CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
T. ĆAPETA
van 17 november 2022[1]

Zaak C-123/21 P

Changmao Biochemical Engineering Co. Ltd
tegen

Europese Commissie

„Hogere voorziening – Dumping – Vaststelling van de normale waarde – ‚Referentielandmethode' – Artikel 2, lid 7, van verordening (EU) 2016/1036 – Paragraaf 15 van het Protocol inzake de toetreding van China tot de WTO – Bevoegdheid inzake rechterlijke toetsing – Arrest Nakajima/Raad"

I. Inleiding

1. Deze zaak betreft een door Changmao Biochemical Engineering Co. Ltd (hierna: „rekwirante") ingestelde hogere voorziening, waarmee zij het Hof verzoekt om het arrest van het Gerecht van 16 december 2020, Changmao Biochemical Engineering/Commissie (hierna: „bestreden arrest")[2], te vernietigen. Bij dat arrest heeft het Gerecht het beroep van rekwirante tot nietigverklaring van uitvoeringsverordening (EU) 2018/921 (hierna: „litigieuze verordening")[3] verworpen, met als gevolg dat de antidumpingrechten op de uitvoer van wijnsteenzuur van rekwirante uit China zijn gehandhaafd.

2. In het gedeelte van de hogere voorziening waarop ik deze conclusie zal toespitsen[4], betwist rekwirante in wezen de slotsom van het Gerecht dat het niet kon toetsen of artikel 2, lid 7, van verordening (EU) 2016/1036 (hierna: „basisverordening")[5] rechtmatig was in het licht van de overeenkomsten van de Wereldhandelsorganisatie (hierna: „WTO"), met name paragraaf 15 van het Protocol inzake de toetreding van China tot de WTO[6] (hierna: „Toetredingsprotocol"). Deze hogere voorziening doet dan ook belangrijke vragen rijzen over de grenzen van de bevoegdheden van het Hof om handelingen van de instellingen van de Unie te toetsen aan het WTO-recht.

1 Oorspronkelijke taal: Engels.

2 T-541/18, niet gepubliceerd, EU:T:2020:605.

3 Uitvoeringsverordening van de Commissie van 28 juni 2018 tot instelling van een definitief antidumpingrecht op wijnsteenzuur van oorsprong uit de Volksrepubliek China naar aanleiding van een nieuw onderzoek in verband met het vervallen van de maatregelen op grond van artikel 11, lid 2, van de verordening (EU) 2016/1036 van het Europees Parlement en de Raad (PB 2018, L 164, blz. 14).

4 Op verzoek van het Hof beperk ik mijn conclusie tot het eerste middel in hogere voorziening.

5 Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende beschermende maatregelen tegen invoer met dumping uit landen die geen lid zijn van de Europese Unie (PB 2016, L 176, blz. 21).

6 WTO, Protocol inzake de toetreding van de Volksrepubliek China (WT/L/432, 23 november 2001).

II. Voorgeschiedenis van het geding

3. Op 7 december 1995 heeft de Chinese regering overeenkomstig artikel XII van de Overeenkomst tot oprichting van de WTO een verzoek ingediend tot toetreding tot die overeenkomst. Dezelfde dag is een werkgroep voor toetreding tot de WTO opgericht teneinde tot overeenstemming te komen over voor China en alle WTO-leden aanvaardbare toetredingsvoorwaarden. De Europese Commissie heeft namens de Europese Unie en haar lidstaten aan deze onderhandelingen deelgenomen.

4. Op 1 december 2001 is China toegetreden tot de WTO. In het kader van zijn toetredingsproces heeft dit land een reeks verplichtingen aanvaard, die in het Toetredingsprotocol zijn opgenomen. Dit protocol voorziet onder meer in een regeling voor de vaststelling van de normale waarde in antidumpingonderzoeken die verschilt van de regels in de antidumpingovereenkomst van de WTO.

5. In het bijzonder bevat paragraaf 15, onder a), van het Toetredingsprotocol regels voor de vaststelling van de normale waarde in antidumpingprocedures op grond waarvan de met het onderzoek belaste autoriteit van een WTO-lid gebruik kan maken van een methode die niet is gebaseerd op een strikte vergelijking met de prijzen en kosten op de binnenlandse markt van China. Het gebruik van deze methode is in de praktijk van belang, omdat dit betekent dat de met het onderzoek belaste autoriteit de prijzen en de kosten van een Chinese producent buiten beschouwing kan laten, waardoor geen nauwkeurig beeld wordt gegeven van de werkelijke normale waarde van het betrokken product.

6. Krachtens paragraaf 15, onder d), van het Toetredingsprotocol verviel een deel van deze regeling echter vijftien jaar na de datum van toetreding van China tot de WTO. Dat was op 11 december 2016.

7. Op 19 april 2017 – en dus, zoals tussen partijen vaststaat, na het verstrijken van de in het Toetredingsprotocol vastgestelde periode van vijftien jaar[7] – heeft de Commissie een bericht bekendgemaakt van opening van een nieuw onderzoek in verband met het vervallen van de antidumpingmaatregelen die van toepassing zijn op de invoer van wijnsteenzuur van oorsprong uit China.[8]

8. In dit bericht heeft de Commissie de belanghebbenden ervan in kennis gesteld dat de normale waarde overeenkomstig artikel 2, lid 7, onder a), van de basisverordening zou worden vastgesteld op basis van de zogenoemde „referentielandmethode”.[9] Deze methode kon in het kader van dat onderzoek worden toegepast omdat China in artikel 2, lid 7, onder b), van de basisverordening op dezelfde lijn wordt geplaatst als „landen met staatshandel die […] lid zijn van de WTO”.

9. In de praktijk kan door het gebruik van de „referentielandmethode” de normale waarde van invoer worden vastgesteld aan de hand van de prijzen in een geschikt derde land met een markteconomie in plaats van aan de hand van de prijzen en kosten op de binnenlandse markt van het land van uitvoer, waarvan de prijzen en kosten niet worden geacht te zijn vastgesteld in

7 Gepreciseerd zij dat alle partijen het er ter terechtzitting weliswaar over eens waren dat het onderzoek na de in het Toetredingsprotocol genoemde periode van vijftien jaar is geopend, maar dat er geen eensgezindheid was over de gevolgen van het verstrijken van die periode, zelfs niet tussen de instellingen van de Unie onderling.

8 Bericht van opening van een nieuw onderzoek in verband met het vervallen van de antidumpingmaatregelen die van toepassing zijn op de invoer van wijnsteenzuur van oorsprong uit de Volksrepubliek China (PB 2017, C 122, blz. 8).

9 Bericht van opening van een nieuw onderzoek in verband met het vervallen van de antidumpingmaatregelen die van toepassing zijn op de invoer van wijnsteenzuur van oorsprong uit de Volksrepubliek China, punt 5.2.2.

een situatie van een markteconomie.[10] Overeenkomstig artikel 2, lid 7, onder b), van de basisverordening moet deze methode worden toegepast, tenzij de producenten bij wie het onderzoek is ingesteld, kunnen aantonen dat het betrokken soortgelijke product op marktvoorwaarden wordt vervaardigd en verkocht. De „referentielandmethode" verschilt dus van de standaardmethode in artikel 2, leden 1 tot en met 6, van de basisverordening, volgens welke de normale waarde wordt vastgesteld aan de hand van de prijzen en kosten op de binnenlandse markt van het land van uitvoer.

10. De Commissie heeft rekwirante, andere producenten-exporteurs in China en de Chinese regering in kennis gesteld van de opening van dit nieuwe onderzoek in verband met het vervallen van de maatregel en van haar voornemen om de methode van artikel 2, lid 7, onder a), van de basisverordening toe te passen. Geen van deze partijen heeft aan het nieuwe onderzoek meegewerkt.

11. Op 28 juni 2018 heeft de Commissie de litigieuze verordening vastgesteld op grond waarvan de antidumpingrechten gehandhaafd bleven.[11] Met betrekking tot het bestaan van dumping heeft de Commissie de normale waarde berekend overeenkomstig artikel 2, lid 7, onder a), van de basisverordening.[12]

III. Beroep bij het Gerecht

12. Op 12 september 2018 heeft rekwirante bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring van de litigieuze verordening ingesteld. Daarin heeft rekwirante in wezen onder meer aangevoerd dat de normale waarde voor de invoer van haar wijnsteenzuur had moeten worden berekend op basis van artikel 2, leden 1 tot en met 6, van de basisverordening omdat artikel 2, lid 7, onder b), ervan – en bijgevolg de toepassing van de „referentielandmethode" overeenkomstig artikel 2, lid 7, onder a) – niet meer van toepassing was op invoer uit China na het verstrijken van de in paragraaf 15, onder d), van het Toetredingsprotocol genoemde periode van vijftien jaar.

13. Haar betoog bestond er dus in dat artikel 2, lid 7, onder b), van de basisverordening sinds 11 december 2016 niet meer kon worden toegepast op invoer uit China omdat het sinds die datum in strijd was met het Toetredingsprotocol. Volgens rekwirante had de Commissie dus in het onderliggende onderzoek de „referentielandmethode" niet mogen gebruiken omdat „een rechtsgrondslag voor de toepassing van artikel 2, lid 7, [ontbrak]".

14. Het Gerecht heeft op 16 december 2020 het bestreden arrest gewezen. Daarin heeft het Gerecht eraan herinnerd dat „WTO-overeenkomsten, gelet op hun aard en doel, in beginsel niet behoren tot de normen waaraan de rechtmatigheid van handelingen van de instellingen van de Unie wordt getoetst".[13]

[10] Zie over praktische problemen bij de toepassing van de „referentielandmethode" Zang, M. Q., „The WTO contingent trade instruments against China: what does accession bring?", *International and Comparative Law Quarterly*, deel 58, 2009, blz. 321-351, op blz. 326-330.

[11] Litigieuze verordening, overweging 181.

[12] Ibidem, overweging 45.

[13] Bestreden arrest, punt 58.

15. Rekwirante betwist niet dat dit „in beginsel" zo is. Zij voert veeleer aan dat haar situatie valt onder wat zij de „eerste uitzondering" op voornoemde regel noemt, zoals die is ontwikkeld in het arrest van het Hof in de zaak Nakajima. [14]

16. In het bestreden arrest heeft het Gerecht erkend dat er in de rechtspraak twee situaties bestaan waarin de rechtmatigheid van een Uniehandeling aan de WTO-overeenkomsten kan worden getoetst. De eerste situatie is die waarin „de Europese Unie uitvoering wilde geven aan een bijzondere verplichting die is aangegaan in het kader van die overeenkomsten" [15] (zoals werd erkend het geval te zijn geweest in de situatie die heeft geleid tot het arrest Nakajima). De tweede is die „waarin de betrokken Uniehandeling uitdrukkelijk verwijst naar specifieke bepalingen van die overeenkomsten" [16] (zoals blijkt uit de omstandigheden die hebben geleid tot het arrest Fediol [17]).

17. Rekwirante had de niet-toepasselijkheid van het arrest Fediol niet betwist, aangezien de betrokken Uniehandelingen niet uitdrukkelijk naar het WTO-recht verwijzen.

18. Onder verwijzing naar het arrest Rusal Armenal [18] heeft het Gerecht geoordeeld dat het arrest Nakajima niet van toepassing was, aangezien artikel 2, lid 7, van de basisverordening de uitdrukking vormt van de wil van de wetgever om „een bijzondere regeling in te voeren tot vaststelling van gedetailleerde regels voor de berekening van de normale waarde van invoer uit landen zonder markteconomie, waaronder de Volksrepubliek China". [19]

19. Subsidiair heeft rekwirante voor het Gerecht een tweede argument aangevoerd, namelijk dat zij, indien het arrest Nakajima niet van toepassing is, in aanmerking moet kunnen komen voor een „derde uitzondering" [20]. Rekwirante stelde dat zij „de bepalingen van een internationale overeenkomst rechtstreeks zou moeten kunnen inroepen […] wanneer op grond van de betrokken internationale overeenkomst een afwijking van de algemene regel is toegestaan en het Unierecht van deze mogelijkheid gebruikmaakt, zoals in casu het geval is". [21] Het Gerecht heeft deze argumentering afgewezen, ten eerste omdat het van oordeel was dat deze situatie niet verschilde van de situatie in de zaak Nakajima, en ten tweede omdat het Gerecht het niet passend vond om te erkennen dat er sprake was van een dergelijke „nieuwe" situatie. [22]

20. Derhalve heeft het Gerecht geoordeeld dat rekwirante zich niet met een beroep op het Toetredingsprotocol kon verzetten tegen de toepassing van artikel 2, lid 7, van de basisverordening. [23] Onder meer op die grond heeft het Gerecht het beroep van rekwirante verworpen.

[14] Arrest van 7 mei 1991, Nakajima/Raad (C-69/89, EU:C:1991:186, punten 29-32; hierna: „arrest Nakajima"), hoewel de huidige opvatting van het arrest Nakajima eigenlijk is gebaseerd op de herformulering van dat arrest in het arrest van 5 oktober 1994, Duitsland/Raad (C-280/93, EU:C:1994:367, punt 111).

[15] Bestreden arrest, punt 60.

[16] Ibidem.

[17] Arrest van 22 juni 1989, Fediol/Commissie (70/87, EU:C:1989:254, punten 19-23; hierna: „arrest Fediol"), (in die zaak verwees een Uniehandeling uitdrukkelijk naar op de General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) gebaseerde regels van internationaal recht waardoor het Hof heeft geoordeeld dat het zijn bevoegdheid tot uitlegging van de relevante bepalingen van de GATT kon uitoefenen).

[18] Arrest van 16 juli 2015, Commissie/Rusal Armenal (C-21/14 P, EU:C:2015:494; hierna: „arrest Rusal Armenal").

[19] Bestreden arrest, punt 65.

[20] Rekwirante heeft de situatie in het arrest Nakajima „de eerste uitzondering" en de situatie in het arrest Fediol „de tweede uitzondering" genoemd. Zie over het misplaatste gebruik van het woord „uitzondering" in verband met de arresten Nakajima en Fediol, punten 46 e.v. van deze conclusie.

[21] Bestreden arrest, punt 74.

[22] Ibidem.

[23] Bestreden arrest, punt 67.

IV. Procedure bij het Hof

21. In haar op 26 februari 2021 bij het Hof van Justitie ingestelde hogere voorziening verzoekt rekwirante het Hof het bestreden arrest te vernietigen, de door haar in het kader van haar beroep bij het Gerecht geformuleerde vorderingen toe te wijzen en de litigieuze verordening nietig te verklaren voor zover zij op haar betrekking heeft, en de Commissie en Distillerie Bonollo SpA, Industria Chimica Valenzana SpA en Caviro Distillerie Srl (hierna: „interveniënten") te verwijzen in rekwirantes kosten van deze hogere voorziening en van zaak T-541/18.

22. Het eerste middel in hogere voorziening is hoofdzakelijk gericht tegen drie punten van het bestreden arrest: respectievelijk punt 64 (waarin wordt geoordeeld dat het arrest Nakajima niet van toepassing is op de onderhavige situatie), punt 65 (waarin het arrest Rusal Armenal wordt toegepast om tot de slotsom te komen dat artikel 2, lid 7, van de basisverordening een autonome Unierechtelijke benadering vormt voor invoer uit landen zonder markteconomie, met inbegrip van China) en punt 74 (waarin de argumenten van rekwirante betreffende het bestaan van een „derde uitzondering" worden afgewezen).

23. De Commissie, ondersteund door interveniënten, verzoekt het Hof de hogere voorziening af te wijzen en rekwirante te verwijzen in de kosten.

24. Ter terechtzitting van 8 september 2022 hebben rekwirante, interveniënten, het Europees Parlement, de Raad en de Commissie opmerkingen ingediend.

V. Argumenten van partijen

25. Rekwirante betoogt hoofdzakelijk dat artikel 2, lid 7, van de basisverordening de uitdrukking is van de wil om binnen het Unierecht, in de zin van het arrest Nakajima, uitvoering te geven aan de gevolgen van het verstrijken van de in paragraaf 15, onder d), van het Toetredingsprotocol genoemde periode.

26. Tot staving van dit argument baseert rekwirante zich voornamelijk op de punten 54 en 55 van de toelichting bij het voorstel van de Commissie voor een besluit van de Raad betreffende de toetreding van China tot de WTO van 2001 (hierna: „voorstel van 2001").[24] Deze twee punten betreffen de methode voor de berekening van de normale waarde voor invoer uit China. In punt 55 wordt gepreciseerd dat de „specifieke procedures voor gevallen van vermeende dumping door Chinese exporteurs, die wellicht nog niet werken onder de normale condities van een markteconomie […] tot vijftien jaar na de toetreding van China [kunnen] worden toegepast".

27. Volgens rekwirante blijkt uit deze toelichting dat de Uniewetgever duidelijk de wil had om binnen het Unierecht, in de zin van het arrest Nakajima, het gebruik van de „referentielandmethode" van artikel 2, lid 7, van de basisverordening voor China te beperken tot een periode van slechts vijftien jaar. Om die reden heeft het Gerecht volgens rekwirante blijk

[24] Voorstel voor een besluit van de Raad houdende vaststelling van het standpunt van de Gemeenschap betreffende de toetreding van de Volksrepubliek China tot de [WTO] op de Ministeriële Conferentie die is ingesteld bij de Overeenkomst tot oprichting van de [WTO] (COM(2001) 517 definitief). Dit voorstel is aangenomen bij besluiten van de Raad houdende vaststelling van het standpunt van de Gemeenschap betreffende de toetreding van de Volksrepubliek China en het afzonderlijk douanegebied Taiwan, Penghu, Kinmen en Matsu („Chinees Taipei") tot de [WTO] op de Ministeriële Conferentie die is ingesteld bij de Overeenkomst tot oprichting van de [WTO] (Bull. 10-2001, punt 1.6.26).

gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het de rechtmatigheid van artikel 2, lid 7, van de basisverordening niet kon toetsen aan paragraaf 15 van het Toetredingsprotocol omdat de wil om daar uitvoering aan te geven ontbrak.

28. Rekwirante voert tevens aan dat het arrest Rusal Armenal niet van toepassing is op haar situatie. Volgens rekwirante had dit laatste arrest enkel betrekking op de toepassing van artikel 2, lid 7, van de basisverordening op de specifieke situatie van Armenië. Bijgevolg heeft de conclusie van het Hof in het arrest Rusal Armenal dat „artikel 2, lid 7, van de basisverordening de uitdrukking is van de wil van de Uniewetgever om op dit gebied een voor de rechtsorde van de Unie passende benadering vast te stellen”[25], uitsluitend betrekking op de situatie van landen zonder markteconomie die geen lid zijn van de WTO. Volgens rekwirante heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door dit arrest ook toe te passen op de situatie van invoer uit China na het verstrijken van het Chinese Toetredingsprotocol.

29. Subsidiair verwijt rekwirante het Gerecht dat het niet heeft erkend dat er omstandigheden waren op grond waarvan een „derde uitzondering” kon worden aanvaard, die een andere uitzondering was dan die welke aan de orde waren in de reeds aangehaalde arresten Nakajima en Fediol. Ter terechtzitting heeft zij dit standpunt verder ontwikkeld. Zij heeft uiteengezet dat de omstandigheden van de onderhavige zaak verschillen van die in de zaak Nakajima, aangezien artikel 2, lid 7, van de basisverordening is ingevoerd vóór de toetreding van China tot de WTO. Bijgevolg moeten de specifieke bewoordingen in de punten 54 en 55 van de toelichting bij het voorstel van 2001 aldus worden begrepen dat vijftien jaar na de datum van toetreding van China tot de WTO geen gebruik meer kan worden gemaakt van de „referentielandmethode”.

30. De Commissie en interveniënten, hierin tijdens de mondelinge behandeling ondersteund door het Parlement en de Raad, betwisten deze redenering. Zij wijzen er in wezen op dat de onderhavige zaak niet onder de in het arrest Nakajima genoemde omstandigheden valt. Zij betogen dat de toelichting bij het voorstel van 2001 niet relevant is om te beoordelen of de Uniewetgever in artikel 2, lid 7, van de basisverordening een voor de rechtsorde van de Unie passende benadering wilde vaststellen, zoals is erkend in het arrest Rusal Armenal. Volgens hen zijn de enige relevante bronnen om vast te stellen of de Uniewetgever uitvoering heeft willen geven aan een in het kader van de WTO aangegane bijzondere verplichting, de overwegingen van de basisverordening of andere documenten in verband met het proces van vaststelling of wijziging daarvan.

31. Zoals de Raad ter terechtzitting heeft uiteengezet, kan deze instelling in wezen „twee verschillende petten opzetten”: de ene pet wanneer zij optreedt als onderdeel van de Uniewetgever, en de andere wanneer zij deelneemt aan internationale onderhandelingen. Verklaringen die tijdens internationale onderhandelingen zijn afgelegd, kunnen dus niet worden gebruikt om de wil van de Uniewetgever bij op die grondslag vastgestelde handelingen te verklaren, laat staan bij de vaststelling of wijziging van handelingen die geen betrekking hebben op dat internationaalrechtelijke instrument.

32. Op basis daarvan heeft de Commissie, hierin ter terechtzitting ondersteund door het Parlement en de Raad, het standpunt ingenomen dat het arrest Nakajima alleen kan worden toegepast wanneer duidelijk en uitdrukkelijk blijkt dat de Uniewetgever uitvoering heeft willen geven aan een in het kader van de WTO aangegane bijzondere verplichting. Alleen in die situatie geeft de Uniewetgever de wil te kennen om zich te onderwerpen aan rechterlijke toetsing door het

[25] Arrest Rusal Armenal, punt 48.

Hof. Aangezien er bij artikel 2, lid 7, van de basisverordening geen sprake is van een dergelijk voornemen, vormt deze bepaling dus geen uitdrukking van de wil van de Uniewetgever om uitvoering te geven aan paragraaf 15 van het Toetredingsprotocol. Derhalve is het Hof volgens hen niet bevoegd om een handeling van de instellingen van de Europese Unie aan dat protocol te toetsen.

VI. Beoordeling

A. Opmerkingen vooraf

33. Internationale overeenkomsten waarbij de Unie partij is, zoals de WTO-overeenkomsten, maken deel uit van de rechtsorde van de Unie en zijn verbindend voor haar instellingen. Als onderdeel van die rechtsorde zijn die internationale overeenkomsten van hogere rang dan de bepalingen van afgeleid Unierecht. Dit volgt uit artikel 216, lid 2, VWEU en uit de rechtspraak van het Hof. [26]

34. Internationale overeenkomsten waarbij de Unie partij is, zijn derhalve niet alleen verbindend voor haar instellingen uit hoofde van het internationale recht en het beginsel pacta sunt servanda, maar ook uit hoofde van het constitutionele recht van de Unie. De bindende werking ervan voor de instellingen is een constitutionele keuze van de Unie. [27]

35. De tweede relevante constitutionele keuze betreft de aan het Hof toegekende rechterlijke toetsingsbevoegdheid. Binnen de rechtsorde van de Unie staat het aan het Hof om „te zeggen wat recht is” [28] en erop toe te zien dat de instellingen zich aan het recht houden. De Verdragen hebben het Hof reeds in het prille begin van het Europese project de bevoegdheid verleend om de handelingen van de instellingen rechterlijk te toetsen. [29] Tegenwoordig wordt die bevoegdheid direct uitgeoefend, via beroepen tot nietigverklaring (artikel 263 VWEU), of indirect, via de prejudiciële procedure (artikel 267 VWEU) en de exceptie van onwettigheid (artikel 277 VWEU). Van belang is dat het sinds het arrest Foto-Frost [30] duidelijk is dat het Hof van Justitie van de

[26] Het Hof heeft reeds in 1974 geoordeeld dat door de Unie gesloten internationale overeenkomsten een integrerend bestanddeel van haar rechtsorde vormen; zie arrest van 30 april 1974, Haegeman (181/73, EU:C:1974:41, punten 4 en 5), (standpunt dat een associatie die tot stand werd gebracht tussen de (toenmalige) Gemeenschap en Griekenland „bijgevolg, wat de Gemeenschap betreft, een handeling is, welke door een der instellingen van de Gemeenschap is verricht […] [en] dat de bepalingen van de overeenkomst […] een integrerend bestanddeel der communautaire rechtsorde vormen”). Later heeft het Hof ook bevestigd dat zij verbindend zijn voor de instellingen en van hogere rang zijn dan de bepalingen van afgeleid Unierecht. Zie bijvoorbeeld arrest van 3 juni 2008, Intertanko e.a. (C-308/06, EU:C:2008:312, punt 42), (betreffende het verbindende karakter van het Internationaal verdrag ter voorkoming van verontreiniging door schepen, ondertekend te Londen op 2 november 1973, zoals aangevuld door het protocol van 17 februari 1978).

[27] Om die constitutionele keuze gaat het in de onderhavige zaak. Om die reden zijn de door bepaalde instellingen ter terechtzitting aangevoerde argumenten, zoals het feit dat alleen het orgaan voor geschillenbeslechting van de WTO bevoegd is en kan beslissen of handelingen van de Unie al dan niet in overeenstemming zijn met het WTO-recht, voor de onderhavige zaak irrelevant. In deze hogere voorziening gaat het uitsluitend om de vraag of het Hof binnen de constitutionele orde van de Unie bevoegd is om dergelijke discrepanties vast te stellen.

[28] In de bewoordingen van het arrest van de U.S. Supreme Court (hoogste rechterlijke instantie, Verenigde Staten van Amerika) in de zaak Marbury v. Madison (5 U.S. (1 Cranch) 137) (1803), punt 177: „say what the law is”.

[29] Zie artikel 34 EGKS.

[30] Zie arrest van 22 oktober 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, punt 17).

Europese Unie (opgevat als zowel het Gerecht als het Hof) binnen de rechtsorde van de Unie bij uitsluiting bevoegd is om de rechtmatigheid van de handelingen van de instellingen van de Unie te toetsen. [31]

36. Indien deze twee kenmerken van de constitutionele orde van de Unie worden samengebracht, leiden zij tot de bevoegdheid van het Hof om te toetsen of de instellingen van de Unie, ook bij hun wetgevende keuzen, de uit de WTO-overeenkomsten voortvloeiende verplichtingen van de Unie naleven, die deel uitmaken van de rechtsorde van de Unie en derhalve verbindend voor hen zijn.

37. Wegens de politieke realiteit van het internationale handelsstelsel heeft het Hof echter reeds vanaf het prille begin [32] geaarzeld om zijn bevoegdheden inzake rechterlijke toetsing uit te oefenen wanneer het erom gaat te toetsen of de Uniewetgeving in overeenstemming is met de GATT [33] en later met de WTO-overeenkomsten [34].

38. Het Hof heeft de redenen voor deze rechterlijke terughoudendheid reeds uiteengezet in het arrest International Fruit Company [35]. Het Hof heeft eerst gewezen op de bijzondere aard en structuur van de GATT, die „uitgaat van het beginsel van onderhandelingen ‚op grondslag van wederkerigheid en wederzijds voordeel' en wordt gekenmerkt door een grote soepelheid van haar bepalingen, met name die betreffende de uitzonderingsmogelijkheden, de maatregelen die in geval van bijzondere moeilijkheden kunnen worden genomen, en de regeling van geschillen tussen de verdragsluitende partijen" [36].

39. Het Hof heeft verder uitgeweid over de soepelheid van de GATT-bepalingen in het arrest Duitsland/Raad [37] en heeft later dezelfde redenering toegepast op de WTO-overeenkomsten in het arrest Portugal/Raad [38]. In deze laatste zaak heeft het Hof uitgelegd dat de regeling voor geschillenbeslechting uit hoofde van de WTO-overeenkomsten weliswaar was versterkt in vergelijking met de in de GATT vastgestelde regeling, maar dat in het systeem voor geschillenbeslechting [39] niettemin een belangrijke plaats werd ingeruimd voor onderhandelingen tussen partijen. Hoewel uit het Memorandum van overeenstemming dus een „voorkeur" blijkt

[31] Ik herinner hier aan de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Nederland/Parlement en Raad (C-377/98, EU:C:2001:329, punt 147), waarin de advocaat-generaal heeft benadrukt dat „[m]eer in het algemeen […] het hoe dan ook beleidsmatig wenselijk [kan] worden geacht, dat het Hof de wettigheid van gemeenschapswetgeving kan toetsen aan Verdragen die de Gemeenschap binden. Er is geen andere rechterlijke instantie die de gemeenschapswetgeving kan toetsen; indien het Hof deze bevoegdheid wordt ontzegd, zouden de lidstaten eventuele conflicten tussen verplichtingen dus niet kunnen oplossen."

[32] In zijn arrest van 12 december 1972, International Fruit Company e.a. (21/72–24/72, EU:C:1972:115), heeft het Hof eerst bevestigd dat de GATT verbindend is voor de instellingen (punt 18) en daarna geoordeeld dat de bepalingen van die overeenkomst niet geëigend zijn om voor de justitiabelen rechten mee te brengen (punt 27). Wegens het ontbreken van rechtstreekse werking van die bepalingen hadden de justitiabelen niet het recht zich voor de nationale rechter op de GATT te beroepen om de geldigheid van het Unierecht te betwisten.

[33] In zijn arrest van 5 oktober 1994, Duitsland/Raad (C-280/93, EU:C:1994:367, punt 109), is het Hof tot de slotsom gekomen dat niet alleen de justitiabelen zich niet rechtstreeks op de GATT kunnen beroepen (aangezien de overeenkomst, in beginsel, geen rechtstreekse werking heeft), maar dat ook de lidstaten zich er niet op kunnen beroepen in het kader van krachtens artikel 260 VWEU ingestelde beroepen. Het Hof nam dus aan dat het niet bevoegd was de GATT in aanmerking te nemen om de wettigheid van een verordening van de Unie te beoordelen.

[34] In zijn arrest van 23 november 1999, Portugal/Raad (C-149/96, EU:C:1999:574, punt 47), heeft het Hof geoordeeld dat de oprichting van de WTO niets heeft veranderd aan zijn conclusie dat het Hof, in beginsel, het Unierecht niet kan toetsen aan de GATT en, meer algemeen, aan het WTO-recht.

[35] Arrest van 12 december 1972 (21/72–24/72, EU:C:1972:115).

[36] Ibidem, punt 21.

[37] Arrest van 5 oktober 1994, Duitsland/Raad (C-280/93, EU:C:1994:367, punten 106-109).

[38] Arrest van 23 november 1999, Portugal/Raad (C-149/96, EU:C:1999:574).

[39] Dat systeem is gebaseerd op het Memorandum van overeenstemming inzake de regels en procedures betreffende de beslechting van geschillen („Dispute Settlement Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes").

voor volledige tenuitvoerlegging van een aanbeveling om een maatregel in overeenstemming te brengen met het WTO-recht, biedt het diverse mogelijkheden om via onderhandelingen tot een wederzijds aanvaardbare compensatie te komen. [40]

40. Gelet op die structuur van de WTO-regeling, heeft het Hof geoordeeld dat de wetgevende organen van de Unie de mogelijkheid zou worden ontnomen om dergelijke onderhandelingen aan te gaan of om een wederzijds aanvaardbare compensatie te aanvaarden in plaats van het Unierecht in overeenstemming te brengen met het WTO-recht, indien de rechterlijke instanties hen zouden kunnen verplichten om Unierechtelijke bepalingen die niet in overeenstemming zijn met de WTO-overeenkomsten, buiten toepassing te laten. [41]

41. Het Hof moest zich dus onthouden van de uitoefening van zijn bevoegdheid inzake rechterlijke toetsing om de Uniewetgever niet de mogelijkheid te ontnemen gebruik te maken van de beoordelingsmarge die de WTO-overeenkomsten hem laten. Daarmee heeft het Hof het institutionele evenwicht zoals dat uit de WTO-regeling voortvloeit, geëerbiedigd. Volgens het Hof laten de WTO-overeenkomsten het aan de politieke instellingen over om te beslissen hoe uitvoering moet worden gegeven aan een in het kader daarvan aangegane bijzondere verplichting of om zelfs helemaal geen uitvoering te geven aan sommige WTO-verplichtingen.

42. De noodzaak om rechterlijke terughoudendheid aan de dag te leggen, werd ook ingegeven door het feit dat de belangrijkste handelspartners van de Europese Unie hun wetgevende en uitvoerende organen niet onderwierpen aan rechterlijk toezicht binnen de WTO. [42]

43. Deze twee redenen – de in de WTO-regeling ingebouwde soepelheid en de politieke realiteit dat de handelspartners van de Unie hun instellingen juridisch niet beletten om gebruik te maken van die soepelheid – hebben vervolgens tot de conclusie geleid dat „de WTO-overeenkomsten, […] in beginsel niet behoren tot de normen waaraan het Hof de wettigheid van handelingen van de [instellingen van de Unie] toetst”. [43]

44. Ik wil verduidelijken welke gevolgen uit deze rechtspraak voortvloeien. De eruit voortvloeiende beoordelingsmarge voor de politieke instellingen van de Unie, die de mogelijkheid omvat om een bepaalde uitlegging van de bepalingen van de WTO-overeenkomsten te kiezen en, na de daaraan verbonden consequenties te hebben beoordeeld, in voorkomend geval af te wijken van de krachtens de WTO-overeenkomsten op de

[40] Ibidem, punten 36-39.

[41] Zie in dat verband, ibidem, punt 40.

[42] Ibidem, punt 43.

[43] Ibidem, punt 47. Wegens diezelfde soepelheid heeft het Hof het ook onwenselijk geacht dat de geldigheid van handelingen van afgeleid recht van de instellingen zou kunnen worden getoetst aan aanbevelingen of uitspraken van het orgaan voor geschillenbeslechting van de WTO waarbij een schending van de WTO-regels was vastgesteld. Zie arresten van 1 maart 2005, Van Parys (C-377/02, EU:C:2005:121, punten 41-48); 9 september 2008, FIAMM e.a./Raad en Commissie (C-120/06 P en C-121/06 P, EU:C:2008:476, punten 127-133), en 18 oktober 2018, Rotho Blaas (C-207/17, EU:C:2018:840, punt 52).

Unie rustende verplichtingen [44], mag niet worden opgevat als een beslissing van het Hof om zijn bevoegdheid om te waarborgen dat de internationale verplichtingen van de Unie worden nagekomen, volledig op te geven.

45. Een dergelijke beslissing is constitutioneel niet mogelijk; zij zou het interinstitutionele evenwicht tussen de rechterlijke en de politieke instellingen van de Unie verstoren. [45]

46. Dit brengt mij bij het kennelijke misverstand dat de Commissie ter terechtzitting tot uiting heeft gebracht en waarin zij door het Parlement en de Raad leek te worden gesteund. Anders dan deze instellingen stellen, vormen de situaties die aan de orde waren in de zaken Nakajima en Fediol, waarin het Hof heeft besloten de geldigheid van handelingen van de Unie te toetsen aan het WTO-recht, geen „uitzonderingen" op een kennelijk ontbreken van rechterlijke toetsingsbevoegdheid op dit gebied. [46] De rechterlijke toetsingsbevoegdheid die het Hof in deze zaken heeft uitgeoefend, vloeit niet voort uit de welwillende wetgevende beslissing van de politieke instellingen van de Unie om aan het Hof de bevoegdheid terug te geven om hun handelingen aan het WTO-recht te toetsen. Zoals ik reeds heb uiteengezet, kan dit bij hetgeen binnen het constitutionele bestel van de Unie „de normale gang van zaken" is, niet worden aanvaard, aangezien de aan het Hof toegekende rechterlijke toetsingsbevoegdheid rechtstreeks uit de Verdragen voortvloeit. Deze twee situaties zijn veeleer gevallen waarin het Hof heeft geoordeeld dat het de op WTO-niveau noodzakelijke politieke beoordelingsmarge niet zou ondermijnen indien het Hof een geldigheidstoetsing zou uitvoeren van bepaalde handelingen van de politieke instellingen van de Unie.

47. Door de arresten van het Hof ontstaat een omvangrijke rechtspraak en de in een oorspronkelijk arrest uitgelegde regels worden vervolgens in latere arresten opnieuw toegepast op situaties die vergelijkbaar, maar niet volledig identiek zijn. Het betreurenswaardige neveneffect van dit proces is dat na verloop van tijd de band van de rechtspraak met de oorspronkelijke context, en vooral die met de eraan ten grondslag liggende rechtvaardiging, verloren gaat. Dit soort ontkoppeling is weliswaar zeldzaam, maar is een kenmerk dat inherent is aan een op precedenten gebaseerd systeem. [47]

[44] Zoals ik heb vastgesteld, is een dergelijke situatie voor de Europese Unie niet nieuw op het niveau van de GATT/WTO. Met haar regeling inzake de invoer, de verkoop en de distributie van bananen kwam de Unie haar verplichtingen uit hoofde van de WTO-overeenkomsten van 1997 tot en met 2012 openlijk niet na. Dit ondanks diverse onbevredigende uitvoeringen van panel- en nalevingsverslagen, alsmede geschorste concessies van meerdere WTO-leden. Pas nadat een onderling overeengekomen oplossing was gevonden, werd deze kwestie (gedeeltelijk) beslecht. Zie WTO, kennisgeving van een onderling overeengekomen oplossing (WT/DS27, WT/DS361, WT/DS364, WT/DS16, WT/DS105, WT/DS158, WT/L/616 en WT/L/625, 8 november 2012). Evenzo zij herinnerd aan het langdurige en bittere handelsgeschil tussen de Verenigde Staten en de Europese Unie over de beslissing van de Unie om met hormonen behandeld vlees te verbieden vanaf 1981 (met richtlijn 81/602/EEG, PB 1981, L 222, blz. 32). Pas in 2019 heeft de Europese Unie met de Verenigde Staten een overeenkomst bereikt over met hormonen behandeld rundvlees, waardoor het geschil (tijdelijk) werd beslecht. Zie Overeenkomst tussen de Verenigde Staten van Amerika en de Europese Unie over de toewijzing aan de Verenigde Staten van een aandeel in het tariefcontingent voor rundvlees van hoge kwaliteit in de zin van het herziene memorandum van overeenstemming over de invoer van rundvlees van dieren die niet zijn behandeld met bepaalde groeibevorderende hormonen en over verhoogde rechten die door de Verenigde Staten op bepaalde producten van de Europese Unie worden toegepast (2014) (PB 2019, L 316, blz. 3).

[45] Dit vereiste evenwicht blijkt uit artikel 13, lid 2, VEU.

[46] Voor alle duidelijkheid: niet alleen de instellingen, maar ook rekwirante en interveniënten hebben de in de arresten Nakajima en Fediol aan de orde zijnde situaties „uitzonderingen" genoemd.

[47] Hoewel er geen sprake is van een formeel precedentensysteem, onderbouwt het Hof zijn redenering door te verwijzen naar eerdere arresten en wijkt het slechts in uitzonderlijke omstandigheden af van eerdere arresten. Zie in dit verband Arnull, A., „Owning up to Fallibility: Precedent and the Court", *Common Market Law Review*, deel 30(2), 1993, blz. 247-266; Tridimas, T., 'Precedent and the Court of Justice, A Jurisprudence of Doubt?' in Dickinson, J., Eleftheriadis, P. (red.), *Philosophical Foundations of EU Law*, OUP, Oxford, 2012, blz. 307-330.

48. Daarom is het soms noodzakelijk om zaken die vaak ter staving worden aangehaald, opnieuw onder de loep te nemen. In dit verband kan ik bij de herlezing van het arrest Nakajima niet echt een redenering ontdekken waaruit zou blijken dat het Hof een „uitzondering" heeft willen invoeren op een anders niet-bestaande rechterlijke toetsingsbevoegdheid. Die zaak betrof antidumpingrechten op bepaalde printers van oorsprong uit Japan, die de betrokken producent-exporteur wilde betwisten door zich rechtstreeks te beroepen op de antidumpingcode van de GATT. De Raad betwistte dat het Hof bevoegd was om de geldigheid van de (toenmalige) basisverordening te toetsen op grond dat deze in strijd zou kunnen zijn met deze code. De Raad betoogde dat dit voortvloeide uit de eerdere rechtspraak van het Hof waarin was geoordeeld dat de GATT geen rechtstreekse werking had.[48] Het Hof heeft eerst het argument betreffende de rechtstreekse werking behandeld. Daarbij heeft het Hof uiteengezet dat verzoekster, Nakajima, zich niet op de rechtstreekse werking van de bepalingen van de antidumpingcode beriep, maar dat zij in feite de toepasbaarheid van de (toenmalige) nieuwe basisverordening incidenteel in geding bracht door de exceptie van onwettigheid op te werpen.[49] Bijgevolg kan en moet de kwestie van de rechtstreekse werking van de WTO-bepalingen worden losgekoppeld van de vraag of het Hof bevoegd is om handelingen van de instellingen van de Unie aan een wettigheidstoetsing te onderwerpen.[50]

49. Opgemerkt zij dat de situatie die tot het arrest Nakajima heeft geleid, vergelijkbaar is met die in de onderhavige zaak. Op grond van artikel 263, vierde alinea, VWEU komt rekwirante rechtstreeks op tegen de litigieuze verordening. Tegelijkertijd voert zij subsidiair aan dat artikel 2, lid 7, van de basisverordening niet kan worden toegepast op invoer uit China, omdat het niet in overeenstemming is met het Toetredingsprotocol.

50. Ter weerlegging van het tweede argument van de Raad betreffende de uitsluiting van rechterlijke toetsing, heeft het Hof zich in het arrest Nakajima gebaseerd op de delen van het arrest International Fruit Company waarin de bindende werking van de GATT voor de (toenmalige) Gemeenschap werd beklemtoond.[51] Vervolgens heeft het Hof gezocht naar mogelijke redenen om af te zien van toetsing, maar heeft het integendeel vastgesteld dat in de overwegingen van de (toenmalige) basisverordening werd uiteengezet dat deze laatste was „vastgesteld in overeenstemming met de bestaande internationale verplichtingen, in het bijzonder met die welke voortvloeien uit artikel VI van de Algemene Overeenkomst en uit de antidumpingcode".[52] Op grond hiervan heeft het Hof geoordeeld dat „de door verzoekster in geding gebrachte [toenmalige] nieuwe basisverordening [was] vastgesteld ter nakoming van de internationale verplichtingen van de Gemeenschap, die er dus volgens vaste rechtspraak dient voor te zorgen dat de bepalingen van de Algemene Overeenkomst en de uitvoeringsmaatregelen ervan worden nageleefd".[53]

48 Arrest Nakajima, punt 27.

49 Arrest Nakajima, punt 28.

50 Dat wordt bevestigd door het arrest van 5 oktober 1994, Duitsland/Raad (C-280/93, EU:C:1994:367, punt 109). Na de mogelijke rechtstreekse werking van de GATT te hebben beoordeeld, heeft het Hof geconcludeerd dat „[d]eze bijzondere kenmerken van [de] GATT, die door het Hof zijn aangevoerd om vast te stellen dat de justitiabelen zich niet in rechte op [de] GATT kunnen beroepen om de wettigheid van een gemeenschapshandeling te bestrijden, […] [er] *ook* [aan] in de weg [staan], dat het Hof de bepalingen van de Algemene Overeenkomst in aanmerking neemt om de wettigheid van een verordening te beoordelen". Cursivering van mij. Zie ook conclusie van advocaat-generaal Saggio in de zaak Portugal/Raad (C-149/96, EU:C:1999:92, punt 18), (waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen het feit dat de GATT geen rechtstreekse werking heeft en het recht om een wettigheidstoetsing van een (toenmalige) gemeenschapshandeling uit te voeren).

51 Arrest Nakajima, punt 29, onder verwijzing naar punt 18 van het arrest International Fruit Company e.a. (21/72–24/72, EU:C:1972:115).

52 Arrest Nakajima, punt 30.

53 Ibidem, punt 31.

51. „In die omstandigheden”[54] stond niets het Hof in de weg om zijn rechterlijke toetsingsbevoegdheid uit te oefenen.

52. In de latere rechtspraak waarbij het Hof zich op het arrest Nakajima heeft gebaseerd, is in plaats van de formulering „in die omstandigheden” de formulering „in twee situaties” of „in twee uitzonderlijke situaties” gebruikt.[55]

53. Mijns inziens is het onaanvaardbaar om de in het arrest Nakajima aan de orde zijnde situatie aan te merken als een „uitzondering” op een vermeende algemene regel dat het Hof niet bevoegd is om handelingen van de Unie op het gebied van het WTO-recht te toetsen.[56]

54. De bevoegdheid van het Hof om handelingen van de Unie te toetsen is gebaseerd op de Verdragen en die bevoegdheid kan door de instellingen niet worden beperkt door middel van een handeling van afgeleid recht.[57] Indien de rechterlijke toetsingsbevoegdheid van het Hof afhankelijk zou worden gesteld van de voorafgaande toestemming van deze instellingen, waarop het Hof juist toezicht moet houden, zou die bevoegdheid compleet worden uitgehold.

55. Bovendien zou een redenering in die zin erop neerkomen dat wordt verondersteld dat de politieke instellingen van de Unie slechts voornemens zijn hun internationale verplichtingen na te komen indien zij dit duidelijk aangeven, bijvoorbeeld door handelingen vast te stellen waarin zij uitdrukkelijk hun wil te kennen geven om uitvoering te geven aan de internationale

[54] Ibidem, punt 32.

[55] Het lijkt echter onduidelijk waarom het Hof soms de ene en soms de andere formulering gebruikt. In het algemeen lijken de wijzigingen in het taalgebruik terug te voeren op een hele reeks arresten waarin de omstandigheden van de zaak Nakajima (en de zaak Fediol) samen in één zin zijn beschreven die nadien in andere zaken is overgenomen. Zo heeft het Hof in het arrest Duitsland/Raad (C-280/93, EU:C:1994:367), naar het arrest Nakajima (en het arrest Fediol) verwezen als volgt: na te hebben verklaard dat de rechtstreekse werking van de GATT niet op de geest, de opzet of de bewoordingen van de Overeenkomst kan worden gebaseerd, heeft het Hof uiteengezet dat: „waar een dergelijke verplichting niet voortvloeit uit de Overeenkomst zelf, […] het Hof *enkel ingeval* de Gemeenschap uitvoering heeft willen geven aan een in het kader van het GATT aangegane bijzondere verplichting of indien de gemeenschapshandeling uitdrukkelijk naar specifieke bepalingen van de Algemene Overeenkomst verwijst, verplicht [is] de wettigheid van de betrokken gemeenschapshandeling te toetsen aan de GATT-regels [onder verwijzing naar het arrest Fediol en het arrest Nakajima]” (Duitsland/Raad, punt 111; cursivering van mij). In het arrest Portugal/Raad (C-149/96, EU:C:1999:92, punten 47 en 49), volgde hetzelfde citaat op de verklaring dat de WTO-overeenkomsten „in beginsel” niet behoren tot de normen waaraan het Hof de wettigheid van handelingen van de (toenmalige) gemeenschapsinstellingen toetst. In het arrest Rusal Armenal heeft het Hof voor het eerst verwezen naar de twee zaken als „twee *uitzonderlijke* situaties”. (arrest Rusal Armenal, punt 40; cursivering van mij). Vervolgens heeft het Hof ook verklaard dat, „[w]il een dergelijke *uitzondering* echter in een specifiek geval worden aanvaard, […] nog rechtens genoegzaam [moet] worden aangetoond dat de wetgever de wil heeft uitgedrukt om binnen het Unierecht uitvoering te geven aan een bijzondere verplichting die in het kader van de WTO-overeenkomsten is aangegaan” (arrest Rusal Armenal, punt 45; cursivering van mij). Daarna leek het Hof afwisselend te hebben gekozen voor „in twee situaties” [zie bijvoorbeeld arresten van 4 februari 2016, C & J Clark International en Puma (C-659/13 en C-34/14, EU:C:2016:74, punt 87), (waarin „bij wijze van uitzondering” wordt toegevoegd na de indirecte verwijzing naar de arresten Nakajima en Fediol), en 15 november 2018, Baby Dan (C-592/17, EU:C:2018:913, punt 67), (waarin verderop in hetzelfde punt „bij uitzondering” wordt toegevoegd)] en voor „in twee uitzonderlijke situaties” [arresten van 18 oktober 2018, Rotho Blaas (C-207/17, EU:C:2018:840, punt 47); 9 juli 2020, Donex Shipping and Forwarding (C-104/19, EU:C:2020:539, punt 46), en 5 mei 2022, Zhejiang Jiuli Hi-Tech Metals/Commissie (C-718/20 P, EU:C:2022:362, punt 85)]. Tot slot wijs ik erop dat de grondgedachte van een „uitzondering” ook is gebruikt in rechtspraak over andere internationale overeenkomsten, zoals het Verdrag van Aarhus. Zie in dit verband arrest van 13 januari 2015, Raad e.a./Vereniging Milieudefensie en Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht (C-401/12 P–C-403/12 P, EU:C:2015:4, punt 57).

[56] De door het Hof gebruikte bewoordingen neigen soms in die richting. Zo is in het arrest Rusal Armenal geoordeeld dat „het Hof in bepaalde gevallen heeft aanvaard dat het antidumpingstelsel van de WTO *een uitzondering kan vormen op het algemene beginsel dat de Unierechter* de wettigheid van de handelingen van de instellingen van de Unie *niet mag toetsen* op verenigbaarheid met de regels van de WTO-overeenkomsten” (arrest Rusal Armenal, punt 44; cursivering van mij).

[57] Zie in dat verband conclusie van advocaat-generaal Saggio in de zaak Portugal/Raad (C-149/96, EU:C:1999:92, punt 20), (onder verwijzing naar de laatste overweging van besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap voor wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden, van de uit de multilaterale handelsbesprekingen in het kader van de Uruguay-Ronde (1986-1994) voortvloeiende overeenkomsten (PB 1994, L 336, blz. 1), die ziet op de sluiting van de WTO-overeenkomst door de Unie, die „de werking van de overeenkomst [lijkt] te hebben willen beperken”, alvorens te concluderen dat, aangezien het Hof uit hoofde van het Verdrag gehouden is de eerbiediging van voor de Unie verbindende overeenkomsten te waarborgen, „de Raad door een handeling van afgeleid recht niet de bevoegdheid van het Hof kan beperken, noch de nationale rechterlijke instanties de bevoegdheid tot het toepassen van die overeenkomsten kan ontzeggen”).

verplichtingen van de Europese Unie. Dat zou moeilijk te rijmen zijn met het constitutionele kader dat is ingevoerd bij artikel 216, lid 2, VWEU alsook met de beleidsdoelstellingen van de betrekkingen van de Unie met de rest van de wereld, zoals deze voortvloeien uit artikel 3, lid 5, VEU.

56. Het uitgangspunt moet juist altijd zijn dat de Europese Unie in beginsel haar internationale verbintenissen heeft willen nakomen, ongeacht het door haar instellingen tot stand gebrachte rechtsinstrument. Uitgaande van deze premisse kan het Hof dan beslissen of het, gelet op de aard en de structuur van de betrokken internationale overeenkomst en de ruimere politieke overwegingen rondom het optreden van de Unie op het gebied van het handelsbeleid, bij wijze van uitzondering terughoudendheid aan de dag moet leggen ten aanzien van zijn toetsingsbevoegdheid in een concreet geval.

57. Rekening houdend met de realiteit van het stelsel van internationale handel is het dus juridisch volkomen mogelijk – en soms zelfs wenselijk – dat de politieke instellingen van de Unie de mogelijkheid krijgen om een door de Unie aangegane WTO-verplichting uit te leggen zonder toetsing door het Hof, en in voorkomend geval bewust de beslissing te nemen om af te wijken van die verplichting. Deze beoordelingsmarge is echter uitzonderlijk en alleen mogelijk omdat de betrokken internationale overeenkomst deze mogelijkheid biedt. De WTO-overeenkomsten blijken internationale overeenkomsten met een dergelijke mogelijkheid te zijn.

58. Gelet op de WTO-overeenkomsten en de soepele aard en structuur ervan, kon het Hof dus een weerlegbaar vermoeden [58] creëren dat het zijn rechterlijke toetsingsbevoegdheid moest beperken. Vandaar het gebruik van de uitdrukking „in beginsel” wanneer het Hof besluit een handeling van de Unie niet te toetsen aan het WTO-recht. Enkel in deze specifieke context kan het arrest Nakajima aldus worden gelezen dat het een „uitzondering” in het leven roept.

59. Het arrest Nakajima zelf kan immers ruimer of enger worden gelezen. Zoals de instellingen ter terechtzitting hebben aangevoerd, kan het gemakkelijk worden beperkt tot situaties waarin de Uniewetgever duidelijk te kennen heeft gegeven dat hij het WTO-recht wilde toepassen. In die omstandigheden is er voor het Hof geen enkele reden om zijn rechterlijke toetsingsbevoegdheid te beperken, aangezien er geen kans is dat „iemand in verlegenheid wordt gebracht door uiteenlopende uitspraken van diverse diensten over een en dezelfde kwestie”. [59] Ik ben van mening dat er inderdaad aanwijzingen zijn dat het Hof dit arrest zo eng leest. [60]

60. Het arrest Nakajima kan echter ook ruimer worden gelezen, in die zin dat het Hof een toetsing van het afgeleide recht dient te verrichten in elke situatie waarin het tot de slotsom kan komen dat de wetgever niet de bedoeling had af te wijken van zijn WTO-verplichtingen. Er zijn ook aanwijzingen in de rechtspraak dat dit de juiste lezing van het arrest Nakajima is. [61]

[58] Zie in dat verband Ruiz Fabri, H., „Is There a Case – Legally and Politically – for Direct Effect of WTO Obligations?”, *European Journal of International Law*, deel 25(1), 2014, blz. 151-173, op blz. 152.

[59] In de bewoordingen van het arrest van de U.S. Supreme Court in de zaak Baker v. Carr (369 U.S. 186) (1962), punt 217.

[60] Zie bijvoorbeeld het arrest Rusal Armenal, punten 45 en 46 (waarin is vastgesteld dat het, om te voldoen aan het vereiste van een „rechtens genoegzaam” bewijs als bedoeld in het arrest Nakajima, niet volstaat dat uit de considerans van een handeling van Unierecht „algemeen kan worden opgemaakt dat zij is vastgesteld met inachtneming van internationale verplichtingen van de Unie”). Deze conclusie lijkt ook voort te vloeien uit de mislukte poging om het arrest Nakajima buiten het specifieke gebied van het WTO-recht toe te passen. Zie bijvoorbeeld arrest van 13 januari 2015, Raad e.a./Vereniging Milieudefensie en Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht (C-401/12 P–C-403/12 P, EU:C:2015:4, punten 57 en 59), (waarin is geoordeeld dat de rechtspraak van het arrest Nakajima niet van toepassing is op de bijzondere verplichtingen die de Europese Unie uit hoofde van het Verdrag van Aarhus is aangegaan).

[61] Zie bijvoorbeeld arrest van 20 januari 2022, Commissie/Hubei Xinyegang Special Tube (C-891/19 P, EU:C:2022:38, punten 30 en 34). In dat arrest heeft het Hof geconcludeerd dat, aangezien de bepalingen van artikel 3 van de basisverordening in wezen identiek kunnen worden geacht aan die van artikel 3 van de antidumpingovereenkomst, het Hof het eerstgenoemde artikel kan uitleggen door te refereren aan de uitlegging die het orgaan voor geschillenbeslechting van de WTO aan het laatstgenoemde artikel heeft gegeven.

61. Indien de toepasselijkheid van het arrest Nakajima wordt beperkt, moet er mijns inziens ruimte zijn voor bijkomende situaties waarin het Hof kan besluiten de handelingen van de instellingen toch te toetsen aan de door de Unie in het kader van de WTO-overeenkomsten aangegane verbintenissen. In dat geval kunnen de in de arresten Nakajima en Fediol bedoelde situaties worden geacht niet de „enige" situaties te zijn waarin het Hof kan besluiten zijn bevoegdheid uit te oefenen om handelingen van de Unie aan het WTO-recht te toetsen.

62. Eén situatie waarin het Hof heeft geoordeeld dat het arrest Nakajima, ongeacht of het ruim of eng werd uitgelegd, niet van toepassing was, was de in de zaak Rusal Armenal aan de orde zijnde situatie. In die zaak heeft het Hof geoordeeld dat artikel 2, lid 7, van de basisverordening een voor de rechtsorde van de Unie passende benadering vormt (althans wat betreft de vraag hoe landen zonder markteconomie moeten worden behandeld met betrekking tot onder meer de berekening van de normale waarde in het kader van antidumpingonderzoeken). [62]

63. Terwijl het arrest Nakajima kan worden gelezen als een situatie waarin niets eraan in de weg staat te concluderen dat de Unie voornemens was de WTO-regels na te leven, moet het arrest Rusal Armenal worden opgevat als een situatie waarin de Unie haar WTO-verbintenissen misschien wel, maar misschien ook niet had willen nakomen. Deze laatste situatie rechtvaardigt dat het Hof zijn toetsingsbevoegdheid beperkt op grond van de rechtvaardiging dat de WTO-regeling een bijzondere aard en opzet heeft.

64. Indien het arrest Rusal Armenal van toepassing is, is het arrest Nakajima dus niet van toepassing.

65. Gelet op het voorgaande moet worden onderzocht of er in casu voor het Hof redenen zijn om zich ervan te onthouden om artikel 2, lid 7, van de basisverordening aan het Toetredingsprotocol te toetsen.

B. Beoordeling van het eerste middel

66. Rekwirante voert twee redeneringen aan tot staving van haar stelling dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het zich niet kan uitspreken over de vermeende onverenigbaarheid van artikel 2, lid 7, van de basisverordening met paragraaf 15 van het Toetredingsprotocol. Ten eerste stelt rekwirante dat het arrest Nakajima in casu van toepassing is. Ten tweede stelt zij dat het arrest Rusal Armenal niet van toepassing is.

67. Het is ook mogelijk de analyse om te draaien en eerst te beoordelen of het arrest Rusal Armenal kan worden toegepast. Indien wordt vastgesteld dat dit inderdaad het geval is, zou dit automatisch betekenen dat het arrest Nakajima niet van toepassing is, zoals in punt 64 van deze conclusie reeds is uiteengezet. Volledigheidshalve zal ik echter de twee redeneringen apart behandelen.

68. In het kader van haar eerste redenering betoogt rekwirante dat haar situatie vergelijkbaar is met die in de zaak Nakajima. Zij stelt dat uit het voorstel van 2001, en met name uit de punten 54 en 55 van de toelichting daarbij, de duidelijke wil van de Uniewetgever blijkt om in de basisverordening uitvoering te geven aan paragraaf 15, onder d), van het Toetredingsprotocol.

[62] Arrest Rusal Armenal, punten 47 en 48.

69. Over het feit dat het voorstel van 2001 niet relevant is, kan ik kort zijn. Bij een enge uitlegging van het arrest Nakajima oefent het Hof zijn rechterlijke toetsingsbevoegdheid alleen uit wanneer in een wetgevingshandeling van de Unie zelf uitdrukkelijk is vermeld dat de Uniewetgever in het Unierecht uitvoering heeft willen geven aan bepaalde verplichtingen die in het kader van de WTO-overeenkomsten zijn aangegaan. [63]

70. Voor de basisverordening kan een dergelijk voornemen om uitvoering te geven aan het Toetredingsprotocol niet worden aangetoond. Zoals de Commissie, interveniënten, het Parlement en de Raad – zowel schriftelijk als ter terechtzitting – hebben uiteengezet, bestaat er geen verband tussen het voorstel van 2001 en het wetgevingsproces dat heeft geleid tot de vaststelling van de basisverordening, of van artikel 2, lid 7, ervan, in de vorm die tijdens het onderliggende onderzoek van toepassing was. Rekwirante heeft deze uiteenzetting niet kunnen weerleggen. Ook wordt noch in de tekst noch in de voorbereidende documenten van deze wetgevingshandeling melding gemaakt van enig voornemen om uitvoering te geven aan paragraaf 15 van het Toetredingsprotocol.

71. Indien het arrest Nakajima evenwel ruim wordt opgevat, dat wil zeggen in die zin dat rechterlijke toetsing vereist is telkens wanneer het Hof tot de slotsom kan komen dat de wetgever niet van zijn WTO-verplichtingen heeft willen afwijken, kan niet volledig voorbij worden gegaan aan rekwirantes betoog betreffende de op het niveau van de WTO geuite voornemens. Evenwel moet ook worden erkend dat een vermeend voornemen dat is geuit in één enkel voorbereidend document van de Commissie en niet is herhaald in de handeling van de Raad waarbij de Europese Unie de betrokken verbintenissen in het kader van het Toetredingsprotocol is aangegaan, en evenmin door het Parlement als medewetgever, zeker niet volstaat om daarover tot een afdoende conclusie te komen. Zoals de Raad ter terechtzitting terecht heeft uiteengezet, kan uit verklaringen die tijdens internationale onderhandelingen worden afgelegd niet – of althans niet zonder meer – worden afgeleid wat de wil van de wetgever is bij de vaststelling op intern niveau van handelingen van de instellingen.

72. Rekwirante heeft ook geen enkele andere aanwijzing kunnen vinden van de wil van de Uniewetgever om niet van het Toetredingsprotocol af te wijken. Zoals het Parlement ter terechtzitting heeft beklemtoond, is de basisverordening sinds 2001, dus na de inwerkingtreding van het Toetredingsprotocol, meerdere malen gewijzigd. Bij geen van deze gelegenheden is de tekst ervan gewijzigd om weer te geven dat de in paragraaf 15, onder d), van het

[63] Ik herinner eraan dat het arrest Nakajima betrekking had op een situatie waarin de wil van de wetgever om uitvoering te geven aan een voor de Unie verbindende internationaalrechtelijke verplichting was uitgedrukt in het document zelf, dat tot doel had uitvoering te geven aan deze verplichting.

Toetredingsprotocol bedoelde periode van vijftien jaar is verstreken. In de overwegingen en de relevante voorbereidende documenten van de wijzigingshandelingen zijn evenmin aanwijzingen te vinden van een voornemen om de basisverordening dienovereenkomstig aan te passen. [64]

73. De situatie in de onderhavige zaak verschilt dus van die welke tot het arrest Nakajima heeft geleid. Niets rechtvaardigt de slotsom dat de Uniewetgever in artikel 2, lid 7, van de basisverordening uitvoering heeft willen geven aan het Toetredingsprotocol, noch dat hij met deze bepaling daarvan heeft willen afwijken.

74. Derhalve heeft het Gerecht met zijn vaststelling in punt 64 van het bestreden arrest geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

75. Dit brengt mij tot de tweede redenering van rekwirante, te weten dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat het arrest Rusal Armenal in casu van toepassing is en meebrengt dat de bijzondere aard van artikel 2, lid 7, van de basisverordening na het verstrijken van de in paragraaf 15, onder d), van het Toetredingsprotocol genoemde periode ook geldt voor China.

76. Indien kan worden vastgesteld dat artikel 2, lid 7, van de basisverordening een specifieke regeling vormt die de Uniewetgever heeft vastgesteld voor de berekening van de normale waarde voor invoer uit China, zoals is vastgesteld voor invoer uit Armenië in het arrest Rusal Armenal, is rechterlijke toetsing immers niet gerechtvaardigd.

77. In de zaak Rusal Armenal heeft het Hof onderzocht of artikel 2, lid 7, van verordening nr. 384/96 (in de destijds toepasselijke versie van de basisverordening), gelezen tegen de achtergrond van de overwegingen ervan, aldus moet worden uitgelegd dat het ertoe strekt uitvoering te geven aan bepaalde uit de antidumpingovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.

78. De redenering in dit arrest kan in drie stappen worden samengevat. Om te beginnen heeft het Hof onderzocht of overweging 5 van verordening nr. 384/96, waarin wordt uiteengezet dat „het aanbeveling verdient de ‚nieuwe' [WTO-antidumpingovereenkomst] voor zover mogelijk in Gemeenschapsrecht om te zetten", voldoende nauwkeurig was om een uitdrukking te zijn van de wil van de Uniewetgever om aan deze overeenkomst uitvoering te geven in het Unierecht. Het Hof heeft geconcludeerd dat dit niet het geval was. [65] Vervolgens heeft het Hof specifiek artikel 2, lid 7, van verordening nr. 384/96 onder de loep genomen. Het Hof heeft opgemerkt dat uit overweging 7 van die verordening volgt dat de Uniewetgever heeft getracht „een bijzondere regeling [in te voeren] met gedetailleerde regels voor de berekening van de normale waarde voor invoer uit landen die geen markteconomie hebben", die afwijkt van de in artikel 2, leden 1 tot en met 6, van

[64] Artikel 2, lid 7, onder a) en b), is opgenomen in verordening (EG) nr. 384/96 van de Raad van 22 december 1995 betreffende beschermende maatregelen tegen invoer met dumping uit landen die geen lid zijn van de Europese Gemeenschap (PB 1996, L 56, blz. 1), zoals van toepassing sinds de wijziging ervan in 1998 bij verordening (EG) nr. 905/98 van de Raad van 27 april 1998 (PB 1998, L 128, blz. 18). Artikel 2, lid 7, onder b), van die versie verwees al uitdrukkelijk naar China, alsook naar Rusland. In 2000 zijn bij verordening (EG) nr. 2238/2000 van de Raad van 9 oktober 2000 (PB 2000, L 257, blz. 2) drie andere landen toegevoegd aan artikel 2, lid 7, onder b), te weten Oekraïne, Vietnam en Kazachstan. In 2002 is Rusland bij verordening (EG) nr. 1972/2002 van de Raad van 5 november 2002 (PB 2002, L 305, blz. 1) geschrapt uit artikel 2, lid 7, onder b). Hetzelfde is in 2005 gebeurd voor Oekraïne door wijziging ervan bij verordening (EG) nr. 2117/2005 van de Raad van 21 december 2005 (PB 2005, L 340, blz. 17). Bij latere wijzigingen van de (toenmalige) basisverordening, met inbegrip van de codificaties in 2009 [verordening (EG) nr. 1225/2009 van de Raad van 30 november 2009 betreffende beschermende maatregelen tegen invoer met dumping uit landen die geen lid zijn van de Europese Gemeenschap, PB 2009, L 343, blz. 51], en in 2016 (verordening 2016/1036), zijn geen wijzigingen aangebracht aan artikel 2, lid 7, onder b), of aan de vermelding van China daarin, tot de invoering van de methode van de „verstoringen van betekenis" bij verordening (EU) 2017/2321 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2017 tot wijziging van verordening (EU) 2016/1036 betreffende beschermende maatregelen tegen invoer met dumping uit landen die geen lid zijn van de Europese Unie, en verordening (EU) 2016/1037 betreffende bescherming tegen invoer met subsidiëring uit landen die geen lid zijn van de Europese Unie (PB 2017, L 338, blz. 1).

[65] Arrest Rusal Armenal, punt 52.

verordening nr. 384/96 geformuleerde gewone regels voor de berekening van de normale waarde.[66] Tot slot heeft het Hof opgemerkt dat de antidumpingovereenkomst geen specifieke regels bevat voor landen zonder markteconomie. Er kon dus geen onderling verband tussen artikel 2, lid 7, van verordening nr. 384/96 en artikel 2 van de antidumpingovereenkomst worden vastgesteld.[67] Derhalve heeft het Hof geconcludeerd dat de regeling van artikel 2, lid 7, van verordening nr. 384/96 „de uitdrukking is van de wil van de Uniewetgever om op dit gebied een voor de rechtsorde van de Unie passende benadering vast te stellen".[68]

79. Kan deze redenering automatisch worden toegepast op de in deze zaak aan de orde zijnde situatie?

80. Ten eerste is verordening nr. 384/96 (de versie van de basisverordening die van toepassing was in de zaak Rusal Armenal) eerst vervangen door verordening nr. 1225/2009 en vervolgens door verordening 2016/1036 (die in casu van toepassing is). Ten tweede had de zaak Rusal Armenal betrekking op invoer uit Armenië en niet op invoer uit China. Het Hof heeft dus beoordeeld of verordening nr. 384/96 kon worden getoetst aan de antidumpingovereenkomst, maar niet of die kon worden getoetst aan het Toetredingsprotocol.

81. Mijns inziens kan het arrest Rusal Armenal niet automatisch worden toegepast op de onderhavige zaak. Niettemin kan de antidumpingregeling voor invoer uit China volgens mij als een voor de Unie passende wetgevende keuze worden aangemerkt door dezelfde logica te hanteren als die welke het Hof in de zaak Rusal Armenal heeft gevolgd.

82. Wat het eerste verschil tussen de twee situaties betreft, zijn er, behalve in een paar opzichten, die niet relevant zijn voor de onderhavige bespreking, geen verschillen tussen de relevante bepalingen van de basisverordening die van toepassing was in de zaak Rusal Armenal en die welke in casu van toepassing is. Voorts wordt in overweging 5 van verordening nr. 384/96, die in de zaak Rusal Armenal werd onderzocht, vermeld dat zij beoogde de antidumpingovereenkomst „voor zover mogelijk" in het afgeleide Unierecht op te nemen. In overweging 3 van verordening 2016/1036 staat daarentegen dat de bewoordingen van de antidumpingovereenkomst „zoveel mogelijk" in het Unierecht tot uitdrukking moeten komen.[69] Mijns inziens is er geen belangrijk verschil tussen deze twee uitdrukkingen. Derhalve kan tot dezelfde slotsom worden gekomen als in het arrest Rusal Armenal: de Europese Unie was voornemens de antidumpingovereenkomst toe te passen, maar niet noodzakelijkerwijs alle bepalingen ervan.

83. Het tweede verschil tussen de situatie in de zaak Rusal Armenal en de situatie in casu is wellicht gelegen in het feit dat rekwirante deze keer een toetredingsprotocol van een (belangrijk) WTO-lid als maatstaf voor de geldigheidstoetsing van de basisverordening gebruikt wil zien, en niet de antidumpingovereenkomst.

84. Dit verschil kan op verschillende manieren relevant zijn. Aan de ene kant kan het argument in het arrest Rusal Armenal dat de antidumpingovereenkomst geen bepalingen bevat met betrekking tot landen zonder markteconomie, waardoor artikel 2, lid 7, van de basisverordening niet kan worden geacht uitvoering te geven aan dit artikel, niet worden toegepast als het Toetredingsprotocol daadwerkelijk als maatstaf voor toetsing wordt gebruikt. Meer in het

66 Ibidem, punt 47.

67 Ibidem, punt 50.

68 Ibidem, punten 47-50 en 53.

69 Dit verschil in de bewoordingen tussen de twee verordeningen bestaat niet in alle taalversies. Terwijl dat verschil bijvoorbeeld bestaat in de Duitse, de Nederlandse en de Italiaanse taalversie, is daarvan geen sprake in de Spaanse, de Franse en de Portugese taalversie.

bijzonder gebruikt paragraaf 15, onder d), van het Toetredingsprotocol de term „markteconomie" en bepaalt paragraaf 15, onder a), ervan dat onder bepaalde voorwaarden wordt gekozen voor een gedifferentieerde behandeling van invoer uit China.[70] Dit pleit ervoor om artikel 2, lid 7, onder b), van de basisverordening en de methode die wordt toegepast krachtens artikel 2, lid 7, onder a), ervan, betreffende de berekening van de normale waarde voor landen zonder markteconomie, aldus op te vatten dat daarmee voor het specifieke geval van China uitvoering wordt gegeven aan het Toetredingsprotocol.

85. Aan de andere kant wordt er in de overwegingen van de basisverordening (in de verschillende versies ervan) weliswaar op aangedrongen deze „voor zover mogelijk" of „zoveel mogelijk" aan te passen aan de antidumpingovereenkomst, doch in geen enkele overweging wordt het Toetredingsprotocol zelfs maar genoemd. Dat is een argument op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat de regeling voor de berekening van de normale waarde voor invoer uit China een voor de rechtsorde van de Europese Unie passende benadering vormt en niet tot doel heeft uitvoering te geven aan dat protocol.

86. Indien daarnaast rekening wordt gehouden met de argumenten die de instellingen ter terechtzitting hebben aangevoerd, volgens welke de voor de Unie passende behandeling van China dateert van vóór de toetreding van het land tot de WTO en nadien niet is gewijzigd, ben ik geneigd artikel 2, lid 7, van de basisverordening uit te leggen als een voor de Europese Unie passende regeling ten aanzien van China, ondanks het bestaan en het bindende karakter van het Toetredingsprotocol.

87. Deze conclusie rechtvaardigt de beslissing van het Gerecht om zijn rechterlijke toetsingsbevoegdheid niet uit te oefenen.

88. Bovendien vormt het Toetredingsprotocol, net als de antidumpingovereenkomst, een integrerend onderdeel van de WTO-overeenkomsten.[71] Als dusdanig moet het worden behandeld als om het even welk ander deel van deze overeenkomsten. Zoals zowel tijdens de procedure voor het Gerecht[72] als ter terechtzitting in de onderhavige zaak is bevestigd, betwist rekwirante dit niet. Het soepele karakter van de WTO-regeling, dat ter rechtvaardiging van de rechterlijke terughoudendheid wordt gebruikt, geldt dus ook voor het Toetredingsprotocol.

89. Tot slot bestaat er een duidelijk en recent precedent over de toepasselijkheid van de logica uit het arrest Rusal Armenal op invoer uit China. Zonder in te gaan op mogelijke verschillen tussen de posities van Armenië en China, heeft het Hof zich in zijn arrest in de zaak Zhejiang Jiuli Hi-Tech Metals/Commissie gebaseerd op het arrest Rusal Armenal.[73] In die zaak, waarin argumenten

[70] Zoals Zang opmerkt, „zijn bij alle vorige toetredingen tot de GATT 1947 door landen zonder markteconomie, te weten Polen, Roemenië en Hongarije, bepalingen ingevoerd die vergelijkbaar zijn met die van paragraaf 15, maar verwees geen enkele van die bepalingen uitdrukkelijk naar condities van een markteconomie of staatseconomie. Bijgevolg […] is paragraaf 15 de eerste WTO-bepaling die deze begrippen uitdrukkelijk gebruikt." Zang, M. Q., „The WTO contingent trade instruments against China: what does accession bring?", *International and Comparative Law Quarterly*, deel 58, april 2009, blz. 321-351, op blz. 324-325.

[71] Zie bijvoorbeeld paragraaf 1.2 van deel I van het Toetredingsprotocol van China (waarin wordt verklaard dat het protocol „een integrerend onderdeel van de WTO-overeenkomst vormt"). Zie naar analogie ook arresten van 19 september 2019, Zhejiang Jndia Pipeline Industry/Commissie (T-228/17, EU:T:2019:619, punt 97), (waarin is vastgesteld dat het Protocol inzake de toetreding van China tot de WTO een „onderdeel vormt van alle in het kader van de WTO gesloten overeenkomsten"), en 5 mei 2021, Acron e.a./Commissie (T-45/19, niet gepubliceerd, EU:T:2021:238, punt 105), (waarin is vastgesteld dat het Protocol inzake de toetreding van Rusland tot de WTO een integrerend onderdeel van de WTO-overeenkomst vormt). Benadrukt moet worden dat deze behandeling niet alleen voor toetredingsprotocollen geldt, aangezien artikel II, lid 2, van de WTO-overeenkomst bepaalt dat de in de bijlagen 1, 2 en 3 bij die overeenkomst opgenomen overeenkomsten en bijbehorende juridische instrumenten „een integrerend onderdeel" daarvan vormen.

[72] Bestreden arrest, punt 63 (waarin wordt uiteengezet dat „verzoekster ter terechtzitting heeft bevestigd dat zij niet beweerde dat de WTO-overeenkomsten of het Toetredingsprotocol in het algemeen rechtstreekse werking hadden").

[73] Arrest van 5 mei 2022 (C-718/20 P, EU:C:2022:362).

werden aangevoerd die nagenoeg identiek zijn aan die welke rekwirante in de onderhavige zaak heeft aangevoerd, heeft het Hof geoordeeld dat paragraaf 15 van het Toetredingsprotocol niet kon worden ingeroepen om de geldigheid te betwisten van de uitvoeringsverordening waarbij artikel 2, lid 7, van de basisverordening wordt toegepast op invoer uit China, omdat dat artikel de uitdrukking is van de wil om een voor de Europese Unie passende benadering vast te stellen.[74]

90. Het klopt dat in de zaak Zhejiang Jiuli Hi-Tech Metals/Commissie de feitelijke omstandigheden enigszins verschilden van die in de onderhavige zaak. Anders dan in de onderhavige zaak was het onderliggende onderzoek immers ingesteld vóór het verstrijken van de in paragraaf 15, onder d), van het Toetredingsprotocol vermelde periode van vijftien jaar.[75]

91. Evenwel is de conclusie waartoe het Hof in dat arrest is gekomen, meer transversaal dan op specifieke feiten gebaseerd: de logica van het arrest Rusal Armenal moet worden geacht van toepassing te zijn op artikel 2, lid 7, van de basisverordening in het algemeen[76] en niet alleen binnen het specifieke feitelijke en juridische kader waarin dat arrest is gewezen. Niets wijst erop dat het Hof in het arrest Zhejiang Jiuli Hi-Tech Metals/Commissie het tijdstip van opening van het betrokken onderzoek op enige wijze relevant heeft geacht.

92. Ter terechtzitting heeft rekwirante niet kunnen uitleggen hoe dit verschil in tijdstip tot een andere conclusie zou kunnen leiden, in die zin dat artikel 2, lid 7, van de basisverordening in casu niet langer een voor de rechtsorde van de Europese Unie passende regeling zou zijn.

93. Zelfs na december 2016 moet artikel 2, lid 7, van de basisverordening dus worden beschouwd als een voor de rechtsorde van de Unie passende regeling die voorziet in een gedifferentieerde behandeling van de berekening van de normale waarde van invoer uit een aantal landen, waaronder China.

94. De conclusie dat artikel 2, lid 7, van de basisverordening, zoals toegepast op invoer uit China, een voor de rechtsorde van de Europese Unie passende regeling vormt, impliceert op zich echter niet dat die regeling in strijd is met paragraaf 15 van het Toetredingsprotocol. Dit betekent alleen dat het Hof kan beslissen om zich te onthouden van rechterlijke toetsing van de verenigbaarheid van dat artikel met die paragraaf.

95. Bijgevolg moet worden geconcludeerd dat het specifieke Unierechtelijke karakter van artikel 2, lid 7, van de basisverordening rechtvaardigt dat het Hof zich ervan onthoudt om de handelingen van de instellingen aan het Toetredingsprotocol te toetsen, zowel vóór als na het verstrijken van de in paragraaf 15, onder d), ervan genoemde periode. Om diezelfde reden staat het niet aan het Hof om de gevolgen van paragraaf 15, onder d), van het Toetredingsprotocol uit te leggen teneinde vast te stellen of deze bepaling na 11 december 2016 van kracht bleef, en zo ja, voor welk onderdeel of welke onderdelen ervan dat het geval was, en of de Commissie op grond

[74] Ibidem, punten 88, 89 en 91.

[75] Ibidem, punt 18 (waarin wordt uiteengezet dat de Commissie het nieuwe onderzoek op 10 december 2016 heeft geopend).

[76] Deze opvatting van het arrest Rusal Armenal als een arrest dat de volledige bij artikel 2, lid 7, van de basisverordening ingevoerde regeling kenmerkt als een voor de Unie passende wetgevende keuze voor de in dat artikel genoemde landen, draagt ertoe bij andere verschillen tussen die zaak en de onderhavige zaak buiten beschouwing te laten. Armenië werd in artikel 2, lid 7, onder a), van de basisverordening namelijk genoemd als een van de landen zonder markteconomie waarop de „referentielandmethode" altijd werd toegepast. China wordt genoemd in artikel 2, lid 7, onder b), van de basisverordening, dat het gebruik van de referentielandmethode voorschrijft telkens wanneer de medewerkende producent-exporteur niet kan aantonen dat „deze producent […] het betrokken soortgelijke product op [de in lid 7, onder c), uiteengezette] marktvoorwaarden [vervaardigt] en [verkoopt]".

van die onderdelen, zo die er al waren, de referentielandmethode nog mocht gebruiken voor de berekening van de normale waarde voor invoer door Chinese producenten zoals rekwirante. [77]

96. Bijgevolg kan niet worden geoordeeld dat het Gerecht met zijn conclusie in punt 65 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

97. Tot slot zal ik kort ingaan op het subsidiaire argument van rekwirante dat er sprake zou zijn van een „derde uitzondering", die verschilt van de uitzonderingen in de arresten Nakajima en Fediol. Bij dit argument baseert rekwirante zich opnieuw op het voorstel van 2001 en stelt zij dat het relevant is te concluderen dat artikel 2, lid 7, van de basisverordening, dat dateert van vóór dit voorstel, aldus moest worden opgevat dat het vanaf 11 december 2016 niet meer van toepassing is op invoer uit China.

98. Zoals ik reeds heb uiteengezet, zie ik in beginsel geen enkele reden waarom het Hof in andere situaties, die verschillen van die in het arrest Nakajima of het arrest Fediol, niet zou besluiten zijn bevoegdheid inzake rechterlijke toetsing aan het WTO-recht uit te oefenen. Een dergelijk besluit zou moeten worden gemotiveerd door de beoordeling dat het duidelijk is dat de Uniewetgever niet wilde afwijken van het WTO-recht. Ik moet echter toegeven dat ik het, zelfs met de beste wil van de wereld, moeilijk blijf vinden te begrijpen hoe rekwirantes voorstel van een „derde uitzondering" precies zou functioneren, of hoe deze zich zou onderscheiden van die in het arrest Nakajima.

99. Met enige verbeelding kan ik de schriftelijke en ter terechtzitting verstrekte toelichtingen van rekwirante op één manier begrijpen, en wel in die zin dat die uitzondering geen betrekking heeft op het feit dat artikel 2, lid 7, van de basisverordening niet toepasselijk is omdat het niet verenigbaar is met het Toetredingsprotocol, maar wel op de verplichting tot conforme uitlegging. Zoals de Commissie ter terechtzitting terecht heeft beklemtoond, was deze laatstgenoemde kwestie, die in eerste aanleg eveneens was opgeworpen (en afgewezen), echter niet het voorwerp van de hogere voorziening. [78] Het Hof mag die redenering dus niet onderzoeken. [79]

[77] Volledigheidshalve moet ik eraan toevoegen dat het orgaan voor geschillenbeslechting van de WTO zich tot op heden niet heeft uitgesproken over de gevolgen van het verstrijken van de in paragraaf 15, onder d), van het Toetredingsprotocol genoemde periode en over de mogelijkheid om na het verstrijken ervan een methode te gebruiken die niet is gebaseerd op een strikte vergelijking met de prijzen en kosten op de binnenlandse markt van China, hetzij op basis van het Toetredingsprotocol hetzij op basis van de antidumpingovereenkomst. Hoewel China onmiddellijk na het verstrijken van de in het Toetredingsprotocol genoemde periode een geding heeft aangespannen tegen de Europese Unie, heeft dat land in juni 2019 verzocht om dit te schorsen. De bevoegdheid van het panel dat was samengesteld voor het geschil in *European Union – Measures related to price comparison methodologies* (WT/DS516), dat juist daarop betrekking had, is op 15 juni 2020 verstreken (zie nota van het WTO-secretariaat van diezelfde dag, WT/DS516/14). Zie voor meer details Zhou, W., en Qu, X., „Confronting the ‚Non-Market Economy' Treatment: The Evolving World Trade Organisation Jurisprudence on Anti-Dumping and China's Recent Practices", *Journal of International Dispute Settlement*, deel 13(3), 2022, blz. 1-22, op blz. 6-7. Binnen de academische gemeenschap lopen de meningen over de gevolgen van het verstrijken van de periode ook uiteen. Sommigen suggereren dat niets is veranderd, aangezien alleen paragraaf 15, onder a), ii), daarvan is verstreken en paragraaf 15, onder a) en onder a), i), onverminderd van kracht blijft. Daarmee veranderen zij echter wie het nodige bewijs moet leveren om te kunnen afwijken van de in artikel 2 van de antidumpingovereenkomst vervatte regels voor de berekening van de normale waarde. Anderen zijn van mening dat het verstrijken van paragraaf 15, onder a), ii), gevolgen heeft voor punt a) in zijn geheel. Nog anderen, zoals rekwirante, zijn van mening dat China vanaf het verstrijken van deze periode onvoorwaardelijk als een land met een markteconomie moet worden beschouwd. Zie onder meer Graafsma, F., Kumashova, E., „In re China's Protocol of Accession and the Anti-Dumping Agreement: Temporary Derogation or Permanent Modification?", *Global Trade and Customs Journal*, deel 9(4), 2014, blz. 154-159; Lee, J., „China's Nonmarket Economy Treatment and US Trade Remedy Actions", *Journal of World Trade*, deel 51(3), 2017, blz. 495-516; Suse, A., „Old Wine in a New Bottle: the EU's Response to the Expiry of Section 15(a)(ii) of China's WTO Protocol of Accession", *Journal of International Economic Law*, deel 20(4), 2017, blz. 951-977, en *China*: *NME at the Gates*? *Article 15 of China's WTO Accession Protocol*: *A multi-perspective analysis*, Research Paper, European Institute for Asian Studies, Brussel, 2016.

[78] Bestreden arrest, punt 68. Niettemin vind ik het vreemd dat het Gerecht een conforme uitlegging niet mogelijk acht alvorens vast te stellen wat het resultaat van een dergelijke uitlegging zou zijn.

[79] Zoals volgt uit artikel 169, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof (waarin wordt vereist dat een hogere voorziening duidelijk aangeeft tegen welke elementen van de uitspraak wordt opgekomen, alsook welke argumenten specifiek worden aangevoerd ter ondersteuning van de hogere voorziening). Zie ook, in die zin, arrest van 19 september 2013, EFIM/Commissie (C-56/12 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:575, punt 97), (waarin een argument in het kader van een hogere voorziening niet-ontvankelijk is verklaard omdat het niet de conclusies van het Gerecht betwistte).

100. Niettemin wil ik erop wijzen dat mijns inziens dezelfde redenen die ervoor pleiten dat het Hof zijn rechterlijke toetsingsbevoegdheid beperkt, ook van toepassing moeten zijn op de verplichting van het Hof om het Unierecht (in casu de basisverordening) in overeenstemming met het WTO-recht (in casu het Toetredingsprotocol) uit te leggen. Zoals zij binnen de rechtsorde van de Unie wordt opgevat, vereist de verplichting tot conforme uitlegging dat de uitleggende rechter al het mogelijke doet om tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met het Unierechtelijke voorschrift in het licht waarvan hij een regel van het nationale recht uitlegt. [80]

101. In een situatie als de onderhavige zou het aan het Hof staan al het mogelijke te doen om het Unierecht uit te leggen in het licht van het WTO-recht, met als enige beperking daarbij dat het Hof het Unierecht niet contra legem mag uitleggen. Indien het Hof het WTO-recht anders zou opvatten dan de Uniewetgever, of indien de wetgever daadwerkelijk van het WTO-recht wilde afwijken, maar dit niet duidelijk tot uiting heeft gebracht (wat niemand zou verbazen), zou een conforme uitlegging de beoordelingsvrijheid wegnemen die nodig is om politici gebruik te laten maken van alle kenmerken van het Memorandum van overeenstemming inzake de regels en procedures betreffende de beslechting van geschillen die ruimte laten voor politieke manoeuvres. Dit zou indruisen tegen de logica van de rechtvaardiging om de rechterlijke toetsingsbevoegdheid van het Hof te beperken.

102. Bijgevolg stel ik ook geen tekortkomingen vast in de conclusie van het Gerecht in punt 74 van het bestreden arrest.

VII. Conclusie

103. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging het eerste middel in hogere voorziening af te wijzen.

[80] Zie bijvoorbeeld arresten van 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punt 119), en 24 januari 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punt 27). Zo heeft het Hof in het arrest van 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punt 73 en aldaar aangehaalde rechtspraak), een nationale rechterlijke instantie verplicht bestaande nationale rechtspraak op basis waarvan die rechterlijke instantie verplicht zou zijn geweest te „oordelen dat zij de betrokken nationale bepaling niet in overeenstemming met het Unierecht kan uitleggen", buiten toepassing te laten.