maatregelen op de koolstofprijs in de EU op grond van de WHO-regels moeten worden meegewogen bij de bepaling van de hoogte van de toe te passen grenscorrectie (zie par. 4 hierna).<sup>21</sup>

Momenteel is alleen het algemene voorstel voor invoering van een CO<sub>2</sub>-grenscorrectie ter consultatie voorgelegd.<sup>22</sup> Als opties voor de vormgeving van de CO<sub>2</sub>-grenscorrectie noemt de Commissie ten eerste een grensbelasting of een douanerecht op de import van een selectie van producten waarvan de productie plaatsvindt in sectoren met een hoog koolstofweglekrisico.<sup>23</sup> De acht sectoren<sup>24</sup> die in de concept ETS-richtsnoeren zijn opgenomen, vormen een belangrijke indicatie van de relevante sectoren. Een tweede optie is een uitbreiding van het EU-ETS tot de invoer op grond waarvan buitenlandse producenten of importeurs zullen worden verplicht tot de aankoop van emissierechten en derhalve tot (een zekere mate van) deelname aan het EU-ETS. Als derde optie noemt de Commissie de verplichting om emissierechten te kopen van een specifieke pool buiten de EU-ETS om, die bestemd is voor de invoer, en die de prijs van het EU-ETS weerspiegelt. Als laatste optie wordt genoemd een koolstofbelasting, bijvoorbeeld een accijns of BTW op het niveau van het verbruik van de geselecteerde producten waarvan de productie plaatsvindt in sectoren met een hoog koolstofweglekrisico. Deze belasting zou van toepassing zou zijn op de EU-productie en op de invoer.

De precieze vormgeving van de CO<sub>2</sub>-grenscorrectie zal worden uitgewerkt in een voorstel voor een richtlijn. De aanneming van dit voorstel door de Commissie is voorzien voor het tweede kwartaal van 2021.<sup>25</sup> Onderdeel van de uitwerking vormt

het toepassingsgebied en de reikwijdte van het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme, met inbegrip van de sectoren, de geografische regio's, het soort koolstofbeperkingen en de handelsstromen waarop het mechanisme van invloed zal zijn. In het bijzonder de ontwikkeling van een methodologie voor de berekening van de emissies van buitenlandse bedrijven en de vaststelling van het feitelijke niveau van de correcties zullen een uitdaging vormen. Deze methodologie zal op grond van de WHO-regels in ieder geval eventuele vrijstellingen en kortingen die aan binnenlandse producenten worden verleend, moeten weerspiegelen (zie ook par. 4 hierna).<sup>26</sup> Daarnaast zal het voorstel moeten voorzien in de wijze van invoering en inwerkingtreding, een eerlijke en billijke behandeling van de betrokken producten en de besteding van de geïnde inkomsten.<sup>27</sup> Naar verwachting zullen deze inkomsten 5 tot 14 miljard euro kunnen opleveren, naast de inkomsten uit het emissiehandelssysteem van ongeveer 10 miljard euro afhankelijk van de ontwikkeling van de koolstofprijs en de uitbreiding van het systeem naar andere sectoren.<sup>28</sup> Deze extra inkomsten zijn (in ieder geval ook) bedoeld voor de financiering van het Europees Herstelfonds dat naar aanleiding van de ernstige gevolgen van de Coronacrisis tussen de lidstaten is overeengekomen en waaruit maatregelen ter stimulering van de groene transitie van de Europese economie en samenleving zullen worden (mede)gefinancierd.<sup>29</sup>

### 3.4. Historie CO<sub>2</sub>-grenscorrectie

Het idee van een CO<sub>2</sub>-grenscorrectie is niet nieuw. Sinds de invoering van het EU-emissiehandelssysteem in 2005 is de noodzaak om gelijke concurrentievoorwaarden te creëren tussen de in de EU gevestigde ondernemingen en de import van producten uit landen waar minder strenge tot geen 'ontkollingseisen' gelden, voorwerp geweest van discussie.<sup>30</sup> Aanvankelijk werden de emissierechten om niet toegekend, maar na 2007 werd de veiling van emissierechten standaard voor de elektriciteitssector. In 2013 betrof dit nog 20% van alle emissierech-

19. De akkoorden gesloten in het kader van de Wereldhandelsorganisatie (WHO) en de overige handelsovereenkomsten van de EU.

20. Inception Impact Assessment Carbon border adjustment mechanism, Ref. Ares(2020)1350037 - 04/03/2020, section B. Zie ook de Mededeling van de Commissie van 11 december 2019, COM(2019) 640 final, The European Green Deal, biz. 5.

21. Inception Impact Assessment Carbon border adjustment mechanism, Ref. Ares(2020)1350037 - 04/03/2020, section C.

22. Zie <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12228-Carbon-Border-Adjustment-Mechanism>.

23. Inception Impact Assessment Carbon border adjustment mechanism, Ref. Ares(2020)1350037 - 04/03/2020, section C.

24. Zie voetnoot 11.

25. Zie <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12228-Carbon-Border-Adjustment-Mechanism>.

justment-Mechanism.

26. Michael A. Mehling, Harro van Asselt, Kasturi Das, Susanne Droege, Cleo Verkuijl, 'Designing Border Carbon Adjustments for Enhanced Climate Action' [2019] ASIL, blz. 443.

27. *Ibid.*

28. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, De EU begroting als drijvende kracht achter het herstelplan voor Europa, COM(2020)422, blz. 16 en 17.

29. Zie [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe\\_en](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe_en).

30. Deze discussie werd gevoed door de terugtrekking van de Verenigde Staten uit het Kyoto Protocol in 2001 en werd nog verder aangewakkerd door de aankondiging van de terugtrekking van de Verenigde Staten uit het Klimaatakkoord van Parijs.

ten, maar in 2020 bedraagt dit 70% industriebreed. Deze ingrijpende wijziging van het toekenningsproces heeft de discussie over de maatregelen om het koolstofweglekrisico te beperken, inclusief maatregelen aan de grens, geïntensiveerd.<sup>31</sup> Sinds 2007 zijn er verschillende voorstellen voor de invoering van een CO<sub>2</sub>-grenscorrectie gedaan. Een voorstel van de Commissie in 2007 voorzag in de verplichting om importrechten te verwerven.<sup>32</sup> Deze verplichting zou van toepassing zijn geweest op producten die blootgesteld zijn aan het koolstofweglekrisico of oneerlijke internationale concurrentie, totdat de betreffende landen vergelijkbare maatregelen tot vermindering van de uitstoot van broeikasgassen zouden hebben genomen. Voor de berekening van de hoogte van de CO<sub>2</sub>-grenscorrectie voor de invoer zou het equivalent van de gemiddelde emissies van de producten in de EU als uitgangspunt zijn genomen, de kosteloze toewijzing van emissierechten zou daarop in mindering zijn gebracht en de uitkomst zou vervolgens zijn vermenigvuldigd met het gewicht van de ingevoerde goederen. Het voorstel van de Commissie bevatte ook een exportcorrectie door middel van emissierechten.<sup>33</sup> Uiteindelijk is dit voorstel niet opgenomen in het gepubliceerde voorstel voor de derde fase van het EU-ETS.<sup>34</sup> In art. 10 ter lid 1 richtlijn 2009/29/EG<sup>35</sup> is alleen de *mogelijkheid* opgenomen voor de Commissie om het EU-ETS tevens van toepassing te verklaren op importeurs van producten die worden geproduceerd door de overeenkomstig art.10 bis vastgestelde sectoren of deelsectoren.<sup>36</sup>

31. Michael A. Mehling, Harro van Asselt, Kasturi Das, Susanne Drooge, Cleo Verkuijl, 'Designing Border Carbon Adjustments for Enhanced Climate Action' [2019] ASIL, blz. 449.

32. Draft Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC (10 December 2007, version 14), niet gepubliceerd, maar beschreven in Michael A. Mehling, Harro van Asselt, Kasturi Das, Susanne Drooge, Cleo Verkuijl, 'Designing Border Carbon Adjustments for Enhanced Climate Action' [2019] ASIL, blz. 449.

33. *Ibid.*

34. COM(2008) 30 final, d.d. 23 januari 2008.

35. Richtlijn 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG teneinde de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten van de Gemeenschap te verbeteren en uit te breiden, PBL 140 van 5.6.2009, blz. 63.

36. Deze mogelijkheid is als volgt toegelicht in overweging 25 van de considerans bij richtlijn 2009/29/EG: '(...) *Energie-intensieve bedrijfstakken waarvan wordt vastgesteld dat het weglekeffect een significante risicofactor vormt, zouden een grotere kosteloze toewijzing kunnen krijgen of er zou een effectieve koolstofcompensatieregeling kunnen worden ingevoerd teneinde installaties uit de Gemeenschap waarvoor het weglekeffect een significante risicofactor vormt en installaties uit derde landen een vergelijkbare uitgangspositie te geven. Een dergelijke regeling zou aan importeurs eisen kunnen opleggen die niet minder gunstig zijn dan de eisen die voor installaties binnen de Gemeenschap gelden, bijvoorbeeld door de levering van emissierechten verplicht te stellen.*'

Deze bepaling bevat niet de specifieke voorwaarden waaraan deze uitbreiding van het EU-ETS naar import moet voldoen. Wel is ten aanzien van deze bepaling het belang van de verenigbaarheid met de WHO-overeenkomst benadrukt.<sup>37</sup> Voorts is een tweetal voorstellen gedaan voor de invoering van een CO<sub>2</sub>-grenscorrectie op grond van deze bepaling.<sup>38</sup> De rechtsonzekerheid ten aanzien van de verenigbaarheid van een CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme met onder andere de WHO-regels heeft echter tot gevolg gehad dat tot op heden geen van de voorstellen heeft geleid tot de invoering van een dergelijke correctie.<sup>39</sup>

#### 4. Verenigbaarheid CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme met de WHO-regels

##### 4.1. Algemeen

Voor de verenigbaarheid van een CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme met de WHO-regels is de in 1947 gesloten Algemene Overeenkomst inzake tarieven en handel (GATT)<sup>40</sup> van belang. De GATT beoogt de internationale handel te liberaliseren door middel van verlaging van de douanetarieven, de opheffing van handelsbelemmeringen en algemene openstelling van de nationale markten.

De GATT biedt onder voorwaarden een specifieke grondslag voor een grenscorrectieheffing, zoals het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme. Art. II lid 2 onder a, GATT bevat een algemene uitzondering voor de toepassing van een grenscorrectieheffing die gelijkwaardig is aan een binnenlandse belasting voor een overeenkomstig binnenlands product. Een fundamentele vereiste waaraan een dergelijke grenscorrectie dient te voldoen is het non-discriminatievereiste en in het bijzonder het beginsel van nationale behandeling (*national treatment*) en het meestbegunstigingsprincipe (*most favored nation* (MFN)). Een andere optie is dat de CO<sub>2</sub>-grenscorrectie zodanig wordt vormgegeven dat een beroep kan worden gedaan op een of meerdere gronden genoemd in art. XX GATT waarvoor een uitzondering van de vrijhandelsbepalingen gerechtvaardigd is. In het bijzonder zou een beroep kunnen worden

37. Zie overweging 25 van de preambule bij richtlijn 2009/29/EG.

38. Non-Paper Franse regering: Mechanism for the Inclusion of Importers in the EU Emission Quota Trading Scheme, 2008 en Non-Paper: 'Carbon Inclusion Mechanism for the Cement Sector, 2016. Beiden niet gepubliceerd maar beschreven in Michael A. Mehling, Harro van Asselt, Kasturi Das, Susanne Drooge, Cleo Verkuijl, 'Designing Border Carbon Adjustments for Enhanced Climate Action' [2019] ASIL, blz. 450-451.

39. Michael A. Mehling, Harro van Asselt, Kasturi Das, Susanne Drooge, Cleo Verkuijl, 'Designing Border Carbon Adjustments for Enhanced Climate Action' [2019] ASIL, blz. 451.

40. GATT is na de oprichting van de Wereldhandelsorganisatie in 1995 onderdeel van (de rechtsbronnen van) deze organisatie is geworden.

gedaan op de uitzondering voor maatregelen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van het leven of de gezondheid van mensen, dieren of planten (art. XX onder b, GATT) of die strekken tot het behoud van uitputbare natuurlijke hulpbronnen (art. XX onder g, GATT).

#### 4.2. Kwalificatie CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme

Indien het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme wordt vormgegeven als een grensbelasting of douanerecht voor bepaalde producten zal moeten worden beoordeeld of daadwerkelijk sprake is van een heffing op de import of een binnenlandse belasting. Art. II GATT is van toepassing op douane- en importheffingen en verbiedt WHO-leden hogere heffingen op te leggen dan zijn opgenomen in de overeengekomen concessielijsten. Op grond van art. II lid 2, onder a), GATT mogen de WHO-leden ingevoerde producten onderwerpen aan dezelfde heffing als de binnenlandse belasting die van toepassing is op soortgelijke binnenlandse producten of op een product waaruit het ingevoerde product geheel of gedeeltelijk is vervaardigd. Een dergelijke grensheffingscorrectie wordt gezien als een binnenlandse belasting als bedoeld in art. III GATT en kwalificeert niet als een importheffing. Voorwaarde is dat het correctiemechanisme niet aan de import van de producten als zodanig is gekoppeld, maar aan een interne factor, zoals bijvoorbeeld het op de binnenlandse markt verkopen van een bepaald product, bijvoorbeeld staal.<sup>41</sup>

Indien de CO<sub>2</sub>-grenscorrectie wordt vormgegeven als een uitbreiding van het EU-ETS naar import of de introductie van vergelijkbare verplichtingen buiten het EU-ETS, is het de vraag of een verplichting tot aankoop en inlevering van emissierechten kwalificeert als een heffing in de zin van art. III lid 2 GATT waarvoor een grenscorrectie is toegestaan op grond van art. II lid 2 onder a), GATT. Indien dit niet het geval is en het EU-ETS moet worden aangemerkt als een binnenlandse *regeling* als bedoeld in art. III lid 4 GATT, biedt art. II lid 2 onder a), GATT geen basis voor een grenscorrectie.<sup>42</sup> In de literatuur wordt ook wel het standpunt verdedigd dat de verplichting om emissierechten te kopen en in te leveren, gezien het verplichte karakter ervan en het ontbreken van een tegenprestatie, gelijk kan

worden gesteld aan een binnenlandse belasting.<sup>43</sup> De invoering van een koolstofbelasting voor producten met een koolstofweglekrisico is het meest duidelijk te kwalificeren als een binnenlandse belasting in de zin van art. III lid 2 GATT. Over de toelaatbaarheid van een grenscorrectieheffing op geïmporteerde producten bestaat in dat geval geen twijfel mits deze niet-discriminerend is.

Uit art. II lid 2, sub a) GATT volgt dat een grenscorrectie uitsluitend is toegestaan indien deze gelijkwaardig is aan een binnenlandse belasting die direct of indirect wordt geheven van het overeenkomstige binnenlandse *product*. Indien het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme wordt afgestemd op de kosten van het EU-ETS voor Europese bedrijven is van belang dat nog geen duidelijkheid bestaat over de vraag of eveneens een grenscorrectieheffing is toegestaan die mede is gebaseerd op het koolstofverbruik van de 'inputs' (zoals grondstoffen, halffabricaten) die in het productieproces zijn verbruikt maar niet meer in het product aanwezig zijn. Tot op heden is deze vraag nog niet eerder door een GATT- of WHO-panel beantwoord.<sup>44</sup> Het is derhalve nog onduidelijk of rekening mag worden gehouden met de belasting op basis van het energieverbruik tijdens het productieproces.

#### 4.3. Non-discriminatiebeginsel: beginsel van nationale behandeling

Art. III lid 1 GATT bevat het algemene verbod om de binnenlandse productie te beschermen door middel van binnenlandse belastingen en heffingen of overige voorschriften met betrekking tot onder andere verkoop, vervoer, distributie, be- of verwerking of gebruik van producten. Art. III lid 2 GATT bepaalt dat ingevoerde producten niet direct of indirect mogen worden onderworpen aan binnenlandse belastingen of andere interne heffingen van welke aard dan ook dan welke direct of indirect op overeenkomstige binnenlandse producten worden toegepast. De definitie van overeenkomstige producten in deze bepaling moet breed worden geïnterpreteerd en omvat niet alleen dezelfde producten maar tevens rechtstreeks concurrerende of substitueerbare producten.<sup>45</sup>

41. Appellate Body Report, China—Measures Affecting Imports of Automobile Parts, WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R (12 januari 2009), par. 161.

42. Art. III lid 4 GATT bepaalt hieromtrent het volgende: *'De produkten van oorsprong uit het grondgebied van enige verdragsluitende partij mogen bij invoer in het grondgebied van een andere verdragsluitende partij, wat betreft alle wetten, verordeningen en voorschriften betreffende verkoop, aanbod ten verkoop, koop, vervoer, distributie of gebruik in het binnenland, geen minder gunstige behandeling genieten dan die welke wordt verleend aan overeenkomstige produkten van binnenlandse oorsprong.'*

43. See, e.g., Javier de Cendra, 'Can Emissions Trading Schemes Be Coupled with Border Tax Adjustments? An Analysis Vis-à-Vis WTO Law', [2006] 15 REV. EUR. COMM. & INT'L ENVTL. L. 131, blz. 135-136.

44. In de zaak *U.S.-Superfund* (GATT Panel Report, United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances, BISD 34S/136 (17 juni 1987)) heeft het GATT-panel zich alleen uitgesproken over de toelaatbaarheid van een belasting op chemische stoffen die als 'inputs' waren gebruikt voor de productie van eindproducten. Daarbij heeft het panel geen onderscheid gemaakt tussen 'inputs' die nog in het eindproduct aanwezig waren en die tijdens het productieproces waren uitgeput.

45. GATT, Border Tax Adjustments: Report of the Working Party, L/3464, BISD 18S/97 (Dec. 2, 1970), par. 14.

Of sprake is van 'overeenkomstige' producten, moet niet alleen worden beoordeeld op basis van de fysieke kenmerken van de producten, het eindgebruik en consumentenvoorkeur, maar ook het doel van de maatregel. Art. III GATT beoogt immers te voorkomen dat binnenlandse belastingen en voorschriften worden toegepast op ingevoerde of binnenlandse producten, teneinde de binnenlandse productie te beschermen. Deze bepaling heeft echter niet tot doel de binnenlandse belastingen en voorschriften van de WHO-leden, die van land tot land verschillen, te harmoniseren.<sup>46</sup> In het licht van de doelstelling van het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme en de consumentenvoorkeur kan mogelijk worden verdedigd dat geïmporteerde koolstofintensieve producten niet gelijk kunnen worden gesteld aan koolstofarme producten, ook al zou gesteld kunnen worden dat staal dat met fossiele brandstoffen is geproduceerd een vergelijkbaar product is als staal dat met hernieuwbare energie is geproduceerd.<sup>47</sup> Uit de *Asbestos*-zaak volgt dat van groot belang is of de consument koolstofarme producten van koolstofintensieve producten onderscheiden, net als zij asbestvrije producten onderscheiden van producten met asbest.<sup>48</sup> Indien producten niet als 'overeenkomstig' zijn te beschouwen, moet vervolgens worden beoordeeld of de producten vallen onder de bredere definitie van rechtstreeks concurrerende of substitueerbare producten. Dit vereist een beoordeling van onder andere de aard en de eigenschappen van de producten, de concurrentievoorwaarden op de relevante markt, het eindgebruik, de tariefindeling<sup>49</sup> en in sommige gevallen tevens de input en de productieprocessen.<sup>50</sup> Een binnenlandse belasting wordt alleen als discriminerend beschouwd indien geïmporteerde producten die rechtstreeks concurreren met de binnenlandse producten of daarmee substitueerbaar zijn, niet op vergelijkbare wijze worden belast en indien de maatregel daadwerkelijk beoogd het binnenlandse product beschermen.<sup>51</sup> Het lijkt aannemelijk dat koolstofarme en koolstofintensieve producten in een dergelijke concurrentierelatie terecht zullen komen. De CO<sub>2</sub>-grenscorrectie

zal om die reden niet direct als discriminerend kunnen worden bestempeld indien het effect voor geïmporteerde producten niet exact hetzelfde is als de binnenlandse belasting.

Indien het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme zou worden aangevochten wegens strijdigheid met het beginsel van nationale behandeling, zal moeten worden aangetoond dat een eventueel verschil in belastingheffing tot doel heeft binnenlandse producten te beschermen. De verenigbaarheid van de CO<sub>2</sub>-grenscorrectie met art. III lid 2 GATT is derhalve afhankelijk van de mate van gelijkheid die met de CO<sub>2</sub>-grenscorrectie kan worden gegarandeerd. Hoewel het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme niet tot doel heeft binnenlandse producten te beschermen, maar gericht is op het beperken van het koolstofweglekrisico, lijkt het raadzaam het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme te baseren op de laagste kosten voor binnenlandse producenten in de specifieke sectoren, teneinde te voorkomen dat de CO<sub>2</sub>-grenscorrectieheffing wordt aangemerkt als een discriminerende maatregel.<sup>52</sup> Daarnaast zal bij de vaststelling van de hoogte van de CO<sub>2</sub>-grenscorrectie rekening moeten worden gehouden met de nationale compensatiemaatregelen en kosteloze toewijzingen van emissierechten die voor de binnenlandse producten geldt.

#### 4.4. Non-discriminatiebeginsel: meest begunstigingsprincipe

Het tweede fundamentele markttoegangsprincipe waaraan de CO<sub>2</sub>-grenscorrectie dient te voldoen, vormt het algehele meest begunstigingsprincipe (*most favored nation* principe), neergelegd in art. I lid 1 GATT. Dit principe komt erop neer dat ieder direct of indirect voordeel, ieder voorrecht, iedere gunst of vrijstelling verleend in het kader van de toepassing van in- en uitvoerrechten of heffingen, bedoeld in de leden 2 en 4 van art. III, die wordt verleend aan producten van oorsprong uit of bestemd voor enig ander land, onmiddellijk en onvoorwaardelijk moet worden verleend aan overeenkomstige producten afkomstig uit of bestemd voor het grondgebied van alle andere WHO-leden. Wat betreft de reikwijdte van dit principe is van belang dat de tekst en de interpretatieve nota bij art. I GATT uitsluitend verwijzen naar 'overeenkomstige producten' (*like products*). De reikwijdte van art. I GATT is derhalve minder ruim dan die van art. III GATT dat tevens van toepassing is op rechtstreeks concurrerende en substitueerbare producten.<sup>53</sup> Ervan uitgaande dat de koolstofintensieve producten die aan het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme wor-

46. Zie de interpretatieve nota bij artikel III, 'National Treatment on Internal Taxation and Regulation', WTO, blz. 125 en 126.

47. Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R (Apr. 5, 2001), par. 122.

48. *Ibid.*

49. Appellate Body Report, *Japan Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R 22 (4 oktober 1996), par. 25.

50. Appellate Body Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R (May 6, 2013), para. 5.63.

51. Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R 22 (4 oktober 1996), par. 5.11. Matsushita M., Schoenbaum T.J., Mavroidis P.C., Hahn M., *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*, 3 ed., OUP: 2015, blz. 762 en 763.

52. Michael A. Mehling, Harro van Asselt, Kasturi Das, Susanne Drooge, Cleo Verkuijl, 'Designing Border Carbon Adjustments for Enhanced Climate Action' [2019.] *ASIL*, blz. 461.

53. Interpretatieve nota bij artikel I, ('General Most-Favoured-Nation Treatment'), blz. 36. Zie ook het panelrapport in de zaak *EEC-Measures on Animal Feed Proteins*, L/4599, BISD 25S/49 (March 14, 1978), par. 103.

den onderworpen niet gelijk kunnen worden gesteld aan koolstofarme producten, lijkt het meestbegunstigingsprincipe niet in de weg te staan aan het maken van een onderscheid tussen landen op basis van productiemethoden. Hoewel een dergelijk onderscheid ten aanzien van overeenkomstige producten eerder in strijd werd geoordeeld met het meestbegunstigingsprincipe<sup>54</sup>, wordt in de literatuur<sup>55</sup> het standpunt verdedigd dat dit beginsel is genuanceerd door het panel in de zaak *Canada-Autos*.<sup>56</sup> Voorwaarde is dat het onderscheid in toepasbaarheid van het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme neutraal is geformuleerd en niet gerelateerd is aan de herkomst van de producten, maar aan de gehanteerde processen en productiemethoden.<sup>57</sup> Het meestbegunstigingsprincipe staat er voorts niet aan in de weg dat de maatregel voorziet in een uitzondering voor producten afkomstig uit of bestemd voor ontwikkelingslanden. Op grond van de 'Enabling Clause' van 1979<sup>58</sup> mogen de WHO-leden onder de voorwaarden uiteengezet in deze uitzondering een gedifferentieerde en gunstiger behandeling toekennen aan de ontwikkelingslanden, zonder daarmee in strijd te handelen met het meestbegunstigingsprincipe van art. I lid 1 GATT. De toepassing van deze clausule mag echter niet leiden tot een maatregel die belemmeringen voor de handel van andere WHO-leden kan opwerpen. Bovendien moet worden aangetoond dat er voldoende samenhang bestaat tussen enerzijds de voorkeursbehandeling en anderzijds de verlichting van de behoeften van de ontwikkelingslanden op het gebied van ontwikkeling, financiën en handel.<sup>59</sup>

#### 4.5. Verenigbaarheid CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme met de uitzonderingen voor milieumaatregelen

Indien het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme niet voldoet aan de voorwaarden van art. II lid 2, onder A, GATT, kan mogelijk een beroep worden gedaan op een van de uitzonderingen voor milieumaatregelen opgenomen in art. XX GATT. Deze bepaling bevat een uitputtende lijst van gronden die door de WHO-leden kunnen worden ingeroepen om maat-

regelen die in strijd zijn met de vrijhandelsbepalingen, alsnog te rechtvaardigen omdat deze maatregelen noodzakelijk zijn voor de bescherming van het leven of de gezondheid van mensen, dieren of planten (art. XX, onder b, GATT) of strekken tot het behoud van uitputbare natuurlijke hulpbronnen (art. XX, onder g, GATT).

##### 4.5.1. Artikel XX, onder b) bescherming van het leven of de gezondheid van mensen, dieren of planten

Het lijkt goed verdedigbaar dat de CO<sub>2</sub>-grenscorrectie valt onder de uitzondering voor maatregelen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van het leven of de gezondheid van mensen, dieren of planten. Het WHO-panel oordeelde in de zaak *Brazil-Taxation* dat 'the reduction of CO<sub>2</sub> emissions is one of the policies covered by subparagraph (b) of Article XX, given that it can fall within the range of policies that protect human life or health'.<sup>60</sup> Uit de geschilbeslechting over deze uitzonderingsgrond volgt dat een maatregel als 'noodzakelijk' kan worden aangemerkt indien deze een materiële bijdrage levert aan de verwezenlijking van het doel van art. XX, onder b), GATT. In de noodzakelijkheidsvoorwaarde ligt voorts besloten dat de maatregel proportioneel dient te zijn in het licht van de nagestreefde doelstelling. Er mag derhalve geen alternatieve maatregel zijn waarmee hetzelfde doel wordt bereikt en die minder handelsbeperkend is.<sup>61</sup> Met betrekking tot het eerste vereiste heeft de WHO-beeroepsinstantie in de zaak *Korea-Beef* opgemerkt dat een maatregel eerder aan deze voorwaarde voldoet indien deze vitale en belangrijke gemeenschappelijke belangen nastreeft.<sup>62</sup> Aan deze voorwaarde lijkt het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme goed te kunnen voldoen. In de literatuur wordt voorts gewezen op het risico dat potentiële klagers zouden kunnen aanvoeren dat de kosteloze toekenning van emissierechten als een alternatieve en meer proportionele maatregel moet worden beschouwd.<sup>63</sup> Om dit risico te beperken, is niet uitgesloten dat de CO<sub>2</sub>-grenscorrectie lager wordt vastgesteld om rekening te houden met de kosteloze toekenning van emissierechten in de verschillende lidstaten. Dit zou echter afbreuk kunnen doen aan de effectiviteit van deze correctie. Een alternatief zou zijn

54. Michael A. Mehling, Harro van Asselt, Kasturi Das, Susanne Droege, Cleo Verkuijl, 'Designing Border Carbon Adjustments for Enhanced Climate Action' [2019], *ASIL*, blz. 463.

55. Zie o.a. Joost Pauwelyn, 'Carbon Leakage Measures and Border Tax Adjustments Under WTO Law', in: *Research Handbook on Environment, Health and the WTO 448* (Denise Prevost & Geert Van Caster eds., 2013), par. 495 en Michael A. Mehling, Harro van Asselt, Kasturi Das, Susanne Droege, Cleo Verkuijl, 'Designing Border Carbon Adjustments for Enhanced Climate Action' [2019] *ASIL*, blz. 463.

56. Panel Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R (Feb. 11, 2000).

57. *Ibid.*, par. 10.25.

58. Besluit van 28 november 1979 (L/4903).

59. European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries, WT/DS246/AB/R (Apr. 20, 2004), par. 164.

60. Panel Report, *Brazil - Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS472/R, WT/DS497/R (30 augustus 2017, par. 7.880).

61. Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R (Apr. 5, 2001), par. 172.

62. Appellate Body Report, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef ("Korea – Beef")*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopted 10 January 2001, par. 163 en 166.

63. Michael A. Mehling, Harro van Asselt, Kasturi Das, Susanne Droege, Cleo Verkuijl, 'Designing Border Carbon Adjustments for Enhanced Climate Action' [2019], *ASIL*, blz. 466.



dat voor de producten die aan de CO<sub>2</sub>-grenscorrectie zijn onderworpen geen kosteloze toekenning van emissierechten meer kan plaatsvinden, tenzij de noodzaak daartoe wordt aangetoond rekening houdend met de grenscorrectie op geïmporteerde producten. Dit zou echter een ingrijpende wijziging van het EU-ETS inhouden.

#### 4.5.2. Artikel XX, onder g) instandhouding van uitputbare natuurlijke hulpbronnen

Een tweede uitzondering op grond waarvan de CO<sub>2</sub>-grenscorrectieheffing zou kunnen worden gerechtvaardigd, betreft art. XX, onder g), GATT en ziet op de instandhouding van uitputbare natuurlijke hulpbronnen. Het panel in de zaak *U.S.-Gasoline* heeft erkend dat schone lucht een natuurlijke en uitputbare hulpbron is in de zin van deze uitzondering.<sup>64</sup> De beroepsinstantie in de zaak *U.S.-Shrimp* voegde eraan toe dat deze uitzonderingsgrond moet worden uitgelegd in het licht van de actuele bezorgdheid over de bescherming en de instandhouding van het milieu.<sup>65</sup> Ten aanzien van de CO<sub>2</sub>-grenscorrectie wordt de breed gedragen bezorgdheid over klimaatverandering als gevolg van de uitstoot van broeikasgassen met het in Parijs gesloten Klimaatverdrag onderstreept. Voorts moet de maatregel redelijkerwijs verband houden met de nagestreefde doelstelling en mag het toepassingsbereik van het wetgevingskader dat de CO<sub>2</sub>-grenscorrectie invoert niet disproportioneel breed zijn in relatie tot de doelstelling.<sup>66</sup> In de literatuur wordt het standpunt verdedigd dat zonder flagrante inconsistenties of protectionistische kenmerken de wetgeving inzake klimaatverandering, zoals het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme, normaal gesproken deze 'gerelateerde' test zou moeten doorstaan.<sup>67</sup> Ten slotte volgt uit de voorwaarden van art. XX, onder g), GATT dat de maatregel, in dit geval de CO<sub>2</sub>-grenscorrectie, 'doeltreffend' moet zijn.<sup>68</sup>

#### 4.5.3. Artikel XX Aanhef

Op grond van het voorgaande lijkt het verdedigbaar dat een CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme kan

worden gerechtvaardigd op grond van beide besproken uitzonderingsgronden. Voor beide uitzonderingsgronden zal moeten worden voldaan aan de voorwaarden genoemd in de aanhef van art. XX GATT. Op grond van deze voorwaarden mag het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme geen willekeurige of ongerechtvaardigde discriminatie vormen tussen landen waar dezelfde omstandigheden heersen en mag deze geen verkapte beperking van de internationale handel inhouden. Of de vormgeving van het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme aan deze voorwaarden kan voldoen, is afhankelijk van de specifieke invulling en details van dit mechanisme.

Indien het correctiemechanisme zou worden gebaseerd op de kosten van het huidige EU-ETS is het de vraag of een effectief correctiemechanisme kan worden vormgegeven dat tevens voldoet aan het non-discriminatiebeginsel. Naast de praktische vragen over de wijze waarop de CO<sub>2</sub>-*footprint* van geïmporteerde producten objectief kan worden berekend en de wijze waarop vergelijkbare emissiehandelssystemen in derde landen zullen worden beoordeeld, lijkt de systematiek niet geschikt voor de toewijzing van emissierechten aan ondernemingen die in derde landen zijn gevestigd. In het huidige EU-ETS hangt het aantal rechten dat elke lidstaat ontvangt immers af van een aantal factoren, waaronder het bbp. Voorts zou het behoud van de kosteloze toewijzingen in ieder geval in strijd kunnen zijn met het non-discriminatiebeginsel indien de hoogte van de CO<sub>2</sub>-grenscorrectie hiermee geen rekening zou houden. Een uniform belasting- of heffingstelsel zal alleen al om deze reden minder vatbaar zijn voor klachten over protectionisme en discriminatie en zal derhalve eenvoudiger kunnen voldoen aan de voorwaarden van de 'milieu-uitzonderingen'.<sup>69</sup>

## 5. Conclusie

Om te voorkomen dat de in de Green Deal geformuleerde klimaatambities de concurrentiepositie van de Europese ondernemingen verzwakken en deze ondernemingen hun productie naar een land buiten de EU verplaatsen, is een mechanisme nodig om het gelijke speelveld tussen koolstofintensieve geïmporteerde producten en koolstofarme Europese producten te waarborgen. Een CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme zou hiervoor een geschikt instrument kunnen zijn. De vormgeving van een dergelijk mechanisme is, gelet op de strenge eisen die volgen uit de WHO-regels en in het bijzonder de GATT, een uitdagende opdracht. Ten eerste is er nog veel onduidelijkheid over de mogelijkheid een dergelijk mechanisme toe te passen indien het wordt gebaseerd op de kosten voor binnenlandse producten van een binnenlands systeem als het EU-ETS. Een correctieheffing voor op het op de markt brengen

64. Panel Report, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/R (May 20, 1996), as modified by the Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R (May 20, 1996), par. 6.37.

65. Appellate Body Report, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R (Nov. 6, 1998), par. 129.

66. *Ibid.*, para. 141.

67. Michael A. Mehling, Harro van Asselt, Kasturi Das, Susanne Droege, Cleo Verkuijl, 'Designing Border Carbon Adjustments for Enhanced Climate Action' [2019], *ASIL*, blz. 467.

68. Panel Report, United States–Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/R (May 20, 1996), as modified by the Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R (May 20, 1996), blz. 19.

69. Matsushita M., Schoenbaum T.J., Mavroidis P.C., Hahn M., *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*, 3 ed., OUP: 2015, blz. 767.

van geïmporteerde producten, die is gebaseerd op een binnenlandse koolstofbelasting voor de Europese ondernemingen, lijkt beter in de WHO-systematiek te passen. Ten tweede is onzeker of het grenscorrectiemechanisme rekening mag houden met de binnenlandse 'belasting' op basis van het energieverbruik tijdens het productieproces, omdat een dergelijk mechanisme alleen is toegestaan voor binnenlandse belastingen op producten. Ten derde is het de vraag of een effectief grenscorrectiemechanisme zodanig kan worden vormgegeven dat het niet-discriminerend is. Deze onzekerheid zal zonder twijfel worden aangegrepen om het mechanisme aan te vechten.

De invoering van een binnenlandse koolstofbelasting lijkt het beste in de WHO-systematiek te passen. Dit betekent echter een ingrijpende wijziging van het EU-ETS. Dat geldt ook voor een uitbreiding van het huidige EU-ETS naar geïmporteerde producten. Het huidige systeem lijkt immers niet één-op-een toepasbaar op geïmporteerde producten. Een verplichting tot aankoop van emissierechten voor geïmporteerde producten buiten het EU-ETS zal de 'EU-ETS kosten' van EU producenten zo nauwkeurig mogelijk moeten weerspiegelen om aan het non-discriminatiebeginsel te voldoen.

In plaats van een rechtvaardiging van het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme op basis van een interne belasting, zou dit mechanisme ook kunnen worden vormgegeven als een maatregel die voldoet aan een van de uitzonderingsgronden van art. XX GATT. Art. XX GATT voorziet in een uitzondering op de vrijhandelsbepalingen voor maatregelen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van het leven of de gezondheid van mensen, dieren of planten (art. XX, onder b, GATT) of strekken tot het behoud van uitputbare natuurlijke hulpbronnen (art. XX, onder g, GATT). Een beroep op deze uitzonderingen slaagt alleen indien het mechanisme aantoonbaar bijdraagt aan deze doelstellingen en bovendien proportioneel, noodzakelijk en niet discriminerend is.

Naast de uitdagingen in verband met de onzekerheid over de verenigbaarheid met de WHO-regels, geldt dat de vormgeving van het grenscorrectiemechanisme uiterst complex is. Zo vereisen alle door de Commissie genoemde opties voor het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme in ieder geval een objectieve methode voor de bepaling van de CO<sub>2</sub>-*footprint* van de geïmporteerde producten op basis van de soort en de hoeveelheid energie die tijdens het productieproces wordt verbruikt. Daarbij zal moeten worden voorzien in een objectieve beoordelingsmethode van emissie maatregelen van derde landen. Gelet op het ingrijpende karakter van een CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme en de hoeveelheid aan kanttekeningen die daar op grond van de WHO-regels (GATT) bij kunnen worden geplaatst, lijkt het vrijwel onvermijdelijk dat dit mechanisme zal worden aangevochten door andere WHO-leden. Aangezien het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme een alternatief vormt voor de (steun)maatregelen binnen het EU-ETS om het koolstofweglekrisico te beperken, lijkt de ruimte voor dergelijke maatregelen beperkt na invoering van het CO<sub>2</sub>-grenscorrectie-

mechanisme. Gelet op de complexiteit en het omstrede karakter van dit mechanisme, is het niet uitgesloten dat de toepassing van het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme in een beginfase slechts op een beperkt aantal producten zal worden toegepast. Veelgenoemde producten zijn staal en cement. Dit zou betekenen dat in ieder geval in de andere sectoren waarvoor een koolstofweglekrisico is vastgesteld, ruimte blijft bestaan voor het toepassen van de (steun)maatregelen om dit risico te beperken. Een meer precieze inschatting en analyse van de implicaties kan echter pas worden gemaakt op basis van het uitgewerkte voorstel van de Commissie voor de vormgeving van het CO<sub>2</sub>-grenscorrectiemechanisme dat medio 2021 wordt verwacht.