



Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg



Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von:
Prof. Dr. Christian Tietje
Prof. Dr. Gerhard Kraft
Prof. Dr. Rolf Sethe

Christian Tietje/
Sebastian Wolf
REACH Registration
of Imported Substances
- Compatibility with WTO Rules

July 2005

Heft 42

**REACH Registration of Imported Substances
– Compatibility with WTO Rules**

By

Christian Tietje & Sebastian Wolf

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Prof. Dr. Christian Tietje, LL.M. (Michigan), is Director of the Institute for Economic Law, Director of the Transnational Economic Research Center (TELC) and Chair for Public Law, European Law and International Economic Law at the Faculty of Law, Martin-Luther-University Halle-Wittenberg.

Dipl.-Jur. Sebastian Wolf is Senior Researcher and Lecturer at the Transnational Economic Law Research Center at the Faculty of Law, Martin-Luther-University Halle-Wittenberg.

Christian Tietje/Gerhard Kraft/Rolf Sethe (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 42

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://www.dnb.ddb.de> abrufbar.

ISSN 1612-1368

ISBN 3-86010-793-3

Schutzgebühr Euro 5

Die Hefte der Schriftenreihe „Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts bzw. der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht unter den Adressen:

www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de
www.telc.uni-halle.de

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische Fakultät
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Universitätsplatz 5
D-06099 Halle (Saale)
Tel.: 0345-55-23149 / -55-23180
Fax: 0345-55-27201
E-Mail: ecohal@jura.uni-halle.de

INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung	7
B. Sachverhaltsdarstellung	8
C. Überblick über die welthandelsrechtliche Problematik	9
D. Das Übereinkommen über Technische Handelshemmnisse (TBT-Übereinkommen)	10
I. Anwendungsbereich	11
1. Technische Vorschrift	11
2. Anwendbarkeit des TBT-Übereinkommens auf Produktionsmethoden und Verfahren	12
II. Diskriminierungsverbot (Art. 2.1. TBT-Übereinkommen)	13
1. Gleichartige Produkte (like products)	13
2. Diskriminierungstatbestand	17
III. Verbot der Begründung unnötiger Handelshemmnisse (Art. 2.2. TBT-Übereinkommen)	19
1. Ratio legis des Art. 2.2. TBT-Übereinkommen	19
2. Verhältnismäßigkeitsprüfung als Konkretisierung des Art. 2.2. TBT-Übereinkommen	20
a) Vorliegen einer Gefahr für ein legitimes Schutzgut (Art. 2.2. Satz 3 TBT-Übereinkommen)	21
(1) Legitimes Schutzgut	21
(2) Gefahr	22
(a) Risikobewertung und Beweislastverteilung	22
(b) Vorsorgegesichtspunkte	24
b) "Necessary"	26
3. Ergebnis zu Art. 2.2. TBT-Übereinkommen	29
IV. Ergebnis zum TBT-Übereinkommen	29
E. Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT 1994)	30
I. Inländergleichbehandlungsgebot (Art. III:4 GATT 1994)	30
1. Abgrenzung zum Verbot mengenmäßiger Beschränkungen (Art. XI:1 GATT 1994)	30
2. Gleichartigkeit von Waren	31
3. "Treatment no less favourable"	33
4. Ergebnis zu Art. III:4 GATT	33
II. Allgemeine Schutzmaßnahmen (Art. XX GATT 1994)	34

1. Zulässige Zielsetzung.....	35
a) Art. XX lit. b) GATT.....	35
b) Art. XX lit. g) GATT.....	36
2. “necessary to“	36
3. “relating to“/“in conjunction with“	37
4. Schutz extraterritorialer Rechtsgüter	38
5. Chapeau	39
III. Ergebnis zum GATT 1994.....	42
F. Ergebnis und Zusammenfassung	42

TABLE OF CONTENTS

A. Introduction	44
B. Summary of the Facts	45
C. Overview of the Problem under World Trade Law	46
D. The Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement).....	47
I. Scope of Application.....	47
1. Technical Regulation	47
2. Applicability of the TBT Agreement to Processes and Production Methods (PPMs)	48
II. Prohibition of Discrimination (Art. 2.1. TBT Agreement).....	49
1. Like Products	49
2. Elements of Discrimination	53
III. Prohibition of the Creation of Unnecessary Obstacles to Trade (Art. 2.2. TBT Agreement)	55
1. Ratio Legis of Art. 2.2. TBT Agreement.....	55
2. The Proportionality Test as a Concretization of Art. 2.2. TBT Agreement.....	56
a) Presence of a Risk to a Legitimate Objective (Art. 2.2. sentence 3 TBT Agreement)	57
(1) Legitimate Objective	57
(2) Risk	58
(a) Risk Assessment and Distribution of the Burden of Proof.....	58
(b) Precautionary Aspects	59
b) “Necessary”	61
3. Conclusions on Art. 2.2. TBT Agreement.....	64
IV. Conclusions on the TBT Agreement.....	64

E. The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1994).....	64
I. The National Treatment Obligation (Art. III:4 GATT 1994).....	65
1. Distinct from the Prohibition of Quantitative Restrictions (Art. XI:1 GATT 1994)	65
2. The “Likeness” of Products	66
3. “Treatment no less favourable“	67
4. Findings on Art. III:4 GATT	68
II. General Exceptions (Art. XX GATT 1994)	69
1. Permissible Objectives.....	69
a) Art. XX(b) GATT.....	69
b) Art. XX(g) GATT	70
2. “necessary to”	71
3. “relating to”/“in conjunction with”	71
4. The Extraterritorial Protection of Common Goods.....	72
5. Chapeau	73
III. Conclusions on GATT 1994	76
F. Results and Conclusion	76
Schrifttum/References	78

A. Einleitung¹

Der Vorschlag der Europäischen Kommission vom 29. Oktober 2003 für eine Verordnung zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH)² wirft u.a. verschiedene rechtliche Probleme mit Blick auf die Rechtsordnung der Welthandelsorganisation (WTO) auf.³ Dabei geht es zunächst allgemein um die Frage, inwieweit die durch REACH vorgesehenen Registrierungspflichten für Stoffe und Stoffe in Zubereitungen (Art. 3 Nr. 1 und Nr. 2 REACH) nach Art. 5 REACH möglicherweise mit den WTO-rechtlichen Vorgaben u.a. des Übereinkommens über technische Handelshemmnisse (TBT-Übereinkommen), des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS) und des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT) kollidieren.

¹ Grundlage des Beitrages ist ein von den Verfassern erstelltes Gutachten.

² Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH), zur Schaffung einer Europäischen Agentur für chemische Stoffe sowie zur Änderung der Richtlinie 1999/45/EG und der Verordnung (EG) {über persistente organische Schadstoffe} Vorschlag für eine RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES zur Änderung der Richtlinie 67/548/EWG des Rates im Hinblick auf ihre Anpassung an die Verordnung (EG) des Europäischen Parlaments und des Rates über die Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe, KOM (2003), 644 endg., v. 29.10.2003, erhältlich im Internet: <http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/pdf/2003/com2003_0644de.html> (besucht am 30. Juni 2005); hierzu statt vieler: *Callies/Lais*, *Natur und Recht* 2005, 290 ff.; *Fischer*, *Verbraucherschutz im Chemikalienrecht*, *passim*; *Warhurst*, *Journal for European Environmental & Planning Law* 2005, 164 ff.; vgl. auch: Europäische Kommission, *Weißbuch, Strategie für eine künftige Chemikalienpolitik*, KOM (2001), 88 endg., v. 27.2.2001, erhältlich im Internet: <http://europa.eu.int/comm/environment/chemicals/pdf/0188_de.pdf> (besucht am 30. Juni 2005); ausführlich hierzu: *Hendler/Marburger/Reinhardt/Schröder* (Hrsg.), *Das Europäische Weißbuch zur Chemikalienpolitik*.

³ Siehe hierzu insbesondere: WTO Committee on Technical Barriers to Trade: Minutes of the Meeting Held on 20 March 2003, G/TBT/M/29, para. 36 ff.; Minutes of the Meeting Held on 2 July 2003, G/TBT/M/30, para. 49 ff.; Minutes of the Meeting Held on 7 November 2003, G/TBT/M/31, para. 23 ff.; Minutes of the Meeting Held on 23 March 2004, G/TBT/M/32, para. 29 ff.; Minutes of the Meeting held on 1 July 2004, G/TBT/M/33, para. 33 ff.; Minutes of the Meeting held on 4 November 2004, G/TBT/M/34, 14 ff.; sowie: Presentation given by Commission (DGs Enterprise and Environment) at the WTO Technical Barriers to Trade (TBT) Committee on REACH on 4.11.2004, erhältlich im Internet: <http://europa.eu.int/comm/enterprise/reach/docs/reach/reach_presentation_tbt_meeting_041104.pdf> (besucht am 30. Juni 2005); Response from the European Communities to comments submitted by WTO Members under G/TBT/N/EEC/52, erhältlich im Internet: <http://europa.eu.int/comm/enterprise/reach/docs/reach/eu_wto_response_041028.pdf> (besucht am 30. Juni 2005); *Palmer*, REACH and Proportionality under WTO Rules, erhältlich im Internet: <http://www.wwf.org.uk/filelibrary/pdf/reach_prop_0604.pdf> (besucht am 30. Juni 2005); *FECC – AMCHAM-EU – CEFIC*, Discussion Paper on the Trade Impact of REACH, erhältlich im Internet: <<http://www.fecc.org/en/docs/Trade%20Impact%20of%20REACH%20Final.pdf>> (besucht am 30. Juni 2005); siehe auch: *National Foreign Trade Council (NFTC)*, Looking Behind the Curtain: The Growth of Trade Barriers that Ignore Sound Science, 2003; *NFTC*, EU Regulation, Standardization and the Precautionary Principle: The Art of Crafting a Three-Dimensional Trade Strategy That Ignores Sound Science, 2003; *NFTC*, 'Enlightened' Environmentalism or Disguised Protectionism? – Assessing the Impact of EU Precaution-Based Standards on Developing Countries, 2004, jeweils erhältlich im Internet: <<http://nftc.org/default.asp?Mode=DirectoryDisplay&cid=190>> (besucht am 30. Juni 2005).

Im Zuge der rechtspolitischen Diskussion über REACH stellte sich neben den angedeuteten allgemeinen WTO-rechtlichen Problemen die spezielle Frage, ob es WTO-rechtlich möglich ist, die von der EU-Kommission vorgeschlagenen Regelungen für Erzeugnisse (Art. 3 Nr. 3 REACH), die sich in Art. 6 REACH finden, zu modifizieren. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass die bislang vorgesehenen Regelungen für Erzeugnisse zu Wettbewerbsnachteilen für Produzenten und Hersteller von Stoffen und Erzeugnissen aus der EU führen werden. An dieser Stelle setzt der hier vorgelegte Beitrag an.

Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich konkret mit der Frage, ob es WTO-rechtlich möglich ist, Art. 6 REACH dahingehend zu modifizieren, dass für alle Erzeugnisse, die aus Drittstaaten in die EU importiert werden, im Hinblick auf die in ihnen enthaltenen sowie bei ihrer Herstellung verwendeten Stoffe und Zubereitungen – ggf. unter Berücksichtigung bestimmter Konzentrationsschwellen – eine REACH-Registrierungspflicht gilt.

B. Sachverhaltsdarstellung

Nach dem vorliegenden REACH-Vorschlag der EU-Kommission wird eine allgemeine Registrierungspflicht für Stoffe und Zubereitungen eingeführt. Diese gilt, wenn die Referenzmenge von einer Tonne oder mehr pro Jahr überschritten wird und keine besonderen Ausnahmeregelungen einschlägig sind, für Hersteller und Importeure gleichermaßen (Art. 5 Abs. 1 REACH).

Die Regelungen für Erzeugnisse unterscheiden sich von den Registrierungspflichten für Stoffe und Zubereitungen. Nach Art. 6 Abs. 1 REACH haben Produzenten und Importeure die in Erzeugnissen enthaltenen Stoffe nur dann zu registrieren, wenn kumulativ der Stoff in einer Menge von insgesamt mehr als einer Tonne pro Jahr pro Produzent und Importeur enthalten ist, der Stoff nach den Kriterien der Richtlinie 67/548/EWG als gefährlich einzustufen ist und der Stoff unter normalen oder vernünftigerweise vorhersehbaren Verwendungsbedingungen freigesetzt werden soll. Im Ergebnis werden aufgrund dieser engen Voraussetzungen für eine Registrierungspflicht von Stoffen in Erzeugnissen nur sehr wenige Erzeugnisse überhaupt REACH unterliegen. Damit entsteht eine Situation, in der innerhalb der EU Hersteller von Erzeugnissen umfassend nur Stoffe verwenden können, die nach REACH registriert wurden. Demgegenüber können Hersteller von Erzeugnissen in Drittstaaten umfassend alle Stoffe einsetzen, und zwar auch dann, wenn diese nicht nach REACH registriert wurden. Nach der vorliegenden Konzeption ist in Drittstaaten also eine Verwendung von chemischen Stoffen möglich, die in der EU selbst nicht hergestellt oder verarbeitet werden dürfen. Damit liegt ein Wettbewerbsvorteil für Hersteller und Importeure von Erzeugnissen aus Drittstaaten vor. Der so gegebene Wettbewerbsnachteil für Hersteller von Stoffen und Erzeugnissen aus der EU könnte vermieden werden, wenn eine umfassende Registrierungspflicht für Stoffe, die in Erzeugnissen, die in die EU importiert werden, verwendet werden, eingeführt wird.

Tatsächlich ist weiterhin zu beachten, dass „Erzeugnisse“ nach Art. 3 Nr. 3 REACH definiert werden als „Gegenstand, bestehend aus einem oder mehreren Stoffen oder Zubereitungen, der bei der Herstellung eine spezifische Form, Oberfläche oder Gestalt erhält, die in größerem Maße als die chemische Zusammensetzung seine

Endfunktion bestimmt“. Aus dieser Definition ergibt sich, dass das Verhältnis von Stoff und Erzeugnis sehr unterschiedlich ausgestaltet sein kann. Es ist möglich, dass Stoffe unmittelbarer Bestandteil eines Erzeugnisses sind, auch wenn die Endfunktion des Erzeugnisses durch die Herstellung in höherem Maße von anderen Umständen geprägt ist. Ebenso möglich ist es jedoch, dass ein Stoff bei der Herstellung eines Erzeugnisses verwandt wird, ohne sich in irgendeiner Form im Endprodukt wieder zu finden.

Für die WTO-rechtliche Bewertung ist schließlich wichtig, dass die fragliche Registrierungspflicht für Stoffe in Erzeugnissen über das jeweilige Erzeugnis durchgesetzt werden muss. Insofern kommt nur eine Regelung in Betracht, nach der Erzeugnisse, bei deren Herstellung Stoffe verwendet werden, die nicht REACH-registriert sind, weder hergestellt noch importiert werden dürfen. Eine Registrierungspflicht würde sich also zwar auf die jeweiligen Stoffe beziehen, Regelungsgegenstand im eigentlichen Sinne könnten aber auf den internationalen Handel und die Herstellung in der EU bezogen nur die jeweiligen Erzeugnisse sein.

C. Überblick über die welthandelsrechtliche Problematik

Die welthandelsrechtliche Bewertung der Möglichkeit, eine umfassende Registrierungspflicht auch für Stoffe in Erzeugnissen aus Drittstaaten einzuführen, wird zunächst von der allgemeinen Regelungssystematik der WTO-Rechtsordnung geprägt. Das gesamte WTO-Recht ist – von den Vorschriften zur Sonder- und Vorzugsbehandlung von Entwicklungsländern abgesehen – von der Regelungsidee geprägt, Import- und Exportbeschränkungen als Grenzmaßnahmen außerhalb der festgelegten Zollsätze zu verbieten und im übrigen eine strikte Gleichbehandlung in- und ausländischer Produkte zu gewährleisten. Das bedeutet zugleich, dass die WTO-Mitglieder dem Grunde nach jede wirtschaftspolitische Maßnahme ergreifen können, die den freien Marktzugang nicht berührt und im Übrigen diskriminierungsfrei zur Anwendung kommt.⁴ Darüber hinaus haben die WTO-Mitglieder die Möglichkeit, wirtschaftspolitische Maßnahmen, die dem Prinzip der Offenheit der Märkte (Art. XI:1 GATT) oder dem Prinzip der Nichtdiskriminierung (Art. I:1 und Art. III GATT) widersprechen, unter Verweis auf legitime Gemeinwohlbelange wie den Gesundheits- und Umweltschutz zu rechtfertigen (Art. XX GATT).

Von der allgemeinen Regelungssystematik des WTO-Rechts gibt es allerdings eine bedeutende Ausnahme mit Blick auf den Einsatz so genannter technischer Vorschriften und Normen.⁵ Wenn ein WTO-Mitglied technische Vorschriften einsetzt, ist über die Grundsätze der Offenheit der Märkte und der Nichtdiskriminierung hinausgehend auch zu prüfen, ob die entsprechende Maßnahme den internationalen Handel unnötig behindert (Art. 2.2. TBT-Übereinkommen). Damit werden Regelungen im Bereich technischer Vorschriften für Produkte im Ergebnis einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen. Insofern erfährt der Grundsatz, dass

⁴ Ausführlich hierzu: *Tietje*, Normative Grundstrukturen, 295 f.; *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 12 ff.; vgl. auch: *Marceau/Trachtman*, in: Ortiño/Petersmann (Hrsg.), The WTO Dispute Settlement System, 275.

⁵ Zu diesen Begriffen näher noch unter D.I.1.

die WTO-Mitglieder alle wirtschaftspolitischen Maßnahmen ergreifen dürfen, die keine Grenzmaßnahme darstellen und diskriminierungsfrei auf in- und ausländische Produkte gleichermaßen zur Anwendung kommen, eine bedeutende Modifikation. Allerdings gilt auch insoweit, dass die WTO-Mitglieder ausdrücklich das Recht haben, „Maßnahmen zu treffen, die notwendig sind, um [...] das Leben oder die Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen sowie die Umwelt zu schützen [...]“ (Präambel Abs. 6 TBT-Übereinkommen).

Im Ergebnis ist die Frage nach einer möglichen Einbeziehung von Erzeugnissen aus Drittstaaten bzw. die bei ihrer Herstellung verwendeten Stoffe in die REACH-Registrierungspflichten damit im Spannungsverhältnis zwischen dem Verbot unnötiger internationaler Handelsbeschränkungen auf der einen Seite und dem Recht zu legitimen Gesundheits- und Umweltschutzmaßnahmen auf der anderen Seite zu beurteilen.

D. Das Übereinkommen über Technische Handelshemmnisse (TBT-Übereinkommen)

Eine mögliche umfassende REACH-Registrierungspflicht für Erzeugnisse bzw. die bei ihrer Herstellung verwendeten Stoffe ist zunächst anhand des TBT-Übereinkommens zu bewerten.⁶ Zwar ist im Rahmen seines Anwendungsbereichs das SPS-Übereinkommen gegenüber dem TBT-Übereinkommen als *lex specialis* vorrangig und somit eine Anwendung des TBT-Übereinkommens ausgeschlossen.⁷ Der sachliche Anwendungsbereich des SPS-Übereinkommens ist jedoch nicht eröffnet, da die REACH-Registrierungspflichten nicht als gesundheitspolizeiliche oder pflanzenschutzrechtliche Maßnahme im Sinne der Nr. 1 lit. a)-d) des Anhang A SPS-Übereinkommen qualifiziert werden können.⁸

Im Verhältnis zum GATT 1994 steht das TBT-Übereinkommen zwar nicht in einem prinzipiellen Spezialitätsverhältnis. Allerdings ist das TBT-Übereinkommen vorrangig zu prüfen, wenn es um technische Vorschriften oder Normen i.S.v. Anhang 1 Nr. 1 und 2 TBT-Übereinkommen geht.⁹

⁶ So auch: *Bronckers/Charro*, Journal for European Environmental & Planning Law 2005, 184 (186).

⁷ Vgl. Art. 1.4. SPS-Übereinkommen und Art. 1.5. TBT-Übereinkommen; siehe hierzu auch: Report of the Panel v. 18.8.1997, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Complaint by Canada, WT/DS48/R/CAN, para. 8.32; ausführlich zum Verhältnis der Übereinkommen zueinander auch: *Fischer*, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 144 ff.; *Tietje*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.5. Rn. 40 f.

⁸ Ausführlich zum Anwendungsbereich des SPS-Übereinkommens: *Sander*, Internationaler Gesundheitsschutz, 126 ff.; *Makatsch*, Gesundheitsschutz im Recht der WTO, 54 ff.; *Landwehr*, Trade and Health, 180 ff.

⁹ Report of the Panel v. 29.5.2002, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, para. 7.15; ausführlich: *Tietje*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.5. Rn. 42 ff., sowie: *Makatsch*, Gesundheitsschutz im Recht der WTO, 89, jeweils m.w.N.

I. Anwendungsbereich

1. Technische Vorschrift

Der Anwendungsbereich des TBT-Übereinkommens ist für alle technischen Vorschriften eröffnet, die sich auf eine Ware beziehen (vgl. Art. 1.3 TBT-Übereinkommen). Als technische Vorschrift definiert das TBT-Übereinkommen ein “[d]ocument which lays down product characteristics or their related processes and production methods, including the applicable administrative provisions, with which compliance is mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method” (Anhang 1 Nr. 1 TBT-Übereinkommen). Technische Vorschriften sind also zunächst verbindliche Vorgaben zu Produkteigenschaften sowie hierauf bezogene Verwaltungsverfahren. Um welche Eigenschaften – Charakteristika – es sich dabei handelt, ist weit zu bestimmen. In den Worten des Appellate Body kommen insoweit “any objectively definable ‘features’, ‘qualities’, ‘attributes’, or other ‘distinguishing marks’” eines Produktes in Betracht. Solche Produktcharakteristika können sich u.a. auf “a product’s composition, size, shape, colour, texture, hardness, tensile strength, flammability, conductivity, density, or viscosity” beziehen.¹⁰ Überdies zeigt die zitierte Formulierung in Nr. 1 Satz 2 Anhang 1 TBT-Übereinkommen, wonach es sich „unter anderem oder ausschließlich“ um Festlegungen über Terminologie, Bildzeichen sowie Verpackungs-, Kennzeichnungs- oder Beschriftungserfordernisse handeln kann, dass eine technische Vorschrift auch dann vorliegt, wenn nur einzelne Charakteristika eines Produktes geregelt werden, nicht jedoch alle ein Produkt betreffenden Merkmale.¹¹ Entscheidend ist dabei nur, dass es sich um verbindliche Festlegungen handelt. Ob sich diese Verbindlichkeit dabei auf ein Gebot oder ein implizites Verbot hinsichtlich des Vorhandenseins eines Produktmerkmals bezieht, ist unerheblich.¹² Ebenso wenig von Belang ist es, ob eine Kennzeichnungs- oder eine Namensgebungsvorschrift in Frage steht.¹³ Schließlich ist nach der Rechtsprechung des Appellate Body auch nicht erforderlich, dass sich ein vorgeschriebenes Produktmerkmal auf im Einzelnen festgelegte Einzelprodukte bezieht. Ausreichend ist vielmehr die Bestimmbarkeit eines Produktes. „Bestimmbar“ sind Produkte dabei u.a. im Hinblick auf die vorgeschriebenen Produktmerkmale.¹⁴

Damit sind Registrierungspflichten wie durch REACH vorgesehen zunächst umfassend als technische Vorschrift einzustufen, soweit sie sich auf Produkteigenschaften

¹⁰ Report of the Appellate Body v. 12.3.2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 67; ebenso Report of the Panel v. 29.5.2002, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, para. 7.24.

¹¹ Report of the Appellate Body v. 12.3.2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 67; Report of the Panel v. 29.5.2002, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, para. 7.26.

¹² Report of the Appellate Body v. 12.3.2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 69; Report of the Panel v. 29.5.2002, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, para. 7.44.

¹³ Report of the Panel v. 29.5.2002, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, para. 7.39 f.

¹⁴ Report of the Appellate Body v. 12.3.2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 70.

beziehen. Das gilt für Stoffe und Zubereitungen ohne größere Probleme. Mit Blick auf Erzeugnisse ist indes zu beachten, dass sich eine diesbezügliche Registrierungspflicht nicht auf das Erzeugnis im eigentlichen Sinne, sondern auf die bei der Herstellung des Erzeugnisses verwendeten Stoffe beziehen würde.

2. Anwendbarkeit des TBT-Übereinkommens auf Produktionsmethoden und Verfahren

Wie der Wortlaut von Anhang 1 Nr. 1 TBT-Übereinkommen zeigt, können sich technische Vorschriften als verbindliche Festlegungen nicht nur auf Produkteigenschaften, sondern auch auf Produktionsmethoden beziehen. Nach dem authentischen englischen Wortlaut muss es sich dabei um “product characteristics or their related processes and production methods“ handeln. Damit wird klargestellt, dass nicht jede Festlegung zu Produktionsmethoden vom TBT-Übereinkommen erfasst wird, sondern nur solche Regelungen, die sich auf Produkteigenschaften beziehen (“related to“). Die Formulierung “related to“ findet sich zwar nicht mehr in Satz 2 der Definition, das ist aber nur auf redaktionelle Nachlässigkeit bei der Ausarbeitung des Übereinkommens zurückzuführen; während der Beratungen zu dem TBT-Übereinkommen ging man wie selbstverständlich davon aus, dass das “related to“ auch für den Satz 2 der Definition gilt.¹⁵ Im Ergebnis werden Produktionsmethoden damit nur dann erfasst, wenn sie einen Bezug zu den Produktmerkmalen aufweisen. Dies ist dahingehend zu verstehen, dass sich die fragliche Produktionsmethode in den spezifischen Merkmalen des Endproduktes niederschlagen muss. Dies ist im Schrifttum weitgehend anerkannt und entspricht insgesamt der Entstehungsgeschichte des TBT-Übereinkommens.¹⁶

Für Erzeugnisse im Sinne von REACH bedeutet dies, dass das TBT-Übereinkommen nur auf Registrierungspflichten und damit zusammenhängende Herstellungs- und Importverbote Anwendung finden würde, die bei der Herstellung verwendete Stoffe betreffen, die sich in spezifischen Merkmalen des Endproduktes niederschlagen. Das wäre z.B. bei einem Stoff der Fall, dessen Verwendung die Oberflächenbeschaffenheit eines Erzeugnisses – z.B. einer Textile – bestimmt. Wenn ein Stoff beim Produktionsprozess eingesetzt wird, ohne dass er sich in den Produktcharakteristika des Endproduktes niederschlägt, findet das TBT-Übereinkommen hingegen keine Anwendung. Das wäre z.B. bei einer Chemikalie der Fall, mit der Produktionsmaschinen gereinigt werden. Die rechtliche Zulässigkeit eines Herstellungs- und Importverbots für Erzeugnisse, bei deren Herstellung Stoffe verwendet werden, die

¹⁵ Nachweise zur insoweit relevanten Entstehungsgeschichte bei: *Appleton*, Environmental Labelling Programmes, 93 Fn. 36; siehe auch: *Wha Chang*, Journal of World Trade 31 (No. 1, 1997), 137 (141 f.); *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Krenzler (Hrsg.), Das Recht der EU, Bd. IV, E 29 Rn. 73.

¹⁶ *Tietje*, Journal of World Trade 29 (No. 5, 1995), 123 (134); *Appleton*, Environmental Labelling Programmes, 92 f.; *Fischer*, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 140 f.; *Gesser*, Harvard International Law Journal 39 (1998), 501 (538); *Rege*, Journal of World Trade 28 (No. 3, 1994), 95 (110); *Schick*, TBT-Abkommen, 79 f.; *Wha Chang*, Journal of World Trade 31 (No. 1, 1997), 137 (142 ff.); *Wiemer*, Produktsicherheit, 188 m.w.N.; zur Entstehungsgeschichte siehe: Note by the Secretariat, Negotiating History of the Coverage of the Agreement on Technical Barriers to Trade with Regard to Labelling Requirements, Voluntary Standards, and Process and Production Methods Unrelated to Product Characteristics, WTO Dok G/TBT/W/11 v. 29.8.95.

nicht REACH-registriert sind und die sich nicht in den Produktcharakteristika des Erzeugnisses niederschlagen, richtet sich ausschließlich nach dem GATT.

II. Diskriminierungsverbot (Art. 2.1. TBT-Übereinkommen)

Aufgrund der Anwendbarkeit des TBT-Übereinkommens auf Erzeugnisse, die produktbezogene Stoffe enthalten, ist zunächst zu prüfen, ob eine auf sie bezogene REACH-Registrierungspflicht mit dem Diskriminierungsverbot gem. Art. 2.1. TBT-Übereinkommen vereinbar wäre. Dabei ist zu beachten, dass das in Art. 2.1. TBT-Übereinkommen statuierte Diskriminierungsverbot die Inländergleichbehandlung und die Meistbegünstigung umfasst, Ungleichbehandlungen also zwischen in- und ausländischen Produkten sowie zwischen ausländischen Produkten untereinander verbietet.¹⁷

Um festzustellen, ob eine verbotene Diskriminierung i.S.v. Art. 2.1. TBT-Übereinkommen vorliegt, ist eine zweistufige Prüfung notwendig: Zunächst ist zu untersuchen, ob gleichartige Waren (*like products*) vorliegen. Wenn das der Fall ist, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob die gleichartigen Waren unterschiedlich im Sinne einer Diskriminierung behandelt werden.

1. Gleichartige Produkte (*like products*)

Eine REACH-Registrierungspflicht für Erzeugnisse im Hinblick auf die bei und für ihre Herstellung verwendeten Stoffe würde zunächst EU-Produzenten und Importeure aus Drittstaaten gleichermaßen treffen. Allerdings ist weiter zu beachten, dass Erzeugnisse aus Drittstaaten, die nicht REACH-registriert wären, nicht in die EU importiert bzw. in der EU nicht verkauft werden dürften. Es stellt sich damit die Frage, ob Erzeugnisse bzw. die bei ihrer Herstellung verwendeten Stoffe, die REACH-registriert sind, mit solchen, die nicht REACH-registriert sind, vergleichbar sind, es sich also um "*like products*" handelt. Wenn das der Fall ist, könnte eine unzulässige Diskriminierung i.S.v. Art. 2.1. TBT-Übereinkommen vorliegen.

Die REACH-Registrierungspflicht soll allgemein dazu dienen, ein hohes Schutzniveau für Gesundheit und Umwelt im Chemikalienbereich sicherzustellen.¹⁸ Dabei soll das durch die Registrierungspflicht erforderliche Risikomanagement in erster Linie auf die Unternehmen, die potentiell gefährliche Chemikalien verwenden, übertragen werden.¹⁹ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob das von der Registrierungspflicht erfasste Risikopotential, das anhand eines bestimmten Schwellenwertes festgelegt werden könnte, ein WTO-rechtlich zulässiges Differenzierungskriterium ist.

Die genaue Bestimmung der Merkmale, die für die Vergleichbarkeit von Produkten entscheidend sind, bereitet im WTO-Recht bis heute Probleme. Ursprünglich wurde in der WTO-Rechtsprechung nur auf objektive Kriterien abgestellt. Im Einzelnen handelt es sich hierbei in den Worten des Appellate Body um "(i) the properties,

¹⁷ Tietje, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.5. Rn. 47.

¹⁸ Vgl. u.a. Erwägungsgrund 3 REACH; sowie: Kern, Zeitschrift für Umweltrecht 2005, 68.

¹⁹ Vgl. Erwägungsgrund 16 REACH.

nature and quality of the products; (ii) the end-uses of the products; (iii) consumers' tastes and habits – more comprehensively termed consumers' perceptions and behaviour – in respect of the products; and (iv) the tariff classification of the products.” Der Appellate Body konkretisierte dies dahingehend, dass “these four criteria comprise four categories of ‘characteristics’ that the products involved might share: (i) the physical properties of the products; (ii) the extent to which the products are capable of serving the same or similar end-uses; (iii) the extent to which consumers perceive and treat the products as alternative means of performing particular functions in order to satisfy a particular want or demand; and (iv) the international classification of the products for tariff purposes.”²⁰

Wie das Zitat bereits andeutet, geht die Bestimmung der Gleichartigkeit von Produkten zwischenzeitlich über die zunächst genannten rein objektiven Kriterien hinaus. Wichtig ist insofern zunächst, dass die Bestimmung der Gleichartigkeit immer ein einzelfallbezogenes Werturteil ist. Der Appellate Body hat dies dahingehend ausgedrückt, dass “[...] an assessment utilizing an unavoidable element of individual discretionary judgement has to be made on a case-by-case basis”.²¹ Weiterhin hat der Appellate Body ausdrücklich hervorgehoben, dass “[...] a determination of ‘likeness’ under Article III:4 is, fundamentally, a determination about the nature and extent of a competitive relationship between and among products.”²² Diese Aussage bezieht sich zwar zunächst nur auf Art. III:4 GATT. Sie ist aber angesichts der übereinstimmenden Wortlaute von Art. III:4 GATT und Art. 2.1. TBT-Übereinkommen sowie der gleichlaufenden Ratio beider Vorschriften auch im Anwendungsbereich des TBT-Übereinkommens anzuwenden.²³ Überdies ist zu beachten, dass sich nach Anhang 1 Nr. 1 TBT-Übereinkommen technische Vorschriften ausdrücklich auch auf “related processes and production methods“ beziehen können. Der strenge Produktbezug, der jedenfalls vom Wortlaut her im GATT die Frage der “like products“ bestimmt, ist damit im TBT-Übereinkommen ohnehin nicht gegeben. Das spricht nochmals dafür, dass die Merkmale, die über die Frage der “like products“ entscheiden, im Rahmen des TBT-Übereinkommens weit auszulegen sind.

Bei der Prüfung der Gleichartigkeit von Erzeugnissen ist also neben produktspezifischen Kriterien maßgeblich zu fragen, ob REACH-Registrierungskriterien für Stoffe in Erzeugnissen eine unterschiedliche Wettbewerbsposition entsprechender Produkte bedingen. Das hängt entscheidend davon ab, ob die den Registrierungskriterien zugrunde liegenden Überlegungen im Hinblick auf ein Gesundheits- und Umweltschutzrisikopotential die Wettbewerbsposition der Erzeugnisse beeinflussen. Hierbei ist maßgeblich zu beachten, dass Konsumenten und gewerbliche Verwender in der

²⁰ Report of the Appellate Body v. 12.3.2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 101.

²¹ Report of the Appellate Body v. 12.3.2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 101; unter Verweis auf Report of the Appellate Body v. 4.10.1996, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, S. 21.

²² Report of the Appellate Body v. 12.3.2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 99; hierzu auch: *Marceau/Trachtman*, in: Ortino/Petersmann (Hrsg.), *The WTO Dispute Settlement System*, 275 (282 f.).

²³ Weitere Einzelheiten bei: *Tietje*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), *WTO-Handbuch*, B.I.5. Rn. 57; *Fischer*, *Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht*, 165 ff.

EU sensibel auf Umwelt- und Gesundheitsgefährdungen durch Produkte reagieren. Produkte, die gesundheitsgefährdende Wirkungen haben oder für sich selbst die Umwelt schädigen können, werden im Regelfall gemieden, auch wenn ihre Gebrauchstauglichkeit gesundheits- und umweltgerechten Produkten entspricht. Trotz der auf den ersten Blick gegebenen Gleichartigkeit von Produkten im Hinblick auf ihre äußeren physischen Merkmale, ihre Gebrauchstauglichkeit und gegebenenfalls ihre Zollklassifizierung kann daher insbesondere aufgrund einer unterschiedlichen Rezeption der Verbraucher und gewerblichen Verwender im Hinblick auf das Risikopotential eines Produktes eine Ungleichheit und damit fehlende Vergleichbarkeit gegeben sein. Eine solche Mitberücksichtigung von Gesundheits- oder Umweltschutzgesichtspunkten wurde vom Appellate Body in der Asbest-Entscheidung ausdrücklich als notwendig bezeichnet. Das erstinstanzliche Panel hatte dies noch dezidiert anders gesehen und argumentiert, dass bei einer Berücksichtigung von Gesundheits- oder Umweltschutzrisiken Art. XX lit. b) GATT 1994 keine Bedeutung mehr haben würde. Da Gesundheits- und Umweltschutzaspekte welthandelsrechtlich von der Ausnahmeverordnung des Art. XX GATT 1994 erfasst werden, so die Argumentation, könne unter systematischen Gesichtspunkten hierauf nicht eingegangen werden, wenn es um die Gleichartigkeit von Produkten im Sinne des Inländergleichbehandlungsgebotes gehe.²⁴ Der Appellate Body wies diese Argumentation zurück und hob hervor, dass es auf eine umfassende Sachverhaltswürdigung ankomme, um die Gleichartigkeit von Produkten zu bestimmen; ein Ausschluss *a priori* bestimmter Produktcharakteristika daher nicht möglich sei.²⁵

Im Ergebnis lassen sich damit der bisherigen WTO-Rechtsprechung gute Gründe dafür entnehmen, das Risikopotential von Erzeugnissen im Hinblick auf die bei ihrer Herstellung verwendeten Stoffe als legitimes Unterscheidungsmerkmal bei der Frage nach der Gleichartigkeit von Produkten heranzuziehen. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass die REACH-Registrierungspflicht ihrerseits ein zulässiges Differenzierungskriterium ist. Auch insofern ist jedoch die Wettbewerbssituation zu beachten:

Mit Einführung der REACH-Registrierungspflicht entsteht im EU-Binnenmarkt eine Wettbewerbslage im Bereich von Chemikalien, die für Hersteller von Erzeugnissen eine deutliche Präferenz für registrierte Stoffe begründen wird. Dabei ist insbesondere auch der enge Zusammenhang zwischen der REACH-Registrierung und den bereits genannten Gesundheits- und Umweltschutzbelangen zu sehen. Die für die Frage nach der Gleichartigkeit von Produkten maßgebliche Wettbewerbslage im Hinblick auf die Verbraucher- und Verwenderrezeption wird insofern durch die allgemeine Sensibilität mit Blick auf Umwelt- und Gesundheitsrisiken in Verbindung mit dem administrativen Verfahren der Registrierung bestimmt. Im Bereich technischer Vorschriften ist es dabei welthandelsrechtlich zulässig, auch auf ein administratives Verfahren abzustellen, um eine Produktdifferenzierung zu begründen. Das zeigt sich daran, dass sich technische Vorschriften nach Anhang 1 Nr. 1 TBT-Übereinkommen ausdrücklich auch auf Verwaltungsverfahren beziehen können. Wenn man dement-

²⁴ Report of the Panel v. 18.9.2000, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/R, para. 8.128 ff.

²⁵ Report of the Appellate Body v. 12.3.2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 113, 115; hierzu auch: *Fischer*, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 167.

sprechend verwaltungsverfahrenrechtliche Regelungen wie eine Registrierungspflicht nicht als zulässiges Differenzierungskriterium i.S.v. Art. 2.1. TBT-Übereinkommen heranziehen könnte, wäre mit jeder Einführung eines Verwaltungsverfahrens eine potentielle Verletzung des Diskriminierungsverbotes des Art. 2.1. TBT-Übereinkommen verbunden. Damit würde die auch in der Präambel des TBT-Übereinkommens hervorgehobene Möglichkeit der WTO-Mitglieder, technische Vorschriften aus legitimen Umwelt- und Gesundheitsschutzgründen einzuführen, zum Teil leer laufen, was dem auch WTO-rechtlich anerkannten Interpretationsprinzip *ut res magis valeat quam pereat* (Effektivitätsgrundsatz) widersprechen würde.²⁶ Eine solche Systemwidrigkeit innerhalb des TBT-Übereinkommens lässt sich nur vermeiden, wenn auch ein Verwaltungsverfahren wie eine Registrierungspflicht als Differenzierungskriterium i.S. des Tatbestandsmerkmals der Gleichartigkeit in Art. 2.1. TBT-Übereinkommen herangezogen werden kann.

Allerdings wird in der WTO-Rechtsprechung auch auf die Möglichkeit hingewiesen, dass die WTO-Mitgliedstaaten eine bestimmte Verbraucher- und Verwenderrezeption erst durch die Einführung einer Maßnahme beeinflussen oder erzeugen können. Insofern bestehe die Gefahr von "self-justifying"-Maßnahmen, indem die Legitimität eines regulativen Eingriffs in das Marktgeschehen allein auf der Grundlage einer zuvor erzeugten Verbraucherrezeption begründet werde.²⁷ Ob damit indes jeder regulative Eingriff in das Marktgeschehen, der zu einem veränderten Konsumenten- bzw. Verwenderverhalten führt, WTO-rechtlich unzulässig ist, wurde bislang nicht entschieden. Vielmehr wurde in der WTO-Rechtsprechung nur auf die entsprechenden Gefahren hingewiesen. Es bleibt daher auch weiterhin durchaus möglich, gerade im Kontext des TBT-Übereinkommens im Sinne eines durch regulative Eingriffe in das Marktgeschehen veränderten Konsumentenverhaltens zur Bestimmung der Wettbewerbssituation zu argumentieren.

Im Ergebnis spricht damit einiges dafür, dass Erzeugnisse, die im Hinblick auf die in ihnen enthaltenen Stoffe REACH-registriert sind, und Erzeugnisse – aus Drittstaaten –, bei denen dies nicht der Fall ist, Produkte im Sinne von Art. 2.1. TBT-Übereinkommen sind, die nicht gleichartig sind. Damit wäre eine Verletzung von Art. 2.1. TBT-Übereinkommen durch eine Regelung, die die Verwendung (den Verkauf etc.) von nicht REACH-registrierten Erzeugnissen insgesamt – für inländische

²⁶ Zur Bedeutung dieses Grundsatzes siehe insbesondere: Report of the Appellate Body v. 14.12.1999, *Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products*, WT/DS98/AB/R, para. 80: "We have also recognized, on several occasions, the principle of effectiveness in the interpretation of treaties (*ut res magis valeat quam pereat*) which requires that a treaty interpreter: '... must give meaning and effect to all the terms of the treaty. An interpreter is not free to adopt a reading that would result in reducing whole clauses or paragraphs of a treaty to redundancy or inutility'", unter Verweis auf Report of the Appellate Body v. 29.4.1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, S. 23; allgemein hierzu auch z.B. *Jennings/Watts*, *Oppenheim's International Law*, Vol. I/2, 1280 f.

²⁷ Report of the Panel v. 29.5.2002, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, para. 7.127: "If we were to accept that a WTO Member can 'create' consumer expectations and thereafter find justification for the trade-restrictive measure which created those consumer expectations, we would be endorsing the permissibility of 'self-justifying' regulatory trade barriers. Indeed, the danger is that Members, by shaping consumer expectations through regulatory intervention in the market, would be able to justify thereafter the legitimacy of that very same regulatory intervention on the basis of the governmentally created consumer expectations".

Produkte und für Produkte aus Drittstaaten – verbietet, von vornherein ausgeschlossen.

2. Diskriminierungstatbestand

Wenn entgegen der soeben dargelegten Argumentation angenommen wird, dass Erzeugnisse, die im Hinblick auf die bei ihrer Herstellung verwendeten Stoffe REACH-registriert sind, und solche aus Drittstaaten, die nicht registriert sind, gleichartige Produkte (like products) sind, stellt sich die Frage, ob die Verpflichtung zur REACH-Registrierung als Voraussetzung für die Verkehrsfähigkeit der Erzeugnisse im Binnenmarkt eine Diskriminierung i.S.v. Art. 2.1. TBT-Übereinkommen darstellt.

Da die Einführung einer entsprechenden REACH-Registrierungspflicht zunächst gleichermaßen für alle Produkte, unabhängig von ihrem Herkunftsort innerhalb oder außerhalb der EU, gelten würde, käme eine *de-iure*-Diskriminierung von vornherein nicht in Betracht.

Zu beachten ist allerdings, dass das in Art. 2.1. TBT-Übereinkommen genannte Tatbestandsmerkmal des “treatment no less favourable“ in anderen Vorschriften der WTO-Rechtsordnung, in denen es in genau der selben wörtlichen Fassung enthalten ist, über das Verbot der *de-iure*-Diskriminierung hinausgehend dahingehend ausgelegt wird, dass insgesamt faire Wettbewerbsbedingungen garantiert werden sollen.²⁸ Die diesbezügliche, insbesondere zu Art. III:4 GATT ergangene Rechtsprechung ist grundsätzlich auch auf Art. 2.1. TBT-Übereinkommen zu übertragen.²⁹ Mithin können jedenfalls dem Grunde nach auch Maßnahmen, die nicht an die Herkunft eines Produktes anknüpfen (so genannte “origin-neutral“-Maßnahmen), eine WTO-rechtlich verbotene Diskriminierung darstellen.³⁰ Hieraus ergibt sich sodann die Folgefrage, ob über *de-facto*-Diskriminierungen hinausgehend umfassend jede Maßnahme erfasst ist, die sich tatsächlich oder potentiell, mittelbar oder unmittelbar negativ auf die Wettbewerbssituation ausländischer Produkte auswirkt. Wenn das der Fall wäre, würde die Einführung einer umfassenden REACH-Registrierungspflicht für Erzeugnisse möglicherweise gegen Art. 2.1. TBT-Übereinkommen verstoßen.

Für Art. 2.1. TBT-Übereinkommen ist die zu Art. I:1 und Art. III:4 GATT entwickelte umfassende Ausweitung des Diskriminierungstatbestandes abzulehnen.³¹ Dies ergibt sich insbesondere aus einer systematischen Betrachtung von Art. 2.1. und Art. 2.2. TBT-Übereinkommen. Art. 2.2. TBT-Übereinkommen erweitert das in Art. 2.1. TBT-Übereinkommen enthaltene Protektionismusverbot dahingehend, „dass technische Vorschriften nicht in der Absicht oder mit der Wirkung ausgearbei-

²⁸ Grundlegend hierzu: Report of the Panel v. 15.7.1958, *Italian Discrimination Against Imported Agricultural Machinery*, (angenommen am 23.10.1958), L/833 – 7S/60, para. 12; seither st. Rspr.; aus jüngerer Zeit z.B.: Report of the Panel v. 31.7.2000, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/R, WT/DS169/R, para. 623 ff. m.w.N.; umfassend hierzu auch: *Tietje*, Normative Grundstrukturen, 230 ff.; *Verhoosel*, National Treatment, 19 ff., jeweils m.w.N.

²⁹ *Tietje*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.5. Rn. 48.

³⁰ So ausdrücklich zu Art. I:1 GATT: Report of the Appellate Body v. 31.5.2000, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/AB/R und WT/DS142/AB/R, para. 78.

³¹ Zur Diskussion, allerdings unklar in den dogmatischen Aussagen, auch: *Wiemer*, Produktsicherheit, 216 ff. m.w.N.

tet, angenommen oder angewendet werden, unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel zu schaffen“. Damit wird unabhängig von Gleichbehandlungsfragen ein autonomer Schutz des internationalen Handels betont. Wollte man schon in Art. 2.1. TBT-Übereinkommen ein Beschränkungsverbot sehen, bestünde für den Schutz dieses autonomen Rechtsguts kein Bedürfnis mehr, da es gerade die Idee eines Beschränkungsverbot ist, den Handel für sich im Sinne seiner optimalen Ausgestaltung zu schützen.³²

Technische Vorschriften sind gemäß Art. 2.1. TBT-Übereinkommen also zunächst daran zu messen, ob sie *de iure* oder *de facto* die Wettbewerbsbedingungen ausländischer Produkte beeinträchtigen bzw. zu beeinträchtigen geeignet sind. Es muss also zumindest potentiell eine negative Auswirkung auf die Wettbewerbssituation ausländischer Produkte vorliegen. Eine *a priori* geltende *de minimis*-Schwelle gibt es dabei allerdings nicht.³³ Auch reine Anpassungskosten, die für ausländische Produkte im Hinblick auf die Einhaltung technischer Vorschriften höher sein können als für gleichartige inländische Waren, können damit eigentlich dem Verbot des Art. 2.1. TBT-Übereinkommen unterfallen. Allerdings stellt sich an dieser Stelle das Problem, dass es bei der Einführung technischer Vorschriften immer, und zwar auch ausschließlich auf inländische Produkte bezogen, Unterschiede im Hinblick auf die Anpassungskosten geben kann. Eine technische Vorschrift, die nur inländische Produkte erfasst, wird z.B. oftmals von großen Industrieunternehmen einfacher und damit kostengünstiger umzusetzen sein als von einem mittelständischen Unternehmen. Eine Wettbewerbsverzerrung wird man hierin kaum erblicken können. Überträgt man diese Überlegung auf den zwischenstaatlichen Handel, erscheint es problematisch, jede Preiserhöhung eines ausländischen Produktes, die zur Überwälzung der erhöhten Anpassungskosten notwendig ist, als Beeinträchtigung der fairen Wettbewerbsbedingungen zu werten. Im Lichte der Theorie komparativer Kostenvorteile bleibt der Wettbewerb insofern „fair“.

Die aufgezeigte Problematik ist im TBT-Übereinkommen nicht ausdrücklich geregelt. Zwei rechtliche Lösungswege kommen in Betracht: Zunächst könnte an eine Schutzbereichsbegrenzung des Art. 2.1. TBT-Übereinkommen gedacht werden. In diesem Sinne wären die von Art. 2.1. TBT-Übereinkommen geschützten „fairen Wettbewerbsbedingungen“ dahingehend zu verstehen, dass „unvermeidliche Benachteiligungen ausländischer Waren nicht tatbestandsmäßig sein können“.³⁴ Bei dieser Sicht der Dinge bleibt freilich unklar, wie zu bestimmen ist, ob eine notwendige Preisanpassung durch erhöhte Herstellungskosten eine „unvermeidliche Benachteiligung“ darstellt. Überdies erscheint fraglich, ob sich im Lichte der prinzipiell weiten Auslegung des Gleichbehandlungsgebotes in der WTO/GATT-Sprachpraxis eine solche Schutzbereichsbegrenzung überhaupt dogmatisch überzeugend begründen lässt. Vor dem Hintergrund dieser Schwierigkeiten ist im Einklang mit völkerrechtlichen Auslegungsmethoden (Art. 31 Wiener Vertragsrechtskonvention) zunächst eine systematische Interpretation der Art. 2.1. und 2.2. TBT-Übereinkommen vorzunehm-

³² Auch *Wiemer*, Produktsicherheit, 218, sieht dieses systematische Argument, schließt hieraus aber nur, dass es auf die Diskussion darüber, ob Art. 2.1. TBT-Übereinkommen ein Beschränkungsverbot enthalte, gar nicht ankomme. Das kann dogmatisch nicht überzeugen.

³³ A.A. *Wiemer*, Produktsicherheit, 218.

³⁴ So *Wiemer*, Produktsicherheit, 220.

men. Daraus folgt, dass die Garantie fairer Wettbewerbsbedingungen in Art. 2.1. TBT-Übereinkommen im Lichte der Regelungen in Art. 2.2. TBT-Übereinkommen zu sehen ist. Die fairen Wettbewerbsbedingungen ausländischer Produkte werden mit Blick auf die Einhaltung technischer Vorschriften demnach nur dann beeinträchtigt, wenn die technische Vorschrift in der Absicht oder mit der Wirkung ausgearbeitet, angenommen oder angewendet wird, unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel zu schaffen (Art. 2.2. Satz 1 TBT-Übereinkommen). Diese Auslegung entspricht auch Sinn und Zweck des TBT-Übereinkommens, da nur so die dem Grunde nach anerkannte Legitimität technischer Vorschriften Beachtung findet.

Im Ergebnis liegt damit eine weniger günstige Behandlung ausländischer Waren im Sinne von Art. 2.1 TBT-Übereinkommen vor, wenn *de iure* eine Ungleichbehandlung gegeben ist. Das wäre bei einer umfassenden REACH-Registrierungspflicht von vorn herein nicht der Fall. Soweit es darüber hinaus zu einer *de-facto*-Diskriminierung im Sinne einer Beeinträchtigung der fairen Wettbewerbsbedingungen kommen sollte, ist Art. 2.1. im Lichte des Art. 2.2. TBT-Übereinkommen auszulegen und anzuwenden. Beeinträchtigungen der fairen Wettbewerbssituation ausländischer Waren, die durch technische Vorschriften entstehen, sind demnach nur dann rechtswidrig, wenn die Ausarbeitung, Annahme oder Anwendung der fraglichen technischen Vorschrift absichtlich oder tatsächlich ein unnötiges Hemmnis für den internationalen Handel darstellt. Die Einzelheiten zur Konkretisierung dieses zusätzlichen Tatbestandsmerkmals ergeben sich aus Art. 2.2. TBT-Übereinkommen; auf sie wird sogleich einzugehen sein.³⁵ Technische Vorschriften, die unterschiedslos anwendbar sind und keine *de-facto*-Diskriminierung darstellen, werden schließlich nur von Art. 2.2. TBT-Übereinkommen erfasst. Damit ist für die rechtliche Bewertung einer umfassenden REACH-Registrierungspflicht für produktbezogene Stoffe in Erzeugnissen nur noch auf Art. 2.2. TBT-Übereinkommen abzustellen.

III. Verbot der Begründung unnötiger Handelshemmnisse (Art. 2.2. TBT-Übereinkommen)

Zu untersuchen ist damit, ob eine umfassende REACH-Registrierungspflicht für Stoffe, die sich in den Endcharakteristika von Erzeugnissen niederschlagen, und ein damit verbundenes umfassendes Herstellungs- und Importverbot zu unnötigen Behinderungen des internationalen Handels führen würde (Art. 2.2. TBT-Übereinkommen).

1. *Ratio legis* des Art. 2.2. TBT-Übereinkommen

Art. 2.2. TBT-Übereinkommen statuiert zunächst eine allgemeine Verpflichtung der WTO-Mitglieder, technische Vorschriften unabhängig von ihrer unterschiedslosen Anwendung nicht so einzusetzen, dass unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel entstehen. Die grundlegende handelspolitische Bedeutung des Art. 2.2 TBT-Übereinkommen erschließt sich durch einen Vergleich mit der in

³⁵ *Infra* D.III.

Art. 2.1. TBT-Übereinkommen und in Art. III:4 GATT zum Ausdruck kommenden Regelungssystematik. Die Verankerung des Nichtdiskriminierungsgebotes in der WTO-Rechtsordnung ist nicht nur mit Blick auf das hieraus folgende Verbot, keine ordnungspolitischen Maßnahmen vorzunehmen, die sich unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell negativ auf die fairen Wettbewerbschancen ausländischer Produkte auswirken, von Bedeutung. Dieses Verbot zeigt vielmehr zugleich positiv auf, welche ordnungspolitischen Maßnahmen die WTO-Mitglieder ergreifen dürfen.

Betrachtet man das Nichtdiskriminierungsgebot der Inländergleichbehandlungsregel und der Meistbegünstigungsverpflichtung im Zusammenhang mit dem Verbot, handelsbeschränkende Grenzmaßnahmen zu erlassen, zeigt sich, dass die WTO-Mitglieder zunächst jede ordnungspolitische Maßnahme ergreifen dürfen, solange eine solche unterschiedslos nach innen und außen wirkt und keine Beeinträchtigung des Handels an der Grenze darstellt.³⁶ Diese prinzipielle Handlungsfreiheit der WTO-Mitglieder, die zunächst nur dem Nichtdiskriminierungsprinzip und dem Prinzip der Offenheit der Märkte unterworfen ist, erfährt durch Art. 2.2. TBT-Übereinkommen allerdings eine Modifikation, indem die Zulässigkeit einer internen Maßnahme mit Blick auf technische Vorschriften dem Verbot einer unnötigen Handelsbeschränkung unterworfen wird, und zwar gerade dann, wenn das Diskriminierungsverbot nicht eingreift.

Angesichts der dargelegten Funktion des Art. 2.2. TBT-Übereinkommen kommt es auch nicht mehr darauf an, wie noch während der Verhandlung der Tokio-Runde des GATT 1947 vertreten, dass eine „offene protektionistische Absicht“ beim Einsatz einer technischen Vorschrift vorliegt, um ihre Rechtswidrigkeit zu begründen.³⁷ Art. 2.2. Satz 1 TBT-Übereinkommen stellt zusätzlich zu den dargelegten teleologischen Gesichtspunkten auch schon vom Wortlaut her nur darauf ab, dass technische Vorschriften eine unnötige Handelsbehinderung weder beabsichtigen noch bewirken dürfen.

2. *Verhältnismäßigkeitsprüfung als Konkretisierung des Art. 2.2. TBT-Übereinkommen*

Wie bereits angedeutet, stellt Art. 2.2. Satz 2 TBT-Übereinkommen für unterschiedslos anwendbare technische Vorschriften darauf ab, dass sie “not be more trade restrictive than necessary to fulfill a legitimate objective, taking into account of the risks non-fulfillment would create“ sein dürfen (“shall“). Diese Formulierung ist im Zusammenhang mit der Aussage in der Präambel des TBT-Übereinkommens zu lesen, wonach sichergestellt werden soll, dass u.a. technische Vorschriften “do not create unnecessary obstacles to international trade“ (Abs. 5) und dass sie dementsprechend nicht in einer Art und Weise eingesetzt werden “which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade“ (Abs. 6). Die letztgenannte Formulierung geht auf den Einleitungssatz in Art. XX GATT zurück und findet sich

³⁶ Tietje, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.5. Rn. 67; ders., Normative Grundstrukturen, 295 f.

³⁷ Tietje, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.5. Rn. 68.

in ähnlicher Form auch in weiteren Vorschriften der WTO-Rechtsordnung.³⁸ Im Kern geht es bei all diesen Formulierungen darum, einen angemessenen Ausgleich zwischen berechtigten Interessen der WTO-Mitglieder und den Grundsätzen eines möglichst unbeschränkten weltweiten Handels zu ermöglichen.³⁹

Die Einordnung des Art. 2.2. Satz 2 TBT-Übereinkommen als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgebots entspricht zudem der DSB-Sprachpraxis zur Konkretisierung der im Einleitungssatz des Art. XX GATT genannten Merkmale der "arbitrary or unjustifiable discrimination" bzw. der "disguised restriction on international trade". In diesem Zusammenhang ist zwischenzeitlich anerkannt, dass 1) kein entscheidender materieller Regelungsunterschied zwischen den beiden Formulierungen gegeben ist und dass es 2) insgesamt auf eine Abwägung der widerstreitenden Interessen ankommt, wenn es um die Frage der Einschlägigkeit der Bestimmung geht.⁴⁰ Die Auslegung des Einleitungssatzes des Art. XX GATT im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bestimmt damit aufgrund der identischen Formulierung in der Präambel des TBT-Übereinkommens auch die Auslegung dieses Übereinkommens.

Die grundlegende Ratio des im WTO/GATT-Recht Anwendung findenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gilt damit auch mit Blick auf Art. 2.2. Satz 2 TBT-Übereinkommen.⁴¹ Auch hier kommt es darauf an, einen angemessenen – schonenden – Ausgleich zwischen einzelstaatlichen Interessen u.a. im Gesundheits- und Umweltschutzbereich auf der einen Seite sowie der Gewährung eines möglichst unbeschränkten Welthandels auf der anderen Seite zu finden. Dementsprechend ist eine umfassende REACH-Registrierungspflicht im Rahmen von Art. 2.2. TBT einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen.

a) *Vorliegen einer Gefahr für ein legitimes Schutzgut (Art. 2.2. Satz 3 TBT-Übereinkommen)*

(1) *Legitimes Schutzgut*

Die Zulässigkeit einer umfassenden REACH-Registrierungspflicht richtet sich mit Blick auf eine mögliche potentiell handelsbeschränkende Wirkung zunächst danach, ob mit der entsprechenden Regelung ein legitimes Schutzziel erreicht bzw. zu erreichen versucht wird. Eine Auflistung legitimer Schutzziele, die zum Erlass technischer

³⁸ Bspw. Art. 2.3. SPS-Übereinkommen; Art. XIV GATS.

³⁹ Tietje, Normative Grundstrukturen, 291 ff.

⁴⁰ Report of the Appellate Body v. 20.5.1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para 25; Report of the Appellate Body v. 12.10.1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 158 f.

⁴¹ *Appleton*, Environmental Labelling Programmes, 113 f.; *Bronckers/Charro*, Journal for European Environmental & Planning Law 2005, 184 (191); *Fischer*, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 195; *Marceau/Trachtman*, in: Ortino/Petersmann (Hrsg.), The WTO Dispute Settlement System, 275 (294 f., 319); *Schick*, TBT-Abkommen, 94 ff.; *Tietje*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.5. Rn. 80 ff.; *Wiemer*, Produktsicherheit, 235 ff; sowie: *Palmer*, REACH and Proportionality under WTO Rules, 18, erhältlich im Internet: <http://www.wwf.org.uk/filelibrary/pdf/reach_prop_0604.pdf> (besucht am 30. Juni 2005); zustimmend insofern auch: *National Foreign Trade Council*, Looking Behind the Curtain: The Growth of Trade Barriers that Ignore Sound Science, 92, erhältlich im Internet: <<http://nftc.org/default.asp?Mode=DirectoryDisplay&cid=190>> (besucht am 30. Juni 2005).

Vorschriften berechtigten, findet sich in Art. 2.2. Satz 3 TBT-Übereinkommen. Zu diesen legitimen Schutzziele zählen „unter anderem [...] der Schutz der Gesundheit und Sicherheit von Menschen, des Lebens oder der Gesundheit von Tieren oder der Umwelt“.

Chemikalien können Gesundheits- oder Umweltschäden hervorrufen oder stehen zumindest im Verdacht, solche Schädigungen hervorzurufen. Gleichwohl gibt es für die meisten der verwendeten chemischen Stoffe bislang keine verlässlichen Daten über die Auswirkungen auf Mensch und Umwelt. Im Kern sieht REACH deshalb eine systematische Prüfung aller in der Europäischen Union produzierten oder in den Binnenmarkt importierten Chemikalien auf Gesundheits- und Umweltgefahren vor. Durch REACH werden damit im Rahmen eines Risikomanagements systematisch Daten über die Verwendung von chemischen Stoffen erhoben, um potentielle Risiken und schädliche Wirkungen zu bewerten und besonders gefährliche Eigenschaften frühzeitig zu erkennen. Die Registrierung und Erfassung von chemischen Stoffen stellt dementsprechend ein legitimes Schutzziel im Sinne von Art. 2.2. Satz 3 TBT-Übereinkommen dar.⁴²

(2) Gefahr

(a) Risikobewertung und Beweislastverteilung

Bei der Bewertung, ob eine Gefahr für die legitimen Schutzziele Gesundheit und Umwelt besteht, ist gemäß Art. 2.2. Satz 4 TBT-Übereinkommen u.a. (“inter alia”) auf “available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products“ abzustellen.

Mit dieser recht allgemeinen Formulierung weicht das TBT-Übereinkommen von den strikten Risikobewertungsvoraussetzungen ab, die in Art. 5 SPS-Übereinkommen niedergelegt sind. Während nach dem Wortlaut der verschiedenen Absätze des Art. 5 SPS-Übereinkommen und der entsprechenden Spruchpraxis des DSB im Bereich gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen hohe Anforderungen an die wissenschaftliche Begründung bestehender Gefahren durch Produkte gelten,⁴³ stellt Art. 2.2. TBT-Übereinkommen nur allgemein auf verfügbare wissenschaftlich-technisch Informationen ab. Diese sind zudem nicht zwingend zu beachten, son-

⁴² So auch im Grundsatz die Einschätzung anderer WTO-Mitglieder, WTO Committee on Technical Barriers to Trade: Minutes of the Meeting Held on 23 March 2004, G/TBT/M/32, para. 30, Minutes of the Meeting Held on 7 November 2003, G/TBT/M/31, para. 23; Minutes of the Meeting Held on 19 August 2003, G/TBT/M/30, para. 53: “His [Japan’s] delegation had fully understood that the proposed regulation had, as legitimate objectives, the protection of human health and the environment“.

⁴³ Siehe hierzu insbesondere: Report of the Appellate Body v. 16.1.1998, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, para. 178 ff., zur Entscheidung statt vieler: *Quick/Bliithner*, Journal of International Economic Law 2 (1999), 471 (478 ff.); *Eggers*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1998, 147 ff., *Makatsch*, Gesundheitsschutz im Recht der WTO, 70 ff.; *Landwehr*, Trade and Health, 155 ff. jeweils m.w.N.

dern nach dem insofern klaren Wortlaut des Art. 2.2. Satz 4 TBT-Übereinkommen nur mögliche Beurteilungsgesichtspunkte (“relevant elements of consideration“).⁴⁴

Der eher allgemeine Verweis auf maßgebliche Kriterien zur Beurteilung der Gefahren für die in Art. 2.2. Satz 3 TBT-Übereinkommen beispielhaft genannten Schutzgüter entbindet ein WTO-Mitglied allerdings nicht davon, den Beweis für eine Gefahrabwendung durch den Einsatz einer technischen Vorschrift zu erbringen. Nach allgemeinen prozessualen Beweislastverteilungsregeln im WTO-Recht, obliegt es dem WTO-Mitglied, das sich auf eine Ausnahmeregelung beruft, den Beweis für das Vorliegen der hierfür notwendigen Tatbestandsvoraussetzungen zu erbringen.⁴⁵

Die Anforderungen, die sich aus dieser Beweislastverteilung ergeben, werden jedoch durch den Beurteilungsspielraum eingeschränkt, der den WTO-Mitgliedern im Hinblick auf die autonome Festlegung eines als notwendig erachteten Schutzniveaus zusteht. Diesbezüglich stellte der Appellate Body fest, “that it is undisputed that WTO-Members have the right to determine the level of protection of health that they consider appropriate in a given situation”.⁴⁶ Diese Aussage steht in Übereinstimmung mit der Präambel des TBT-Übereinkommens, die im 5. Erwägungsgrund festhält, dass kein Land daran gehindert werden soll, die als notwendig erachteten Maßnahmen zu treffen, um das Leben oder die Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen sowie der Umwelt zu schützen. Insofern wird den WTO-Mitgliedstaaten bei der Festlegung ihres Schutzniveaus im TBT-Übereinkommen ein durchaus weiter Beurteilungsspielraum zugestanden.⁴⁷

Aus dem Zusammenspiel von Beweislastverteilung und anerkanntem Beurteilungsspielraum ergibt sich damit, dass WTO-Mitglieder zunächst nur einen *prima facie*-Beweis dafür erbringen müssen, dass eine bestimmte technische Vorschrift zur Abwendung von Gefahren für legitime Schutzgüter notwendig ist. Eine darüber hinausgehende wissenschaftlich-technische Absicherung der behaupteten Gefahrenlage ist nicht erforderlich.⁴⁸ Etwas anderes könnte sich nur dann ergeben, wenn es konkret im Hinblick auf das Risikomanagement und die damit zusammenhängende Registrierung einschlägige internationale Standards gäbe.⁴⁹ Dann kämen Art. 2.4. und Art. 2.5.

⁴⁴ Tietje, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.5. Rn. 81; Fischer, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 197 f.; vgl. auch: Marceau/Trachtman, in: Ortino/Petersmann (Hrsg.), The WTO Dispute Settlement System, 275 (299).

⁴⁵ Report of the Panel v. 29.1.1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, para 6.20 ff.; Report of the Panel v. 18.9.2000, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/R, para. 8.177 f.; Report of the Appellate Body v. 25.4.1997, *United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R, S. 16 m.w.N.

⁴⁶ Report of the Appellate Body v. 12.3.2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 168.

⁴⁷ Fischer, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 178 u. 199.

⁴⁸ Tietje, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.5. Rn. 81.

⁴⁹ Für einen Vergleich mit anderen Regelungssystemen siehe: *Institute for European Environmental Policy*, Ad hoc Report on Chemicals: Comparative Analysis of REACH and Other International Approaches, Policy Brief for the European Parliament Environment Committee, EP/IV/A2003/09/01, 2003, erhältlich im Internet: <http://www.europarl.eu.int/comparl/envi/pdf/externalexpertise/ieep/chemicals_brief.pdf> (besucht am 30. Juni 2005); kritisch hierzu: *National Foreign Trade Council*, Looking Behind the Curtain: The Growth of Trade Barriers that Ignore Sound Science, 96 ff.; erhältlich im Internet: <<http://nftc.org/default.asp?Mode=DirectoryDisplay&id=190>> (besucht am 30. Juni 2005).

TBT-Übereinkommen zur Anwendung, was zu einer deutlich höheren Begründungslast für die EU führen würde.⁵⁰ Ansonsten sind die Anforderungen an die Risikoeinschätzung im Hinblick auf mögliche Gefahren, die von Produkten ausgehen, jedoch gering. Dieses Ergebnis wird im Sinne des angedeuteten systematischen Vergleichs mit dem SPS-Übereinkommen nochmals bestätigt, wenn ein Blick auf die Bedeutung von Vorsorgegesichtspunkten im Rahmen des TBT-Übereinkommens geworfen wird.

(b) *Vorsorgegesichtspunkte*

Wie insgesamt in Sachbereichen, die sich auf die Abwehr von Gefahren für die menschliche Gesundheit oder die Umwelt beziehen, stellt sich auch im Rahmen des TBT-Übereinkommens die Frage, ob nur eine bereits gegenwärtig vorliegende Gefahr tatbestandsrelevant ist, oder ob darüber hinaus auch auf zu befürchtende, wenn überhaupt erst zukünftig entstehende Gefahren abgestellt werden kann. Die hiermit in Zusammenhang stehenden Rechtsfragen werden im Umweltvölkerrecht und im Welthandelsrecht unter dem Stichwort des Vorsorgeprinzips diskutiert.⁵¹

Die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips ist für die Zulässigkeit der REACH-Registrierungspflichten von besonderer Bedeutung, da die von REACH verfolgten Ziele des Gesundheits- und Umweltschutzes insbesondere auf Grundlage des Prinzips der Vorsorge verwirklicht werden sollten.⁵² Zwar sind die gesundheits- und umweltrelevanten Auswirkungen einiger Chemikalien durchaus bekannt, so dass deren Gefahren abgeschätzt werden können. Das maßgebliche Problem besteht jedoch darin, dass bislang keine ausreichenden Informationen über die in der EU vermarkteten Chemikalien vorliegen. Dieser Informationsmangel bezieht sich neben den Eigenschaften der verwendeten Stoffe vor allem auf die potentiellen Risiken für die menschliche Gesundheit und die Umwelt. Durch die mit der REACH-Registrierungspflicht verfolgten Vorsorgemaßnahmen sollen dementsprechend der generelle Mangel an Information über die gefährlichen Eigenschaften von im Verkehr befindlichen Chemikalien

⁵⁰ Zu Art. 2.4. und 2.5. TBT-Übereinkommen ausführlich: *Tietje*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.5. Rn. 93 ff., sowie: *Marceau/Trachtman*, in: Ortino/Petersmann (Hrsg.), The WTO Dispute Settlement System, 275 (304).

⁵¹ Ausführlich hierzu: *Erben*, Das Vorsorgeprinzip im Völkerrecht, *passim*; *Epiney/Sheyli*, Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts, *passim*; *Cameron/Abouchar*, in: Feestone/Hey (Hrsg.), The Precautionary Principle and International Law, 29 ff.; *Eggers*, The Precautionary Principle in WTO Law, *passim*; *Trouwborst*, The Precautionary Principle in International Law, *passim*; *Landwehr*, Trade and Health, 69 ff.

⁵² Vgl. Art. 1 Abs. 3 REACH unter Verweis auf die Mitteilung der Kommission über das Vorsorgeprinzip, KOM (2000), 1 endg. v. 2.2. 2000; ausführlich zur Mitteilung der Kommission: *Appel*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2001, 295 ff.; ausführlich zum Vorsorgeprinzip als Leitprinzip von REACH: *Appel*, Zeitschrift für Umweltrecht 2003, 167 ff.; *Callies*, Verwaltungsarchiv 94 (2003), 389 ff.; *Fischer*, Verbraucherschutz im Chemikalienrecht, 17 ff.; Freytag/Jakl/Loibl/Wittmann (Hrsg.), The Role of Precaution in Chemicals Policy, *passim*; sehr kritisch hierzu: *National Foreign Trade Council*, Looking Behind the Curtain: The Growth of Trade Barriers that Ignore Sound Science, 101 ff.; *NFTC*, EU Regulation, Standardization and the Precautionary Principle: The Art of Crafting a Three-Dimensional Trade Strategy That Ignores Sound Science, 27 ff.; *NFTC*, 'Enlightened' Environmentalism or Disguised Protectionism? Assessing the Impact of EU Precaution-Based Standards on Developing Countries, 66 ff., erhältlich im Internet: <<http://nftc.org/default.asp?Mode=DirectoryDisplay&id=190>> (besucht am 30. Juni 2005).

behooben und die zahlreichen Wissenslücken über die Eigenschaften und Wirkungen der verwendeten Chemikalien geschlossen werden.

Ob und gegebenenfalls inwieweit das Vorsorgeprinzip bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des Art. 2.2. TBT-Übereinkommen herangezogen werden kann, ist nicht abschließend geklärt, da sich hierzu – anders als im SPS-Übereinkommen⁵³ – kein textlicher Verweis findet. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass das Vorsorgeprinzip *per se* keine Bedeutung im TBT-Übereinkommen hat. Zu beachten ist vielmehr, dass das WTO-Recht insgesamt nicht in “clinical isolation“ im Verhältnis zum allgemeinen Völkerrecht steht.⁵⁴ So weit völkerrechtliche Regelungen zu bestimmten Sachfragen existieren, sind diese daher bei der Auslegung und Anwendung des WTO-Rechts mit zu berücksichtigen (Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVK). Angesichts einer heute weitgehend anerkannten völkergewohnheitsrechtlichen Geltung des Vorsorgeprinzips,⁵⁵ lässt sich somit auch eine vorsorglich ergriffene technische Vorschrift rechtfertigen.

Neben der Herleitung aus allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen lässt sich die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips im TBT-Übereinkommen jedoch, wie bereits angedeutet, auch aus einem strukturellen Vergleich mit dem SPS-Übereinkommen begründen. Im Hinblick auf die Anforderungen an die Gefahridentifizierung stellt das SPS-Übereinkommen höhere Voraussetzungen, indem WTO-Mitglieder nur dann tätig werden dürfen, wenn sich eine Gefahr für ein legitimes Schutzgut auf der Grundlage wissenschaftlicher Anhaltspunkte nachweisen lässt.⁵⁶ Dagegen verlangt das TBT-Übereinkommen gerade keinen positiven wissenschaftlichen Nachweis, um Schutzmaßnahmen zu erlassen. So sind verfügbare wissenschaftlich-technisch Informationen nach Art. 2.2. Satz 4 TBT-Übereinkommen nur mögliche Beurteilungsgesichtspunkte, nicht jedoch eine notwendige Bedingung für ein Tätigwerden (“In assessing such risks, relevant elements of consideration are, inter alia: available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products“). Dies bedingt zugleich, dass auch vorsorgende Aspekte bei

⁵³ Vgl. hierzu: Report of the Appellate Body v. 16.1.1998, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, para. 124: “It appears to us important, nevertheless, to note some aspects of the relationship of the precautionary principle to the SPS Agreement. First, the principle has not been written into the SPS Agreement as a ground for justifying SPS measures that are otherwise inconsistent with the obligations of Members set out in particular provisions of that Agreement. Secondly, the precautionary principle indeed finds reflection in Article 5.7 of the SPS Agreement. We agree, at the same time, with the European Communities, that there is no need to assume that Article 5.7 exhausts the relevance of a precautionary principle. It is reflected also in the sixth paragraph of the preamble and in Article 3.3. These explicitly recognize the right of Members to establish their own appropriate level of sanitary protection, which level may be higher (i.e., more cautious) than that implied in existing international standards, guidelines and recommendations”.

⁵⁴ Report of the Appellate Body v. 20.5.1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, S. 17; hierzu auch: *Marceau*, *Journal of World Trade* 33 (No. 5, 1999), 98 ff.; ausführlich: *Pauwelyn*, *Conflict of Norms in Public International Law*, *passim*.

⁵⁵ *Erben*, *Das Vorsorgeprinzip im Völkerrecht*, 230 ff. *Epiney/Sheyli*, *Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts*, 107; *Cameron/Abouchar*, in: *Feestone/Hey* (Hrsg.), *The Precautionary Principle and International Law*, 29 (30 f. u. 52); *Eggers*, *The Precautionary Principle in WTO Law*, 147; *Trouwborst*, *The Precautionary Principle in International Law*, 74 f. u. 165 ff.; vgl. auch: *Appel*, *Zeitschrift für Umweltrecht* 2003, 173 ff.; a.A. z.B. *Wiemer*, *Produktsicherheit*, 238 ff., der dann jedoch für eine Berücksichtigung als soft law plädiert.

⁵⁶ Art. 3.3. Satz 1 SPS-Übereinkommen.

Unsicherheiten über mögliche Gefahren für das Schutzgut Berücksichtigung finden können.⁵⁷

Im Ergebnis ist es somit möglich, im Rahmen der Begründung einer Gefahr für legitime Schutzgüter im Sinne des Art. 2.2. TBT-Übereinkommen auch solche Risikofaktoren heranzuziehen, deren wissenschaftlich-technische Bedeutung noch nicht abschließend geklärt ist. Bestehende wissenschaftlich-technische Unsicherheiten im Hinblick auf Gefahren, die von Produkten oder Produktionsmethoden ausgehen, hindern demnach nicht daran, die Geeignetheit einer technischen Vorschrift im Sinne ihres legitimen Einsatzes zu begründen.⁵⁸ Das durch die REACH-Registrierungspflicht verfolgte Konzept des Risikomanagements steht damit im Sinne einer administrativen Realisierung von Vorsorgeüberlegungen im Einklang mit dem Erfordernis einer Gefahr für ein legitimes Schutzgut i.S.v. Art. 2.2. TBT-Übereinkommen.

b) *“Necessary“*

In einem zweiten Schritt stellt sich dem Wortlaut des Art. 2.2. TBT-Übereinkommen entsprechend die Frage, ob eine umfassende REACH-Registrierungspflicht und ein damit verbundenes Herstellungs- und Importverbot *“necessary“* im Hinblick auf das oben dargestellte legitime Schutzinteresse ist. Zur genauen Bedeutung des Merkmals *“necessary“* i.S.v. Art. 2.2. Satz 2 TBT-Übereinkommen liegt bislang noch keine Rechtsprechung vor. Allerdings findet sich die Formulierung, dass eine Maßnahme *“necessary“* zum Schutz bestimmter öffentlicher Güter sein muss, auch u.a. in Art. XX lit. d) GATT und Art. XIV GATS. Zu diesen beiden Vorschriften liegt Rechtsprechung vor, die das Merkmal *“necessary“* konkretisiert.

Fraglich erscheint jedoch, ob in diesem Zusammenhang vollumfänglich auf die Rechtsprechung zu Art. XX GATT zurückgegriffen werden kann.⁵⁹ Namentlich die EG argumentierte im „Sardinen-Fall“, dass Art. 2.2. TBT-Übereinkommen keinen vergleichbar strengen Abwägungsmaßstab im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Maßnahme verlange wie Art. XX GATT. Danach sei im Rahmen des Art. 2.2. TBT-Übereinkommen keine strenge Prüfung dahingehend erforderlich, ob eine technische Vorschrift zur Erreichung legitimer Ziele notwendig sei. Abzustellen sei vielmehr auf die konkreten Wirkungen der Maßnahme, die nicht handelsbeschränkender als not-

⁵⁷ Fischer, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 198; *Marceau/Trachtman*, in: Ortino/Petersmann (Hrsg.), *The WTO Dispute Settlement System*, 275 (313 f.).

⁵⁸ *Tietje*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), *WTO-Handbuch*, B.I.5. Rn. 85; im Ergebnis ebenso, wenn auch mit anderer Begründung: *Wiemer*, Produktsicherheit, 240 f.; *Appleton*, Environmental Labeling Programmes, 113.

⁵⁹ So das Vorbringen von Peru und anderen Streitparteien, vgl. Report of the Panel v. 29.5.2002, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, para. 4.102 ff., insbesondere para. 4.106: “According to Peru, in the context of Article XX of the GATT 1994 the term “necessary” qualifies the term “measures”, and the necessity test must consequently be applied by the panel to the measure it previously found to be inconsistent with another provision of the GATT 1994 and therefore requires justification under Article XX. However, in the context of Article 2.2. of the TBT Agreement, the term “necessary” qualifies the terms “not more trade-restrictive than”, and what must thus essentially be determined to be “necessary” is the obstacle to trade created by the measure challenged by the complainant”.

wendig sein dürften.⁶⁰ Selbst wenn man in diesem Zusammenhang jedoch tatbestandlich höhere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen von Art. 2.2. TBT-Übereinkommen stellt und dementsprechend einen identischen Abwägungsmaßstab wie bei Art. XX GATT verlangt, kann die Notwendigkeit einer umfassenden REACH-Registrierungspflicht aufgezeigt werden.

Im Einzelnen ergibt sich aus der zu Art. XX GATT vorliegenden Rechtsprechung, dass die Bestimmung, ob eine Maßnahme “necessary“ ist,

“[...] involves in every case a process of weighing and balancing a series of factors which prominently include the contribution made by the compliance measure to the enforcement of the law or regulation at issue, the importance of the common interests or values protected by that law or regulation, and the accompanying impact of the law or regulation on imports or exports.”⁶¹

Im Rahmen des so notwendigen Abwägungsprozesses ist nach der Rechtsprechung des Appellate Body insbesondere zu fragen, ob für das betreffende WTO-Mitglied “an alternative measure which it could reasonably be expected to employ and which is not inconsistent with other GATT provisions is available to it.”⁶² Zur Beantwortung dieser Frage sind insbesondere zwei Faktoren zu beachten:

“one aspect of the 'weighing and balancing process [...] comprehended in the determination of whether a WTO-consistent alternative measure' is reasonably available is the extent to which the alternative measure 'contributes to the realization of the end pursued'. Another factor to be taken into account in determining whether an alternative measure is reasonably available is the importance of the interests or values pursued: '[t]he more vital or important [the] common interests or values' pursued, the easier it would be to accept as 'necessary' measures designed to achieve those ends.”⁶³

Von besonderer Bedeutung für die Frage, ob die Möglichkeit einer alternativen Maßnahme besteht, die weniger handelsbeschränkend ist, ist dabei die Berücksichtigung des bereits hervorgehobenen Rechts der WTO-Mitglieder, das jeweils für not-

⁶⁰ Report of the Panel v. 29.5.2002, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, para. 4.110 ff.: “According to the European Communities, Article 2.2. does not strictly require that the measure is ‘necessary’ to fulfil the legitimate objective – only that its effects not be more trade restrictive than necessary. Such a measure could be merely a helpful measure that, alone or perhaps together with other measures, helps in achieving the objective that the government pursues, even if possibly this objective could as well be accomplished in other ways than through the technical regulation in question. Accordingly, the only requirement in its view is that the measure should not be more trade restrictive than necessary, meaning that among two equally effective measures, the less trade restrictive should be chosen”; anders die Europäische Gemeinschaft noch im Asbest-Fall, vgl. Report of the Panel v. 18.9.2000, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/R, para. 3.290; vgl. zu diesem Aspekt auch: *Schick*, TBT-Abkommen, 85.

⁶¹ Report of the Appellate Body v. 11.12.2000, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, para. 164; Report of the Appellate Body v. 25.4.2005, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, para. 66.

⁶² Report of the Appellate Body v. 25.4.2005, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, para. 67.

⁶³ Report of the Appellate Body v. 25.4.2005, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, para. 68 m.w.N. zur einschlägigen Rechtsprechung.

wendig erachtete Umwelt- und Gesundheitsschutzniveau und die diesbezüglich zu ergreifenden Maßnahmen autonom festzulegen:

“An alternative measure may be found not to be ‘reasonably available’, however, where it is merely theoretical in nature, for instance, where the responding Member is not capable of taking it, or where the measure imposes an undue burden on that Member, such as prohibitive costs or substantial technical difficulties. Moreover, a ‘reasonably available’ alternative measure must be a measure that would preserve for the responding Member its right to achieve its desired level of protection with respect to the objective pursued [...]”.⁶⁴

Damit kommt es bei der Frage, ob eine Maßnahme “necessary” ist, zunächst entscheidend auf das verfolgte Ziel an. Einem WTO-Mitglied steht dabei das auch im TBT-Übereinkommen ausdrücklich eingeräumte Recht zu, das „ob“ und das „wie“ des Schutzes bestimmter öffentlicher Güter autonom festzulegen. Nur unter Berücksichtigung des so bestehenden Beurteilungsspielraums kann dann eine Abwägung im Hinblick auf mögliche handelsbeschränkende Wirkungen einer Maßnahme erfolgen.

Auf eine umfassende REACH-Registrierungspflicht für Erzeugnisse aus der EU und aus Drittstaaten bezogen, bedeutet dies, dass zunächst von der Entscheidung der EU auszugehen ist, den Gesundheits- und Umweltschutz im Chemikalienbereich durch ein Risikomanagementverfahren zu realisieren, das auf erster Stufe eine Registrierung chemikalischer Stoffe vorsieht. Ob die Konzeption, die REACH zugrunde liegt, als solche sinnvoll und zweckmäßig ist, hat WTO-rechtlich keine Bedeutung. Die Entscheidung hierüber unterfällt vielmehr dem WTO-rechtlichen Beurteilungsspielraum der EU. In einem zweiten Schritt ist dann im Lichte des gewählten Registrierungsverfahrens zu prüfen, ob es in Abwägung mit der Intensität der hiervon ausgehenden internationalen Handelsbeschränkung eine vernünftige Alternative gibt, die ebenso effektiv ist. Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass REACH nicht primär auf ein die Marktmechanismen *per se* ausschaltendes Verbot chemischer Stoffe abstellt, sondern durch das Registrierungsverfahren, das auf die Eigenverantwortung von Unternehmen abstellt, gerade im Rahmen funktionierender Marktmechanismen operiert. Im Gegensatz zu hoheitlichen Restriktionen, die von vornherein die Zulässigkeit von Chemikalien beschränken, wird damit durch die REACH-Registrierung ein Risikomanagementverfahren gewählt, das zunächst „nur“ eine administrative Belastung betroffener Unternehmen darstellt. Die entstehenden Handelsbeschränkungen sind insofern jedenfalls im Verhältnis zu Verwendungsverböten und Importbeschränkungen für spezifische Chemikalien, die die Marktmechanismen *per se* ausschließen würden, als gering einzustufen.

Die geringe handelsbeschränkende Wirkung der REACH-Registrierungspflicht wird auch mit Blick auf Art. 2.8. TBT-Übereinkommen deutlich. Hiernach sind, “wherever appropriate“ technische Vorschriften zu verwenden, “based on product requirements in terms of performance rather than design or descriptive characteristics“. Dieser Verweis darauf, technische Vorschriften im Hinblick auf die Gebrauchstauglichkeit von Produkten und nicht unter Verweis auf die Konstruktion

⁶⁴ Report of the Appellate Body v. 7.4.2005, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, para. 306; Report of the Appellate Body v. 25.4.2005, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, para. 70.

und beschreibende Merkmale auszugestalten, ist von dem Bestreben geprägt, technische Vorschriften möglichst einfach zu halten. Damit ist Art. 2.8. TBT-Übereinkommen zugleich eine Konkretisierung des Merkmals “necessary“ in Art. 2.2. TBT-Übereinkommen.⁶⁵ Mit der REACH-Registrierungspflicht wird nunmehr zwar keine technische Vorschrift eingeführt, die sich auf die Gebrauchstauglichkeit von Produkten bezieht. Allerdings geht es bei der Registrierungspflicht auch nicht um zwingend einzuhaltende Konstruktionsmerkmale oder ähnliches. Vielmehr wird bewusst ein technisch einfaches und transparentes Verfahren gewählt, das der in einer zweiten Stufe erfolgenden – und hier nicht weiter interessierenden – Bewertung der Gefährlichkeit eines Stoffes dient. Insofern lassen sich Voraussetzungen für die REACH-Registrierungspflicht für in Erzeugnissen enthaltene Stoffe, die klar und einfach sind, indem sie sich an einem bestimmten Schwellenwert orientieren, durchaus mit dem in Art. 2.8. TBT-Übereinkommen genannten Merkmal der Gebrauchstauglichkeit vergleichen. Auch das spricht mithin dafür, dass eine umfassende REACH-Registrierungspflicht für in Erzeugnissen enthaltene Stoffe dem “necessary“-Kriterium in Art. 2.2. TBT-Übereinkommen entspricht.

3. Ergebnis zu Art. 2.2. TBT-Übereinkommen

Im Ergebnis sprechen damit gute Gründe dafür, dass eine umfassende Registrierungspflicht für Stoffe, die bei der Herstellung von Erzeugnissen verwendet werden und die sich in den Charakteristika des Erzeugnisses niederschlagen, sowie ein damit verbundene Herstellungs- und Importverbot für Erzeugnisse im Einklang mit Art. 2.2. TBT-Übereinkommen steht. Eine „unnötige Handelsbeschränkung“ lässt sich durch die Einführung einer umfassenden Registrierungspflicht jedenfalls nicht *per se* feststellen.

IV. Ergebnis zum TBT-Übereinkommen

Die vorstehende rechtliche Analyse hat ergeben, dass eine REACH-Registrierungspflicht für Stoffe, die bei der Herstellung von Erzeugnissen verwendet werden und die sich in den Charakteristika der Erzeugnisse niederschlagen, als technische Vorschrift im Sinne des TBT-Übereinkommens einzustufen ist. Es spricht vieles dafür, dass eine solche technische Vorschrift im Einklang mit Art. 2.1. und Art. 2.2. TBT-Übereinkommen stünde.⁶⁶

⁶⁵ Sykes, *Product Standards*, 71; Wiemer, *Produktsicherheit*, 246 ff.; Tietje, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), *WTO-Handbuch*, B.I.5. Rn. 89; Fischer, *Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht*, 201 f.

⁶⁶ A.A. für das REACH-System: *National Foreign Trade Council*, *Looking Behind the Curtain: The Growth of Trade Barriers that Ignore Sound Science*, 92, erhältlich im Internet: <<http://nftc.org/default.asp?Mode=DirectoryDisplay&cid=190>> (besucht am 30. Juni 2005); zweifelnd auch: Bronckers/Charro, *Journal for European Environmental & Planning Law* 2005, 184 (190): “In our view, such an overall registration requirement for substances contained in articles would be difficult to defend”.

E. Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT 1994)

Wie bereits dargestellt, beurteilt sich die Zulässigkeit einer umfassenden REACH-Registrierungspflicht für solche Produkte, bei deren Herstellung Stoffe verwendet wurden, die sich in spezifischen Merkmalen des Endproduktes niederschlagen, allein nach dem TBT-Übereinkommen. Dabei ist auch zu beachten, dass ein Verstoß gegen das TBT-Übereinkommen wohl auch nicht nach Vorschriften des GATT, insbesondere Art. XX GATT, gerechtfertigt werden kann.⁶⁷ Dagegen richtet sich die rechtliche Zulässigkeit einer umfassenden REACH-Registrierungspflicht für solche Stoffe, die bei der Herstellung von Erzeugnissen Verwendung finden, ohne sich jedoch in den Produktcharakteristika des Endproduktes niederzuschlagen, und ein damit verbundenes Herstellungs- und Importverbot ausschließlich nach den Vorschriften des GATT.⁶⁸

I. Inländergleichbehandlungsgebot (Art. III:4 GATT 1994)

Aufgrund der Anwendbarkeit der Vorschriften des GATT auf Erzeugnisse, die keine produktbezogenen Stoffe enthalten, ist zu prüfen, ob eine auf sie bezogene umfassende REACH-Registrierungspflicht mit dem Gebot der Inländergleichbehandlung nach Art. III:4 GATT vereinbar wäre. Art. III:4 GATT enthält ein allgemeines Nichtdiskriminierungsverbot, nach dem gleichartige inländische und ausländische Produkte innerhalb eines Staates gleich zu behandeln sind.

1. Abgrenzung zum Verbot mengenmäßiger Beschränkungen (Art. XI:1 GATT 1994)

Während der Aspekt der Gleichartigkeit von Produkten im Rahmen der Inländergleichbehandlungsregel des Art. III:4 GATT in der DSB-Spruchpraxis jedenfalls im Ansatz geklärt ist, bestehen hinsichtlich des Konkurrenzverhältnisses zu sonstigen Vorschriften des GATT auch weiterhin gewisse Abgrenzungsschwierigkeiten. Insbesondere im Hinblick auf ein Verbot des Imports von Erzeugnissen stellt sich die Frage der Abgrenzung zu Art. XI:1 GATT. Diese Vorschrift erfasst nach ihrem Wortlaut Maßnahmen, die den Import (oder Export) von Waren betreffen, während Art. III GATT von internen handelspolitischen Maßnahmen spricht (vgl. Art. III:1 GATT).

Die praktische Relevanz der Abgrenzung beider Vorschriften ergibt sich maßgeblich aus dem Umstand, dass Art. XI:1 GATT ein absolutes Verbot für quantitative Handelsbeschränkungen aufstellt und somit restriktiver als Art. III GATT ist, der lediglich eine Schlechterstellung eingeführter gegenüber gleichartigen inländischen Waren verbietet. Für ein Importverbot für nicht REACH registrierte Erzeugnisse ist damit zu prüfen, ob dieses der Vorschrift über Importe (oder Exporte) unterfällt (Art. XI:1 GATT) oder nach Maßgabe der Regelungen über interne Maßnahmen (Art. III GATT) zu beurteilen ist.

⁶⁷ *Fischer*, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 170 f.; *Tietje*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.5. Rn. 64; *Marceau/Trachtman*, in: Ortino/Petersmann (Hrsg.), The WTO Dispute Settlement System, 275 (286).

⁶⁸ Hierzu bereits *infra* D.I.2.

Als Ausgangspunkt der Überlegungen zur Abgrenzung beider Normen ist in systematischer Hinsicht die interpretative Anmerkung im Anhang 1 zu Art. III GATT zu berücksichtigen.⁶⁹ Danach ist für die Anwendung des Art. III GATT unbeachtlich, ob eine Maßnahme im Sinne des Abs. 1, die sowohl auf eingeführte als auch auf gleichartige inländische Waren Anwendung findet, bei den eingeführten Waren im Zeitpunkt oder am Ort der Einfuhr erhoben wird. Vielmehr kommt es auf den konkreten Zeitpunkt oder den Ort der Wirkung einer Maßnahme nur dann an, wenn diese gerade nicht unterschiedslos auf eingeführte oder inländische Waren angewandt wird. Die den Tatbestand erweiternde Anmerkung verdeutlicht damit, dass Maßnahmen, die im Zeitpunkt des Imports an der Grenze durchgesetzt werden, in erster Linie von Art. XI GATT erfasst werden und nur dann Art. III GATT unterfallen, wenn sie unterschiedslos auf einheimische und ausländische Waren Anwendung finden.⁷⁰

Eine umfassende REACH-Registrierungspflicht und ein hierauf bezogenes Herstellungs- und Importverbot würde Importeure und Produzenten gleichermaßen betreffen und auf EU-Waren und Waren aus Drittstaaten unterschiedslos Anwendung finden. Dementsprechend unterfällt eine umfassende REACH-Registrierungspflicht und ein damit verbundene Importverbot nicht dem Anwendungsbereich von Art. XI GATT. Vielmehr ist allein eine Beurteilung nach Art. III GATT angezeigt.

2. Gleichartigkeit von Waren

Die Vergleichbarkeit der zu beurteilenden Produkte als Bezugspunkt des Gleichbehandlungsgebots nach Art. III:4 GATT findet sich ebenso wie bereits im Rahmen der Prüfung des Art. 2.1. TBT-Übereinkommen in der Umschreibung, dass es sich bei den inländischen und den ausländischen Waren um "like products" handeln muss.

Sofern Stoffe im Produktionsprozess eingesetzt werden, die keinen Niederschlag im Endprodukt haben, wäre eine Unterscheidung der Produkte allein mit Blick auf ihren Herstellungsprozess möglich. Im Hinblick auf eine REACH-Registrierungspflicht für solche Stoffe, erscheint deshalb fraglich, ob es über die etablierten Kriterien zur Feststellung der Gleichartigkeit von Waren⁷¹ zulässig ist, zwei Produkte allein auf Grund von sich nicht im Endprodukt selbst widerspiegelnden unterschiedlichen Produktionsweisen (sog. non-product-related PPMs) zu unterscheiden. Hierbei ist besonders zu beachten, dass das GATT im Gegensatz zum TBT-Übereinkommen jedenfalls sprachlich nur auf „Produkte“ abstellt.

Im wissenschaftlichen Schrifttum und zum Teil auch in der Rechtsprechung wurde lange Zeit vertreten, dass zwischen produktbezogenen und nicht-

⁶⁹ Anmerkung zu Art. III Anhang 1 GATT 1994: "Any internal tax or other internal charge, or any law, regulation or requirement of the kind referred to in paragraph 1 which applies to an imported product and to the like domestic product and is collected or enforced in the case of the imported product at the time or point of importation, is nevertheless to be regarded as an internal tax or other internal charge, or a law, regulation or requirement of the kind referred to in paragraph 1, and is accordingly subject to the provisions of Article III".

⁷⁰ *Tietje*, Normative Grundstrukturen, 225 ff.; *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 205; *Puth*, WTO und Umwelt, 279; *Wiers*, Trade and Environment, 173 ff.

⁷¹ Ausführlich zu den Kriterien zur Feststellung der Gleichartigkeit bereits unter D.II.1.

produktbezogenen Produktionsmethoden im Hinblick auf die Frage nach der Gleichartigkeit von Produkten zu unterscheiden sei und nicht-produktbezogene Produktionsmethoden in keinem Fall geeignet seien, als zulässiges Differenzierungskriterium zu dienen.⁷² Nach der bereits dargestellten Asbest-Entscheidung des Appellate Body wird man diese Differenzierung indes nicht mehr aufrechterhalten können. Vielmehr spricht vieles dafür, dass Umwelt- und Gesundheitsschutzaspekte insgesamt, also auch auf den Produktionsprozess bezogen, Berücksichtigung finden können, um die fehlende Vergleichbarkeit von Produkten i.S.v. Art. III:4 GATT zu bestimmen.⁷³

Problematisch ist jedoch, dass bei nicht-produktbezogenen Produktionsmethoden letztlich ausschließlich auf das Konsumenten- bzw. Verwenderverhalten in einem Markt abgestellt werden kann, um eine mögliche Ungleichheit von Produkten zu begründen. Da eine umfassende REACH-Registrierungspflicht für Stoffe, die bei der Herstellung von Erzeugnissen verwendet werden, über die Erzeugnisse selbst durchgesetzt werden würde – nur für sie könnte die Verkehrsfähigkeit in der EU geregelt werden –, stellt sich also wiederum die Frage, ob Erzeugnisse, bei deren Herstellung nichtregistrierte Stoffe verwendet werden, und Erzeugnisse, die mit REACH-registrierten Stoffen hergestellt wurden, vergleichbar sind. Das ließe sich nur damit begründen, dass Konsumenten und Verwender zwischen diesen beiden Gruppen von Erzeugnissen einen maßgeblichen, die Marktsituation beeinflussenden Unterschied sehen. Eine abschließende Bewertung dieser Frage kann hier nicht gegeben werden, da hierzu eine umfassende Marktanalyse vorgenommen werden müsste. Da die fraglichen Stoffe indes in keiner Beziehung zur Beschaffenheit des Endproduktes – des Erzeugnisses – stehen, könnte ein entsprechender Nachweis schwer fallen.⁷⁴

Im Ergebnis ist es damit nicht auszuschließen, dass Erzeugnisse, die mit REACH-registrierten Stoffen hergestellt wurden, und solche, bei denen das nicht der Fall ist, als “like products“ i.S.v. Art. III:4 GATT anzusehen sind, wenn sich die Verwendung des Stoffes nicht in den Charakteristika des Endproduktes niederschlägt.

⁷² In diese Richtung: Report of the Panel v. 3.9.1991, *United States – Restriction on Imports of Tuna (Tuna I)*, (nicht angenommen), DS21/R – 39S/155, para. 5.14; Report of the Panel v. 16.6.1994, *United States – Restriction on Imports of Tuna (Tuna II)*, (nicht angenommen), DS29/R para 5.8; Report of the Panel v. 29.9.1994, *United States – Taxes on Automobiles*, (nicht angenommen), para. 5.52-5.54; Report of the Panel v. 16.3.1992, *United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, (angenommen am 19.6.1992), DS23/R – 39S/208; Report of the Panel v. 20.1.1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R; zur Spruchpraxis der Panel in Bezug auf PPMs siehe: *Tietje*, in: Winter (Hrsg.), *Redesigning Institutions for Global Environmental Governance*, (im Erscheinen); *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), *WTO-Handbuch*, B.I.1. Rn. 44; *Read*, *Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy* 5 (2004), 123 ff.; *Hilf*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2000, 481 (485); *Jackson*, *European Journal of International Law* 11 (2000), 303 ff.; *Janson*, *European Journal of International Law* 11 (2000), 309 (311 f.); *Weiher*, *Umweltschutz und internationaler Warenverkehr*, 154 f.

⁷³ *Puth*, *WTO und Umwelt*, 246; ausführlich auch: *Choi*, ‘Like Products’ in *International Trade Law*, *passim*.

⁷⁴ Siehe in diesem Zusammenhang auch: *Puth*, *WTO und Umwelt*, 248: „[...] darf als Erfahrungssatz angenommen werden, dass die Verbraucher in ihrem Kaufverhalten nicht vom Produkt selber ausgehenden Umweltbelastungen tendenziell eine geringere Aufmerksamkeit entgegenbringen als einem umweltschädlichen Produkt“; vgl. auch *Fischer*, *Technische Handelshemmnisse im Welt-handelsrecht*, 119 f.

3. “Treatment no less favourable“

Wenn davon ausgegangen wird, dass “like products“ vorliegen, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob eine umfassende REACH-Registrierungspflicht und ein damit verbundene Herstellungs- und Importverbot gegen das Gebot der Inländergleichbehandlung in Art. III:4 GATT (“treatment no less favourable“) verstößt. Da mit einer umfassenden REACH-Registrierungspflicht *de iure* eine Gleichbehandlung von EU-Erzeugnissen und Erzeugnissen aus Drittstaaten gegeben wäre, ist auch hier maßgeblich auf die erweiterte Auslegung des Merkmals “treatment no less favourable“ abzustellen.⁷⁵ In den Worten des Appellate Body kommt es insofern entscheidend darauf an,

“whether the measure at issue modifies the conditions of competition in the relevant market to the detriment of imported products. In other words, a measure accords less favourable treatment to imported products if it gives domestic like products a competitive advantage in the market over imported like products.”⁷⁶

Damit ist entscheidend, ob durch die Einführung einer umfassenden REACH-Registrierungspflicht eine nachteilige Wettbewerbssituation für Erzeugnisse aus Drittstaaten entstehen würde, die gerade in ihrer Herkunft aus einem Drittstaat begründet liegt. Von Bedeutung ist also nicht allgemein eine nachteilige Wettbewerbssituation, sondern vielmehr eine negative Wettbewerbslage, die spezifisch auf die ausländische Herkunft des Erzeugnisses zurückzuführen ist:

“However, the existence of a detrimental effect on a given imported product resulting from a measure does not necessarily imply that this measure accords less favourable treatment to imports if the detrimental effect is explained by factors or circumstances unrelated to the foreign origin of the product, such as the market share of the importer in this case”.⁷⁷

Im Ergebnis ist die Frage einer möglichen Verletzung von Art. III:4 GATT aufgrund der Einführung einer umfassenden REACH-Registrierungspflicht damit faktisch zu beantworten, was hier nicht abschließend geschehen kann. Nur wenn sich konkret-faktisch nachweisen ließe, dass eine REACH-Registrierungspflicht für Stoffe, die bei der Herstellung von Erzeugnissen verwendet werden, für Erzeugnisse aus Drittstaaten aufgrund ihrer Herkunft die Wettbewerbsposition im Verhältnis zu EU-Erzeugnissen negativ beeinflusst, läge ein “treatment less favourable“ i.S.v. Art. III:4 GATT vor.

4. Ergebnis zu Art. III:4 GATT

Eine REACH-Registrierungspflicht für Stoffe, die keinen Niederschlag im Endprodukt haben und die somit allein an Unterschiede in den Produktionsmethoden

⁷⁵ Siehe hierzu bereits *infra* D.II.2.

⁷⁶ Report of the Appellate Body v. 25.4.2005, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, para. 93 mit weiteren Nachweisen aus der ständigen Rechtsprechung.

⁷⁷ Report of the Appellate Body v. 25.4.2005, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, para. 96.

anknüpft, und ein hiermit verbundenes Herstellungs- bzw. Importverbot kann einen Verstoß gegen Art. III:4 GATT darstellen. Zwingend ist eine solches Verdikt der Rechtswidrigkeit indes nicht.⁷⁸ Abhängig von der im Einzelnen näher zu untersuchenden faktischen Marktsituation ist es auch möglich, dass eine umfassende REACH-Registrierungspflicht im Hinblick auf Stoffe, die sich nicht in den Charakteristika eines Erzeugnisses niederschlagen, und ein damit verbundenes Herstellungs- bzw. Importverbot im Einklang mit Art. III:4 GATT steht.

II. Allgemeine Schutzmaßnahmen (Art. XX GATT 1994)

Liegt ein Verstoß gegen Art. III:4 GATT vor, bleibt nur die Möglichkeit der Rechtfertigung nach Art. XX GATT. Die allgemeine Ausnahmegvorschrift des Art. XX GATT legt verschiedene Schutzziele fest, zu deren Verfolgung die WTO-Mitglieder handelspolitische Schutzmaßnahmen ergreifen können, um von den Vorschriften des GATT abzuweichen. Schutzmaßnahmen der WTO-Mitglieder, die den Voraussetzungen des Art. XX GATT genügen, sind danach grundsätzlich erlaubt, auch wenn sie gegen eine der Regelungen des GATT verstoßen. Da Art. XX GATT als Ausnahmegvorschrift jedoch nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn zuvor eine Verletzung gegen eine GATT-Vorschrift festgestellt wurde, hängt sein Anwendungsbereich maßgeblich vom Anwendungsbereich und der Auslegung der verletzten Norm ab.⁷⁹ Dieser Zusammenhang zeigt sich insbesondere bei den sog. Process and Production Methods (PPMs), die einen Verstoß gegen Art. III GATT darstellen. Gleichwohl ist für PPMs eine Rechtfertigungsmöglichkeit unter Berufung auf die Verfolgung legitimer Zwecke im Grundsatz anerkannt.⁸⁰

Die Prüfung der Rechtfertigung einer staatlichen Maßnahme unterliegt seit der Entscheidung des Appellate Body im Verfahren „United States – Gasoline“⁸¹ einem zweistufigen Test. Danach ist in einem ersten Schritt festzustellen, ob die angegriffene Maßnahme einem der unter Art. XX lit. a)-j) GATT aufgeführten Ziele dient und die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind.⁸² Wenn das der Fall ist, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob die zur Erreichung des zulässigen Zwecks gewählten Mittel den Anforderungen des Eingangssatzes von Art. XX GATT, dem sog. Chapeau, standhalten.⁸³ Weiterhin folgt aus allgemeinen Darlegungs- und Beweislastregelungen, dass die Partei, zu deren Gunsten Art. XX GATT zur Anwendung kom-

⁷⁸ Einen Verstoß gegen Art. III:4 GATT verneinend: *Der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen*, Umweltgutachten 2004, BT-Drucks. 15/3600, Tz. 1039 ff., erhältlich im Internet: <http://www.umweltrat.de/02gutach/download/umweltg/UG_2004_lf.pdf> (besucht am 11. Juli 2005).

⁷⁹ *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 227.

⁸⁰ *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 227; *Cheyne*, Georgia Journal of International and Comparative Law 24 (1995), 433 ff.

⁸¹ Report of the Appellate Body v. 29.4.1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 22.

⁸² Report of the Appellate Body v. 12.10.1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 116.

⁸³ Report of the Appellate Body v. 29.4.1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 22.

men soll, sich auf diese Vorschrift zu berufen hat und ihr die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der einzelnen Tatbestands-voraussetzungen obliegt.⁸⁴

1. Zulässige Zielsetzung

Im Hinblick auf die REACH-Registrierungspflichten kommt dem Bereich der Gesundheits- und Umweltschutzmaßnahmen nach Art. XX lit. b) und lit. g) GATT hervorgehobene Bedeutung zu.

a) Art. XX lit. b) GATT

Art. XX lit. b) GATT erlaubt den WTO-Mitgliedern, notwendige Maßnahmen zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen zu ergreifen. Darüber hinaus wird der Schutz der Umwelt nicht explizit als zulässiges Schutzziel erwähnt. Trotz der gebotenen restriktiven Auslegung der einzelnen Ausnahmetatbestände des Art. XX GATT ist jedoch anerkannt, dass die Vorschrift auch primär auf den Schutz der Umwelt abzielende Maßnahmen erlaubt. Das Fehlen eines Verweises auf den Umweltschutz in Art. XX lit. b) GATT ist insofern allein historisch bedingt.⁸⁵

Eine Maßnahme zum Schutz von Menschen, Tieren und Pflanzen setzt begrifflich notwendig voraus, dass überhaupt eine Gefahr für die genannten Schutzgüter vorliegt. Insofern hat der Appellate Body angemerkt, dass "the use of the word 'protection' implies the existence of a risk".⁸⁶ Auch im Rahmen von Art. XX GATT stellt sich damit die Frage, inwieweit vorsorgende Aspekte bei Unsicherheiten über mögliche Gefahren Berücksichtigung finden können. Entsprechend den obigen Ausführungen zum Vorsorgeprinzip ist eine gewisse wissenschaftlich belegbare Wahrscheinlichkeit einer Gesundheits- oder Umweltgefährdung zu fordern, wobei jedoch auch begründete Verdachtsmomente für die Annahme einer solchen Gefährdung ausreichen. Die der Maßnahme zugrunde liegende Schutzpolitik darf zudem nicht beziehungslos neben der Gefährdung stehen, sondern muss in ihrer allgemeinen Ausgestaltung gerade auf die Minderung dieser Gefährdung abzielen ("designed to protect").

Im Hinblick auf eine umfassende REACH-Registrierungspflicht kann eine solche funktionale Verknüpfung bejaht werden. Die Verpflichtung, für alle chemischen Stoffe eine Risikobeurteilung vorzunehmen und diese zu dokumentieren, um mögliche gefährliche Eigenschaften frühzeitig zu erkennen, zielt auf den Schutz der Umwelt und der menschlichen Gesundheit ab und stellt somit ein legitimes Schutzziel im Sinne von Art. XX lit. b) GATT dar.

⁸⁴ Report of the Appellate Body v. 25.4.1997, *United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R, S. 16; *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 228.

⁸⁵ *Fischer*, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 124; *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 237; *Puth*, WTO und Umwelt, 300 f.; *Epiney*, Deutsches Verwaltungsblatt 2000, 77 (81); *Schoenbaum*, American Journal of International Law 91 (1997), 268 (273); *Weiber*, Umweltschutz und internationaler Warenverkehr, 133 f.

⁸⁶ Report of the Panel v. 18.9.2000, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/R, para. 8.184; siehe auch: *Puth*, WTO und Umwelt, 306 ff.

b) *Art. XX lit. g) GATT*

Neben Art. XX lit. b) kann auch Art. XX lit. g) Umweltschutzmaßnahmen rechtfertigen. Die Vorschrift erlaubt Maßnahmen zur Erhaltung erschöpflicher Naturschätze (“exhaustible natural resources“), sofern sie im Zusammenhang mit Beschränkungen der inländischen Produktion oder des Verbrauchs stehen. Der Begriff der erschöpflichen Naturschätze unterliegt dabei einer dynamischen Auslegung und erfasst alle in der Natur vorkommenden und für den Menschen bedeutsamen Ressourcen. Erschöpflich bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die betreffenden Naturschätze nicht reproduziert werden können und aus diesem Grund dem Prinzip der Nachhaltigkeit unterliegen sollen, welches ausdrücklich in der WTO-Präambel verankert ist und zudem vom Streitbeilegungsorgan zur Auslegung des Art. XX lit. g) GATT herangezogen wird.⁸⁷ Die mit Verweis auf die Entstehungsgeschichte des Art. XX lit. g) GATT vorgebrachte Ansicht, erschöpfliche Naturschätze umfassen ausschließlich nicht-lebende Naturschätze, wie bspw. Erdölvorkommen, ist damit obsolet.⁸⁸ Damit werden auch die biologische Vielfalt und folglich auch der Schutz von bedrohten Tier- und Pflanzenarten vom Schutzbereich umfasst.

Die Erfassung und Bewertung von Chemikalien durch die REACH-Registrierungspflichten könnte somit auch im Hinblick auf erschöpfliche Naturschätze als ein legitimes Schutzziel im Sinne von Art. XX lit. g) GATT angesehen werden.

2. “*necessary to*“

Ist damit prinzipiell der Anwendungsbereich für gesundheits- und umweltpolitisch motivierte Schutzmaßnahmen eröffnet, müssen die jeweiligen Maßnahmen auch die speziellen Anforderungen der einzelnen Regelungen erfüllen. Mit Blick auf Art. XX lit. b) GATT stellt sich dabei die Frage, ob eine umfassende REACH-Registrierungspflicht notwendig (“*necessary*“) im Hinblick auf das dargestellte legitime Schutzinteresse ist.

Wie bereits im Rahmen der Prüfung des TBT-Übereinkommens festgestellt, besteht im Hinblick auf das Merkmal “*necessary*“ eine Regelungsgleichheit von Art. XX GATT und Art. 2.2. TBT-Übereinkommen.⁸⁹ Mithin kann im Einklang mit den obigen Ausführungen die Notwendigkeit einer umfassenden REACH-Registrierungspflicht zur Erreichung der genannten Schutzziele begründet werden, so dass von einer vorläufigen Rechtfertigung nach Art. XX lit. b) GATT auszugehen ist.

⁸⁷ Report of the Appellate Body v. 12.10.1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 129.

⁸⁸ Siehe hierzu bereits die unter dem GATT 1947 angenommenen Panel-Reports: Report of the Panel v. 22.12.1981, *United States – Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada*, (angenommen am 22.2.1982), L/5198 – 29S/91, para.4.9; Report of the Panel v. 20.11.1987, *Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, (angenommen am 22.3.1988), L/6268 – 35S/98, para. 4.4.

⁸⁹ Siehe bereits *infra* D.III.2.b).

3. „relating to“/„in conjunction with“

Nach Art. XX lit. g) GATT muss eine Maßnahme der Erhaltung von Naturschätzen dienen („relating to“) und im Zusammenhang mit („in conjunction with“) Beschränkungen der inländischen Produktion oder des Verbrauchs angewendet werden. Zwar verlangt das Merkmal „relating to“ einen bestimmten Bezug der jeweiligen Handelsmaßnahme zum betroffenen Schutzgut. Bereits eine Analyse des Wortlauts zeigt jedoch, dass dieser Bezug wesentlich weiter gefasst ist als in Art. XX lit. b) GATT, der die WTO-Mitglieder auf „notwendige“ Maßnahmen beschränkt.⁹⁰ Diese Auslegung findet ihre Bestätigung in der Spruchpraxis des WTO-Streitbeilegungsorgans. Im Verfahren „Canada – Herring and Salmon“ entschied das Panel, dass eine Schutzmaßnahme in erster Linie auf die Erhaltung des erschöpflichen Naturschatzes gerichtet sein müsse („primarily aimed at the conservation“).⁹¹ Der Appellate Body schloss sich dieser Auffassung an und stellte insoweit fest, dass es genüge, wenn eine Maßnahme nicht nur beiläufig („incidentally“) oder versehentlich („inadvertently“) auf die Erhaltung erschöpflicher Naturschätze gerichtet sei.⁹² Auf diese Weise sollen Maßnahmen von der Rechtfertigung ausgeschlossen werden, deren Verbindung zum Schutz erschöpflicher natürlicher Ressourcen rein zufällig oder unbeabsichtigt ist. Insofern handelt es sich bei dem Merkmal „relating to“ nicht um eine Erforderlichkeitsprüfung, sondern vielmehr um ein Geeignetheitserfordernis. Der hiermit gewährte Handlungsspielraum ist damit deutlich weiter als in Fällen, in denen eine Maßnahme notwendig sein muss.⁹³

Als weitere Einschränkung wird verlangt, dass gleichzeitig nationale Maßnahmen ergriffen werden, welche die inländische Produktion oder den Verbrauch der erschöpflichen Naturschätze reduzieren. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass die Erreichung des Schutzziels nicht ausschließlich zu Lasten des Imports geht, sondern sich die Beschränkungen zur Erhaltung erschöpflicher natürlicher Ressourcen gleichermaßen im Binnenbereich niederschlagen.

Eine umfassende REACH-Registrierungspflicht verbunden mit einem entsprechenden Herstellungs- und Importverbot zielt gerade auf den Schutz erschöpflicher natürlicher Ressourcen ab und erfasst diesen nicht beiläufig oder gar versehentlich. Da die Registrierungs Pflichten und das Herstellungs- und Importverbot zudem unterschiedslos gelten sollen, ist von einer vorläufigen Rechtfertigung nach Art. XX lit. g) GATT auszugehen.

⁹⁰ Ausführlich zur Bedeutung der unterschiedlichen Einleitungsformulierungen des Art. XX lit. a)-j) GATT: *Desmedt*, *Journal of International Economic Law* 4 (2001), 441 (463).

⁹¹ Report of the Panel v. 20.11.1987, *Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, (angenommen am 22.3.1988), L/6268 – 35S/98, para. 4.6.

⁹² Report of the Appellate Body v. 29.4.1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 19; bestätigt durch: Report of the Appellate Body v. 12.10.1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 136.

⁹³ *Tietje*, Normative Grundstrukturen, 317 f.; *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 263; *Weiber*, Umweltschutz und internationaler Warenverkehr, 143; *Diem*, Freihandel und Umweltschutz, 138.

4. Schutz extraterritorialer Rechtsgüter

Im Hinblick auf eine REACH-Registrierungspflicht für Erzeugnisse bzw. die bei ihrer Herstellung verwendeten Stoffe, die keinen Niederschlag im Endprodukt finden und die somit allein an Unterschiede in den Produktionsmethoden anknüpft, stellt sich die Frage, inwieweit auch ausländische oder extraterritoriale Rechtsgüter in den Schutzbereich der Ausnahmetatbestände des Art. XX GATT fallen können. Da bei nicht-produktbezogenen PPMs mangels Niederschlag im Endprodukt keine Umwelt- oder Gesundheitsgefahren für inländische Rechtsgüter bestehen, käme eine Rechtfertigung allein dann in Betracht, wenn sich der räumliche Anwendungsbereich des Art. XX GATT über im Territorium des WTO-Mitglieds, das handelsbeschränkende Maßnahmen ergreift, belegene Schutzgüter hinaus auch auf extraterritorial belegene Schutzgüter erstreckt. Hierfür könnte die allgemeine Erkenntnis sprechen, dass Umwelt- oder Gesundheitsschutzprobleme nicht an Jurisdiktionsgrenzen halt machen und daher diesbezügliche Regelungsanstrengungen regelmäßig nur dann effektiv zu verwirklichen sind, wenn sie an Sachverhalte anknüpfen, die außerhalb der entsprechenden Jurisdiktion ihren Ursprung haben. Das angesprochene Problem stellt sich vorliegend jedoch nur im Anwendungsbereich der Vorschriften des GATT, weil nicht-produktbezogene Produktionsstandards vom Anwendungsbereich des TBT-Übereinkommens ausgenommen sind.

In der Entscheidung des Panel im sog. Thunfischfall I wurde unter Hinweis auf die Souveränität der Staaten der Anwendungsbereich der Ausnahmenvorschrift des Art. XX GATT zunächst nur auf inländische Rechtsgüter beschränkt.⁹⁴ Hintergrund war die Befürchtung, dass protektionistischen Maßnahmen Vorschub geleistet werde, wenn einseitig nationale Schutzstandards auf fremde Territorien ausgeweitet werden könnten.⁹⁵

Diesen frühen Standpunkt gab das Panel im Thunfischfall II auf. Dabei unterschied das Panel zwischen Extraterritorialität und Extrajurisdiktionalität. Nach der Interpretation des Panel ergibt sich aus Art. XX keine territoriale Beschränkung in Bezug auf das Schutzgut.⁹⁶ Weder der Wortlaut des Art. XX lit. b)⁹⁷ noch eine systematische Interpretation⁹⁸ schließen die Anwendung von Maßnahmen zum Schutz extraterritorial belegener Güter aus. Dementsprechend kam das Panel zu dem Schluss, dass eine extraterritoriale Anwendung nach Art. XX GATT grundsätzlich möglich sei.⁹⁹

Der Appellate Body vermied im Verfahren „US – Shrimp“ eine ausdrückliche Entscheidung dazu, ob Art. XX GATT eine implizite Jurisdiktionsbeschränkung ent-

⁹⁴ Report of the Panel v. 3.9.1991, *United States – Restriction on Imports of Tuna (Tuna I)*, (nicht angenommen), DS21/R – 39S/155, paras. 5.26, 5.31.

⁹⁵ Report of the Panel v. 3.9.1991, *United States – Restriction on Imports of Tuna (Tuna I)*, (nicht angenommen), DS21/R – 39S/155, para. 5.27, 5.32.

⁹⁶ Report of the Panel v. 16.6.1994, *United States – Restriction on Imports of Tuna (Tuna II)*, (nicht angenommen), DS29/R, paras. 5.20, 5.31.

⁹⁷ Im Gegensatz zu Art. XX lit. f) GATT enthält lit. b) keine Beschränkung auf nationale Schutzgüter; vgl. auch: *Sander*, Internationaler Gesundheitsschutz, 174.

⁹⁸ Art. XX lit. e) GATT bezieht sich bspw. auf Produkte, die in Gefängnissen anderer Länder hergestellt werden.

⁹⁹ *Mavroidis*, Journal of World Trade (No. 1, 2000), 73 (76); *Wiemer*, Produktsicherheit, 228 f.

hält.¹⁰⁰ Verlangt wurde jedoch zumindest ein hinreichender Anknüpfungspunkt (“sufficient nexus“) zwischen der Maßnahme und dem Schutzgut. Zwischenzeitlich kann es als dem Grunde nach herrschende Meinung angesehen werden, dass handelsbeschränkende Maßnahmen zum Schutz extraterritorialer Rechtsgüter nicht *per se* verboten sind.¹⁰¹ Dementsprechend hat auch der Appellate Body in „US – Shrimp“ eine extraterritoriale Rechtsanwendung nicht ausdrücklich verneint und die Rechtmäßigkeit einer handelsbeschränkenden Maßnahme von einer Abwägung der widerstreitenden Interessen abhängig gemacht.¹⁰² Insofern ist die Rechtfertigung solcher Maßnahmen danach zu beurteilen, ob bei der extraterritorialen Rechtsanwendung die Interessen betroffener Drittstaaten angemessen berücksichtigt werden.¹⁰³ Die Frage, ob die Interessen betroffener Drittstaaten ausreichend Berücksichtigung gefunden haben, hängt damit maßgeblich von den Anforderungen der Chapeau-Regelung des Art. XX GATT ab.

5. Chapeau

Ist eine Schutzmaßnahme durch eine der Ausnahmen nach Art. XX lit. a)-j) GATT vorläufig gerechtfertigt, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die Anwendung der Maßnahme den Anforderungen des Chapeaus genügt. Die als Chapeau bezeichnete Regelung im Einleitungssatz von Art. XX GATT qualifiziert die Zulässigkeit von Ausnahmen in zweierlei Hinsicht: Danach dürfen die Schutzmaßnahmen zunächst nicht so angewendet werden, dass sie zu einer willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung (“arbitrary or unjustifiable discrimination“) zwischen Ländern führen, in denen gleiche Verhältnisse bestehen. Zudem dürfen die Maßnahmen nicht zu einer verschleierte Beschränkung des internationalen Handels führen (“disguised restriction on international trade“). Diese Standards sind inhaltlich weitgehend unbestimmt, so dass ihre Anwendung im Einzelfall an Sinn und Zweck des Einleitungssatzes zu messen ist.

Der Appellate Body hat festgestellt, dass der Zweck der Chapeau-Regelung darin besteht, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der WTO-Mitglieder herzustellen. Folgerichtig betont der Appellate Body bei der Auslegung der Chapeau-Regelung das Ziel, einen Missbrauch der Ausnahmen nach Art. XX GATT zu verhindern.¹⁰⁴ Damit spiegelt der Einleitungssatz des Art. XX

¹⁰⁰ Report of the Appellate Body v. 12.10.1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 133.

¹⁰¹ Report of the Appellate Body v. 12.10.1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 164; bestätigt und konkretisiert durch Report of the Panel v 15.6.2001, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Recourse to article 21.5. by Malaysia*, WT/DS58/RW, para. 5.43 ff.

¹⁰² Report of the Appellate Body v. 12.10.1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 164; hierzu auch: *Weiber*, Umweltschutz und internationaler Warenverkehr, 135; *Diem*, Freihandel und Umweltschutz, 131.

¹⁰³ *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 250 ff.; *Cheyne*, Georgia Journal of International and Comparative Law 24 (1995), 433 (464); *Hanson*, Virginia Journal of International Law 39 (1999), 1017 (1038 ff.); *Meng*, Extraterritoriale Jurisdiktion, 595 ff.

¹⁰⁴ Report of the Appellate Body v. 12.10.1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 156 f.; Report of the Appellate Body v. 29.4.1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 24.

GATT als Ausprägung des “principle of good faith“ das allgemeine Verbot des Rechtsmissbrauchs wider.¹⁰⁵ Schwerpunkt der Prüfung ist deshalb, ob die für eine Handelsbeschränkung angeführten Schutzziele nur vorgeschoben sind und dazu dienen, eine willkürliche oder ungerechtfertigte Diskriminierung zwischen in- und ausländischen Produzenten oder Erzeugnissen zu verschleiern. Maßgebend ist in diesem Zusammenhang nicht nur, welches Rechtsgut geschützt wird, sondern auch die Art und Weise, wie das Rechtsgut geschützt wird.¹⁰⁶

Obwohl die betreffende Maßnahme im angesprochenen Shrimp-Fall nicht mit der Chapeau-Regelung vereinbar war, wurde klargestellt, dass die WTO-Mitglieder durchaus die Möglichkeit haben, unilaterale Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Aus dem Umstand der tatsächlichen Ausdehnung ökologischer Strukturen über nationale Grenzen hinweg leitete der Appellate Body im Shrimp-Fall jedoch die Notwendigkeit konzentrierter und möglichst kooperativer Schutzmaßnahmen ab. Insofern besteht eine Kooperationspflicht zur Regelung auf multilateraler Ebene. Ergänzend verwies der Appellate Body dabei auf Prinzip 12 Rio-Deklaration, Kapitel 2.22(i) der Agenda 21 sowie Art. 5 der Konvention über die biologische Vielfalt.¹⁰⁷ Hieraus wurde abgeleitet, dass vor Ergreifen unilateraler Maßnahmen eine Verpflichtung besteht, in Verhandlungen einzutreten und nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der betroffenen Interessen eine Lösung anzustreben. Insofern ist nach der Rechtsprechung des Appellate Body zumindest der ernsthafte Versuch einer multilateralen Lösung zu unternehmen, da eine unilaterale handelsbeschränkende Maßnahme ansonsten eine ungerechtfertigte Diskriminierung im Sinne des Chapeaus darstellt.¹⁰⁸

Allerdings wurde in der WTO-Rechtsprechung deutlich gemacht, dass der Abschluss eines multilateralen Abkommens nicht Bedingung für den Erlass einer Schutzmaßnahme ist. Darüber hinaus wurde jedoch gefordert, dass diese Verhandlungen in vergleichbarer Weise allen betroffenen WTO-Mitgliedern angeboten werden müssen. Überdies stellte der Appellate Body in „US – Shrimp“ weitere, aus den Anforderungen des Chapeaus abgeleitete Kriterien auf. Insbesondere muss die Maßnahme einen bestimmten Grad von Flexibilität ermöglichen, um unterschiedlichen Bedingungen in anderen WTO-Mitgliedern Rechnung tragen zu können. Als willkürlich diskriminierend beurteilte der Appellate Body danach die ungenügende Transparenz eines Genehmigungsverfahrens, das Fehlen offizieller Anhörungsrechte in einem Verfahren sowie eine nicht vorhandene Möglichkeit einer Entscheidung im Anschluss an das Verfahren.¹⁰⁹

Für die Registrierungspflichten nach REACH ist damit maßgeblich auf die der Chapeau-Regelung zugrunde liegende Ratio abzustellen. Der Einleitungssatz des Art. XX GATT ist Ausdruck einer Interessenabwägung, die sowohl die Schutzinteres-

¹⁰⁵ Report of the Appellate Body v. 12.10.1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 166.

¹⁰⁶ Report of the Appellate Body v. 29.4.1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 20.

¹⁰⁷ Report of the Appellate Body v. 12.10.1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 166 ff.

¹⁰⁸ Report of the Appellate Body v. 12.10.1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 166 ff.

¹⁰⁹ Report of the Appellate Body v. 12.10.1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 178 ff.

sen der einen Partei, als auch die Interessen der anderen Partei zu einem angemessenen Ausgleich bringen will:

“On what constitutes discrimination under the chapeau of Article XX, the Panel further recalls the Appellate Body statement in *US – Shrimp* that ‘discrimination results not only when countries in which the same conditions prevail are differently treated, but also when the application of a measure at issue does not allow for any inquiry into the appropriateness of the regulatory programme for the conditions prevailing in those exporting countries.’”¹¹⁰

Im Ergebnis verlangen WTO-Panel und der Appellate Body damit für die Rechtfertigung einer Maßnahme nach der Chapeau-Regelung jedenfalls Mechanismen, die geeignet sind, eine angemessene Berücksichtigung der Interessen betroffener WTO-Mitglieder sicherzustellen. Insofern ist die Kooperationsverpflichtung bzw. der ernsthafte Versuch einer multilateralen Einigung im speziellen Kontext der Shrimp-Entscheidung zu sehen, die ein Importverbot zum Gegenstand hatte. Eine Diskriminierung im Sinne der Chapeau-Regelung ergab sich im Shrimp-Fall daraus, dass keine ausreichenden Anstrengungen unternommen wurden, internationale Verhandlungen herbeizuführen, die gegenüber einem Importverbot eine gleich geeignete, aber weniger schwerwiegende Maßnahme dargestellt hätten.

Im Gegensatz zum Shrimp-Fall, der ein absolutes Importverbot zum Gegenstand hatte, bestehen im Fall der Registrierungsregelungen nach REACH jedoch rein administrative Verpflichtungen. Die konkreten Anforderungen an eine angemessene Interessenberücksichtigung sind daher tendenziell geringer als bei einem Importverbot.

Entscheidend ist mithin, welche konkreten Interessen und Umstände in Drittstaaten bei einem reinen Verwaltungsverfahren, das zu einer Handelsbeschränkung führt, im Sinne der Chapeau-Regelung des Art. XX GATT zu berücksichtigen sind. Denkbar sind dabei zunächst Schwierigkeiten von Entwicklungsländern, die entsprechenden administrativen Verpflichtungen nach REACH zu erfüllen. Als Möglichkeit der Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse von Entwicklungsländern käme zwar eine Freistellung von der REACH-Registrierung in Betracht. Jedoch wäre eine solche Maßnahme nicht geeignet, das mit REACH verfolgte Ziel der Verwirklichung eines hohen Schutzniveaus effektiv zu verwirklichen. Es besteht allerdings die Möglichkeit – und nach der Chapeau-Regelung des Art. XX GATT wohl die Notwendigkeit – im Sinne einer Berücksichtigung der speziellen Bedürfnisse von Entwicklungsländern technische Hilfe zu gewähren, entweder finanziell oder durch administrative Unterstützung bei der Registrierung, gegebenenfalls auch durch die Agentur. Weiterhin spricht vieles dafür, dass die Anforderungen der Chapeau-Regelung des Art. XX GATT im Sinne der Rechtsprechung des Appellate Body für Importeure von Erzeugnissen aus Drittstaaten eine umfassende Transparenz des Registrierungsverfahrens, Anhörungsrechte sowie Rechtsschutzmöglichkeiten verlangen.

Zusammenfassend zeigt sich also, dass eine Ausdehnung der REACH-Registrierungspflicht auf Stoffe, die bei der Herstellung von Erzeugnissen in Drittstaaten verwendet werden, durchaus den Anforderungen der Chapeau-Regelung des

¹¹⁰ Report of the Panel v. 1.12.2003, *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WT/DS246/R, para. 7.227; Report of the Appellate Body v. 12.10.1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 165.

Art. XX GATT standhalten kann. Erforderlich hierfür sind indes Regelungen in REACH, die eine Berücksichtigung der besonderen Umstände und Interessen der Drittstaaten bzw. der Importeure und Hersteller in Drittstaaten ermöglichen.

III. Ergebnis zum GATT 1994

Im Ergebnis sprechen gute Gründe dafür, dass eine umfassende Registrierungspflicht für Erzeugnisse, die keine produktbezogenen Stoffe enthalten, sowie das hiermit in Verbindung stehende Herstellungs- und Importverbot im Einklang mit den Vorschriften des GATT steht. Zwar käme ein Verstoß gegen Art. III:4 GATT in Betracht. Dieser könnte jedoch unter bestimmten Voraussetzungen über die allgemeine Ausnahmegvorschrift des Art. XX GATT gerechtfertigt werden.¹¹¹

F. Ergebnis und Zusammenfassung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass sich die rechtliche Zulässigkeit einer umfassenden REACH-Registrierungspflicht für Stoffe in Erzeugnisse, die produktbezogen sind, nach den Vorschriften des TBT-Übereinkommens beurteilt. Mit guten Gründen lässt sich dabei konstatieren, dass aufgrund der unterschiedslosen Anwendung der Registrierungspflichten kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 2.1 TBT-Übereinkommen vorliegen würde. Zudem konnte keine „unnötige Handelsbeschränkung“ im Sinne von Art. 2.2. TBT-Übereinkommen festgestellt werden, so dass von der rechtlichen Zulässigkeit einer umfassenden REACH-Registrierungspflicht nach den Vorschriften des TBT-Übereinkommens auszugehen ist.

Die rechtliche Analyse hat weiterhin ergeben, dass eine REACH-Registrierungspflicht für Stoffe, die bei der Herstellung von Erzeugnissen verwendet werden und die sich nicht in den Charakteristika der Erzeugnisse niederschlagen, sowie ein damit verbundenes Herstellungs- und Importverbot nach den Vorschriften des GATT zu beurteilen ist. Dabei konnte dargelegt werden, dass eine mögliche Verletzung des Diskriminierungsverbots nach Art. III:4 GATT unter bestimmten Voraussetzungen über die allgemeine Ausnahmegvorschrift des Art. XX GATT zu rechtfertigen wäre. Es spricht somit vieles dafür, dass eine REACH-Registrierungspflicht für Stoffe, die keinen Bezug zu den Charakteristika eines Erzeugnisses aufweisen, sowie ein entsprechendes Herstellungs- und Importverbot in Einklang mit den GATT-Vorschriften steht.

Es kann damit insgesamt festgestellt werden, dass gute Gründe für die welthandelsrechtliche Zulässigkeit einer Einbeziehung von Stoffen in Erzeugnissen aus Dritt-

¹¹¹ Zustimmend insofern auch: *Der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen*, Umweltgutachten 2004, BT-Drucks. 15/3600, Tz. 1045 ff., erhältlich im Internet: <http://www.umweltrat.de/02gutach/download02/umweltg/UG_2004_lf.pdf> (besucht am 11. Juli 2005); A.A. für das REACH-System: *National Foreign Trade Council*, Looking Behind the Curtain: The Growth of Trade Barriers that Ignore Sound Science, 94, erhältlich im Internet: <<http://nftc.org/default.asp?Mode=DirectoryDisplay&id=190>> (besucht am 30. Juni 2005).

staaten in die REACH-Registrierungspflichten und ein damit im Zusammenhang stehendes Importverbote für Erzeugnisse bestehen.

A. Introduction¹

The Commission proposal of 29 October 2003 for a Regulation concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH)² poses several legal problems with regard to the legal regime of the World Trade Organisation (WTO).³ Initially, there is the general question in how far the obligations to register substances and preparations (Art. 3(1) and (2) REACH) as envisaged by REACH, may conflict with the WTO rules of, amongst others, the Agreement on Technical Barriers to Trade (the TBT Agreement), the Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property (TRIPS), and the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).

In the course of the political discussion of REACH, next to the outlined general problems under WTO Law, the more specific question arose whether it is legally pos-

¹ The article is based on a legal opinion which was prepared by the authors.

² Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH), establishing a European Chemicals Agency and amending Directive 1999/45/EC and Regulation (EC) {on Persistent Organic Pollutants} Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Council Directive 67/548/EEC in order to adapt it to Regulation (EC) of the European Parliament and of the Council concerning the registration, evaluation, authorisation and restriction of chemicals, COM (2003), 644 final, of 29/10/2003, available on the Internet: <http://europa.eu.int/eurlex/en/com/pdf/2003/com2003_0644en.html> (visited on 30 June 2005); for a detailed analyses see for instance: *Calliess/Lais*, *Natur und Recht* 2005, 290 *et seq.*; *Fischer*, *Verbraucherschutz im Chemikalienrecht*, *passim*; *Warhurst*, *Journal for European Environmental & Planning Law* 2005, 164 *et seq.*; see also: The European Commission White Paper on the Strategy for a Future Chemicals Policy, COM (2001) 88 final, of 27/02/2001, available on the Internet: <http://europa.eu.int/comm/off/white/index_en.htm#2001> (visited on 30 June 2005); in detail: *Hendler/Marburger/Reinhardt/Schröder* (eds.), *Das Europäische Weißbuch zur Chemikalienpolitik*.

³ See in particular: WTO Committee on Technical Barriers to Trade: Minutes of the Meeting Held on 20 March 2003, G/TBT/M/29, para. 36 *et seq.*; Minutes of the Meeting Held on 2 July 2003, G/TBT/M/30, para. 49 *et seq.*; Minutes of the Meeting Held on 7 November 2003, G/TBT/M/31, para. 23 *et seq.*; Minutes of the Meeting Held on 23 March 2004, G/TBT/M/32, para. 29 *et seq.*; Minutes of the Meeting held on 1 July 2004, G/TBT/M/33, para. 33 *et seq.*; Minutes of the Meeting held on 4 November 2004, G/TBT/M/34, 14 *et seq.*; see thereto also: Presentation given by Commission (DGs Enterprise and Environment) at the WTO Technical Barriers to Trade (TBT) Committee on REACH on 4.11.2004, available on the Internet: <http://europa.eu.int/comm/enterprise/reach/docs/reach/reach_presentation_tbt_meeting_041104.pdf> (visited on 30 June 2005); Response from the European Communities to comments submitted by WTO Members under G/TBT/N/EEC/52, available on the Internet: <http://europa.eu.int/comm/enterprise/reach/docs/reach/eu_wto_response_041028.pdf> (visited on 30 June 2005); *Palmer*, REACH and Proportionality under WTO Rules, available on the Internet: <http://www.wwf.org.uk/filelibrary/pdf/reach_prop_0604.pdf> (visited on 30 June 2005); *FECC – AMCHAM-EU – CEFIC*, Discussion Paper on the Trade Impact of REACH, available on the Internet: <<http://www.fecc.org/en/docs/Trade%20Impact%20of%20REACH%20Final.pdf>> (visited on 30 June 2005); see also: *National Foreign Trade Council (NFTC)*, *Looking Behind the Curtain: The Growth of Trade Barriers that Ignore Sound Science*, 2003; *NFTC*, *EU Regulation, Standardization and the Precautionary Principle: The Art of Crafting a Three-Dimensional Trade Strategy That Ignores Sound Science*, 2003; *NFTC*, *'Enlightened' Environmentalism or Disguised Protection – Assessing the Impact of EU Precaution-Based Standards on Developing Countries*, 2004, each available on the Internet: <<http://nftc.org/default.asp?Mode=DirectoryDisplay&cid=190>> (visited on 30 June 2005).

sible to modify the provisions concerning articles (Art. 3(3) REACH), which are contained in Art. 6 REACH, as proposed by the EU Commission. This question is based on concerns that the proposed provisions regarding articles will give rise to a competitive disadvantage for manufacturers of substances and articles from the EU. This is the starting point of this paper.

The precise task of the legal opinion concerns the question whether it is possible under WTO Law to modify Art. 6 REACH to the effect that all articles imported into the EU from third countries are, with regard to the substances contained therein, as well as the substances and preparations used in their manufacture, subject to a REACH obligation to register – where necessary subject to certain thresholds pertaining to concentration.

B. Summary of the Facts

The following problem lies at the heart of this paper: the EU Commission's current REACH proposal introduces a general obligation to register substances and preparations. The obligation applies equally to manufacturers and importers who manufacture or import a substance in quantities exceeding 1 tonne per year (Art. 5(1) REACH).

The regulations for articles differ from the registering obligations applicable to substances and preparations. According to Art. 6(1) REACH, producers and importers of articles must only submit a registration for a substance contained in those articles if this substance is present in those articles in quantities totalling over 1 tonne per producer or importer per year, the substance meets the criteria for classification as dangerous in accordance with Directive 67/548/EEC, and the substance is intended to be released under normal and reasonably foreseeable conditions of use. As a result, only very few articles will be subject to REACH by reason of these restrictive conditions for an obligation to register substances and preparations. This creates a situation whereby producers of articles within the EU can use only substances registered under REACH. By contrast, producers of articles from third countries can use all substances, even if those which have not been REACH registered. Thus under the present concept, chemical substances which may not be produced or processed in the EU, can be used in third countries. This creates a competitive advantage for producers and importers of articles from third countries. The resulting competitive disadvantage to EU producers could be avoided if a general obligation to register was introduced for substances used in articles imported into the EU.

It must furthermore be noted that "article" is defined under Art. 3(3) REACH as "an object composed of one or more substances or preparations which during production is given a specific shape, surface or design determining its end use function to a greater degree than its chemical composition does". It follows from this definition that the ratio of substance to article can differ widely. Substances can be a direct component of an article, even if the end function of the article, by reason of the production process, is more significantly influenced by other factors. It is however equally possible that a substance is used in the production of an article without being reflected in the end product at all.

Finally it is important to the assessment under WTO Law that the obligation to register substances in articles must be enforced through the articles. Thus only a regulation which prohibits the production or importation of articles in the production of which substances are used which have not been registered under REACH, comes into consideration. An obligation to register would therefore indeed relate to the respective substances, but for the purposes of international trade, and production in the EU, only the articles themselves could be the actual subjects of the regulation.

C. Overview of the Problem under World Trade Law

Under World Trade Law, any assessment of the possibility to introduce a general obligation to also register substances in articles from third countries is first and foremost influenced by the general ideals of the WTO legal order. WTO Law as a whole – with the exception of provisions for the preferential treatment of developing countries – is strongly influenced by the ideal of prohibiting import and export restrictions used as border measures outside of the established tariff rates, and of guaranteeing the equal treatment of domestic and imported products. This also means that WTO Members are in principle free to take any measure based on economic considerations, which does not jeopardise free market access, and is applied without discrimination.⁴ In addition, WTO Members are given the opportunity to justify economic measures in violation of the principle of open markets (Art. XI:1 GATT) or the principle of non-discrimination (Arts. I:1 and III GATT) under reference to legitimate common goods such as the protection of human health and the environment (Art. XX GATT).

The WTO rules for so-called technical regulations and standards are a significant deviation from the general regulatory principles of WTO Law.⁵ When a WTO Member applies technical regulations, in addition to safeguarding the principles of open markets and non-discrimination, it must also be determined whether the relevant measure creates unnecessary obstacles to international trade (Art. 2.2. TBT Agreement). As a result, technical regulations for products are subject to a general test of proportionality. This marks a significant modification to the basic principle that WTO Members are free to take any economic measure, not being a border measure, which applies without discrimination to domestic and foreign products alike. However, even in light of the aforesaid, WTO Members retain the right to take “measures necessary [...] for the protection of human, animal or plant life or health, [and] of the environment [...]” (para. 6 preamble to the TBT Agreement).

Consequently, the question of a possible inclusion of articles from third countries, or rather the substances used in their production, under the REACH obligation to register comes to be determined in light of the conflict between the prohibition of unnecessary restrictions of international trade on the one hand, and the right to take legitimate measures for environmental and health protection on the other.

⁴ In detail: *Tietje*, Normative Grundstrukturen, 295 *et seq.*; *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, München 2003, B.I.1 para. 12 *et seq.*; see also: *Marceau/Trachtman*, in: Ortino/Petersmann (eds.), The WTO Dispute Settlement System, 275.

⁵ More on these concepts under D.I.1.

D. The Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement)

A possibly general REACH obligation to register articles or, as the case may be, the substances used in their production, must in the first place be assessed on the basis of the TBT Agreement.⁶ Within its scope of application, the SPS Agreement is *lex specialis* vis-à-vis the TBT Agreement, and thus excludes the application of the latter.⁷ However, the current issue does not fall within the scope of the SPS Agreement, since the registering obligations under REACH cannot be regarded as sanitary or phytosanitary measures as defined by Annex A.1(a)-(d) of the SPS Agreement.⁸

Although the relationship of the TBT Agreement to the GATT 1994 is not that of a more specialised to a general agreement, the former must be given priority where norms or regulations within the meaning of Annex 1 nr. 1 and 2 of the TBT Agreement are concerned.⁹

I. Scope of Application

1. Technical Regulation

The scope of the TBT Agreement includes every technical regulation pertaining to products (cp. Art. 1.3. TBT Agreement). The TBT Agreement defines a technical regulation as being a “[d]ocument which lays down product characteristics or their related processes and production methods, including the applicable administrative provisions, with which compliance is mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method.” (Annex 1.1 TBT Agreement). Thus technical regulations are primarily mandatory provisions concerning product characteristics, as well as the corresponding administrative procedures. The identification of these characteristics is subject to a wide interpretation. In the words of the Appellate Body, “any objectively definable ‘features’, ‘qualities’, ‘attributes’, or other ‘distinguishing marks’” of a product may come into consideration. Such product characteristics may bear on “a product’s composition, size, shape, colour, texture, hardness, tensile strength, flammability, conductivity, density, or viscosity”.¹⁰ More-

⁶ See also: *Bronckers/Charro*, *Journal for European Environmental & Planning Law* 2005, 184 (186).

⁷ Cp. Art. 1.4. SPS Agreement and Art. 1.5. TBT Agreement; q.v.: Report of the Panel of 18/08/1997, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Complaint by Canada, WT/DS48/R/CAN, para. 8.32; in detail on the relationship between these Agreements see: *Fischer*, *Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht*, 144 *et seq.*; *Tietje*, in: Prieß/Berrisch (eds.), *WTO-Handbuch*, B.I.5 para. 40 *et seq.*

⁸ In detail on the scope of the SPS Agreement: *Sander*, *Internationaler Gesundheitsschutz*, 126 *et seq.*; *Makatsch*, *Gesundheitsschutz im Recht der WTO*, 54 *et seq.*; *Landwehr*, *Trade and Health*, 180 *et seq.*

⁹ Report of the Panel of 29/05/2002, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, para. 7.15; in detail: *Tietje*, in: Prieß/Berrisch (eds.), *WTO-Handbuch*, B.I.5 para. 42 *et seq.*; *Makatsch*, *Gesundheitsschutz im Recht der WTO*, 54 *et seq.* with further references.

¹⁰ Report of the Appellate Body of 12/03/2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 67; likewise Report of the Panel of 29/05/2002, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, para. 7.24.

over, the quoted definition in Annex 1.1 sentence 2 of the TBT Agreement – according to which it “may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method” – shows that a regulation is a technical regulation even where only individual product characteristics, and not every attribute relating to a particular product, are regulated.¹¹ Decisive is only that the provision is binding. It is then immaterial whether this binding character relates to a product characteristic prescribed in a positive or a negative form.¹² It is equally inconsequential whether a labelling requirement is concerned.¹³ According to Appellate Body jurisprudence, it is furthermore not a requirement that a regulated product characteristic applies to *given* products. It is sufficient that it applies to an *identifiable* product. Products are “identifiable”, for instance, through the “characteristic” that is the subject of regulation.¹⁴

Thus obligations to register such as those envisioned by REACH must, insofar as they relate to product characteristics, be classed entirely as technical regulations. This provides no difficulties in the case of substances and preparations. However regarding articles it must be noted that an obligation to register would refer not to the articles themselves, but rather to the substances used in their production.

2. *Applicability of the TBT Agreement to Processes and Production Methods (PPMs)*

As is evident from the wording of Annex 1.1 of the TBT Agreement, technical regulations may be mandatory documents relating not only to product characteristics, but also to production methods. According to the authentic text of the Agreement, they must relate to “product characteristics or their related processes and production methods”. This clarifies that not every regulation regarding production methods is caught by the TBT Agreement, but that it applies only to those provisions which are “related to” product characteristics. The exact wording of “related to” can no longer be found in the second sentence of the definition, but its absence is due merely to editorial neglect in the process of drawing up the Agreement; during consultations on the TBT Agreement it went without saying that “related to” applied also to the second sentence of the definition.¹⁵ As a result, processes and production methods are caught only if they relate to the product characteristics. This should be understood to the effect that a production method must be reflected in the specific characteristics of the

¹¹ Report of the Appellate Body of 12/03/2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 67; Report of the Panel of 29/05/2002, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, para. 7.26.

¹² Report of the Appellate Body of 12/03/2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 69; Report of the Panel of 29/05/2002, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, para. 7.44.

¹³ Report of the Panel of 29/05/2002, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, para. 7.39 *et seq.*

¹⁴ Report of the Appellate Body of 12/03/2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 70.

¹⁵ For evidence of the here relevant historical developments: *Appleton*, Environmental Labelling Programmes, 93 Footnote 36; see further: *Wba Chang*, Journal of World Trade 31 (No. 1, 1997), 137 (141 *et seq.*); *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Krenzler (eds.), Das Recht der EU, II, E 29 para. 73.

end product. This is widely recognised in academic writing, and corresponds to the travaux préparatoires of the TBT Agreement.¹⁶

For articles within the meaning of REACH, this means that the TBT Agreement would only be applicable to registering obligations – and the corresponding manufacturing and import prohibitions – concerning those substances used in the production process which are reflected in the specific characteristics of the end product. This would apply for example to a substance the application of which determines the surface properties of an article – e.g. of textiles. If however a substance used in the production process is not reflected in the product characteristics of the end product, the TBT Agreement does not apply. This would for example be the case in the instance of a chemical used to clean production machinery. The legal admissibility of a manufacturing and import ban on articles in the production of which substances not registered under REACH, and not reflected in the product characteristics of the end product, were used, falls to be assessed exclusively under the GATT.

II. Prohibition of Discrimination (Art. 2.1. TBT Agreement)

By reason of the applicability of the TBT Agreement to articles containing product related substances, it must first of all be examined whether a REACH obligation to register these articles would be compatible with the principle of non-discrimination according to Art. 2.1. TBT Agreement. Here it must be kept in mind that the principle of non-discrimination introduced in Art. 2.1. TBT Agreement includes national treatment and most-favoured-nation treatment, and thus prohibits inequalities of treatment both between national and foreign products, and purely between foreign products.¹⁷

In order to determine whether there has been prohibited discrimination within the meaning of Art. 2.1. TBT Agreement, a two-tier test must be applied: initially it must be assessed whether the products at issue are “like products”. If this can be answered in the affirmative, the question arises in the second step whether these like products are receiving unequal treatment within the meaning of discrimination.

1. Like Products

A REACH obligation to register articles with regard to the substances used in and for their production would initially apply to EU producers and importers from third countries equally. However, it must be borne in mind that articles from third coun-

¹⁶ *Tietje*, Journal of World Trade 29 (No. 5, 1995), 123 (134); *Appleton*, Environmental Labelling Programmes, 92 *et seq.*; *Fischer*, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 140 *et seq.*; *Gesser*, Harvard International Law Journal 39 (1998), 501 (538); *Rege*, Journal of World Trade 28 (No. 3, 1994), 95 (110); *Schick*, TBT-Abkommen, 79 *et seq.*; *Wha Chang*, Journal of World Trade 31 (No. 1, 1997), 137 (142 *et seq.*); *Wiemer*, Produktsicherheit, 188 with further references; on the history of origins see: Note by the Secretariat, Negotiating History of the Coverage of the Agreement on Technical Barriers to Trade with Regard to Labelling Requirements, Voluntary Standards, and Process and Production Methods Unrelated to Product Characteristics, WTO doc G/TBT/W/11 of 29/08/95.

¹⁷ *Tietje*, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.5. para. 47.

tries which are not registered under REACH would not be permitted to be imported into, or sold within, the EU. This raises the question whether REACH-registered articles, or rather the substances used in their production, are comparable to those not registered under REACH – if, therefore, these articles and substances would be “like products”.

The REACH obligation to register is intended to ensure a high level of health and environmental protection regarding the chemical industry.¹⁸ To this end, the risk management made necessary by the obligation to register is designed to locate responsibilities, appropriately, with the enterprises that produce, import or use hazardous substances.¹⁹ Against this background the question arises whether the hazardous potential caught under the obligation to register, and which could be determined by means of a certain threshold, is an admissible distinguishing tool under WTO Law.

The exact identification of the characteristics which prove decisive to the “likeness” of products still poses problems under WTO law. Originally, WTO jurisprudence relied only on objective criteria. In the words of the Appellate Body, these were “(i) the properties, nature and quality of the products; (ii) the end-uses of the products; (iii) consumers’ tastes and habits – more comprehensively termed consumers’ perceptions and behaviour – in respect of the products; and (iv) the tariff classification of the products.” The Appellate Body further specified this definition by holding that “these four criteria comprise four categories of ‘characteristics’ that the products involved might share: (i) the physical properties of the products; (ii) the extent to which the products are capable of serving the same or similar end-uses; (iii) the extent to which consumers perceive and treat the products as alternative means of performing particular functions in order to satisfy a particular want or demand; and (iv) the international classification of the products for tariff purposes.”²⁰

As this excerpt indicates, the process of determining like products at points extends beyond the aforementioned purely objective criteria. In this regard it must be emphasised that, to use the words of the Appellate Body, any determination whether certain products are like products is always “[...] an assessment utilizing an unavoidable element of individual discretionary judgement [which] has to be made on a case-by-case basis”.²¹ Furthermore the Appellate Body emphasised that “[...] a determination of ‘likeness’ under Article III:4 is, fundamentally, a determination about the nature and extent of a competitive relationship between and among products.”²² Although this refers only to Art. III:4 GATT, it may also be applied to the scope of the TBT Agreement, since the wording of Art. 2.1. TBT Agreement is analogous to that

¹⁸ See amongst others: Recital 3 REACH; and: *Kern*, Zeitschrift für Umweltrecht 2005, 68.

¹⁹ See Recital 16 REACH.

²⁰ Report of the Appellate Body of 12/03/2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 101.

²¹ Report of the Appellate Body of 12/03/2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 101; with reference to Report of the Appellate Body of 04/10/1996, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 21.

²² Report of the Appellate Body of 12/03/2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 99.

of Art. III:4 GATT.²³ In addition it must be noted that Annex 1.1 of the TBT Agreement explicitly states that technical regulations may refer to “related processes and production methods”. Hence the strict adherence to the product itself, as required by the GATT for the determination of “likeness”, is not reflected in the TBT Agreement. This, too, argues in favour of construing the characteristics decisive for the determination of “likeness” under the TBT Agreement widely.

Thus in determining the “likeness” of articles, next to examining product-specific criteria, it is important to assess whether the REACH registration criteria for substances in articles give rise to different competitive positions for the relevant products. This is strongly dependent on whether considerations regarding potential hazards to health and the environment, which lie at the heart of the registration criteria, affect the competitive position of the articles. In this context it is important to keep in mind that consumers and professional users in the EU are particularly sensitive to health and environmental hazards emanating from products. Products the effects of which pose a risk to human health, or which may in themselves be harmful to the environment, are generally avoided – even if they correspond in function and suitability to health-conscious and environmentally friendly products. Despite a *prima facie* likeness of products regarding their physical properties, suitability for use or, where applicable, their customs classification, consumers and professional users may receive these products differently by reason of their hazardous potential, thus causing them not to be like products after all. In its Asbestos decision, the Appellate Body expressly stated that it was imperative to take aspects of health or environmental protection into account. The Panel in the first instance had opined differently, arguing that the effect of Art. XX(b) GATT 1994 would be largely nullified if health or environmental risks were taken into account. It was argued that since health and environmental aspects were included under Art. XX GATT 1994, they could not be taken into account where the “likeness” of products within the meaning of the national treatment rule was concerned.²⁴ The Appellate Body reversed this finding of the Panel, and emphasised that in examining the “likeness” of products, *all* of the relevant evidence must be taken into account, and thus an *a priori* exclusion of certain product characteristics from a Panel's examination of “likeness” was not possible.²⁵

Thus past WTO jurisprudence offers valid reasons in favour of including the potential risks posed by articles regarding the substances used in their production as a valid factor in determining the “likeness” of products. However this does not yet go as far as saying that the REACH registering obligation itself is an admissible factor in the assessment of “likeness”. But here too, the conditions of competition must be borne in mind:

The introduction of a REACH obligation to register alters the competitive environment in the field of chemicals to the effect that the manufacturers of articles will

²³ For details see: *Tietje*, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.5. para. 57; *Fischer*, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 165 *et seq.*

²⁴ Report of the Panel of 18/09/2000, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/R, para. 8.128 *et seq.*

²⁵ Report of the Appellate Body of 12/03/2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 113, 115; see also: *Fischer*, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 167.

show a decided preference in favour of registered substances. This particularly illustrates the close ties between the REACH registration and the aforementioned health and environmental interests. Insofar, the competitive position regarding consumer and user acceptance, which is essential to the determination of “likeness” between products, is significantly influenced by the general sensitivity to health and environmental risks, and the administrative registration procedure. In the area of technical regulations it is therefore permissible under World Trade Law to rely on administrative proceedings for the purpose of demonstrating that certain products are not “like”. This becomes evident from the fact that under Annex 1.1 of the TBT Agreement, technical regulations may expressly include administrative provisions. Thus if it were prohibited to use administrative regulations, such as an obligation to register, in the determination of “likeness” within the meaning of Art. 2.1. TBT Agreement, every new introduction of an administrative procedure would be tied to a potential violation of the principle of non-discrimination of Art. 2.1. TBT Agreement. This would also lead to the partial nullification of the in the preamble to the TBT Agreement emphasised opportunity for WTO Members to introduce technical regulations out of a legitimate concern for health and the environment, which in turn would violate the recognised WTO Law principle of interpretation of *ut res magis valeat quam pereat* (principle of effectiveness).²⁶ A fundamental violation of this kind within the TBT Agreement can only be evaded if administrative procedures, such as an obligation to register, can be applied in the determination of “likeness” within the meaning of Art. 2.1. TBT Agreement.

However, WTO jurisprudence also points to the fact that WTO Members may indeed themselves be responsible for influencing or creating certain consumer and user expectations through the introduction of regulatory measures. To this extent, there is a risk of creating “self-justifying” measures, where the legitimacy of a regulatory intervention in the market is based solely on previously generated consumer expectations.²⁷ Thus far it has not been decided whether this causes every regulatory intervention in the market which leads to altered consumer and user expectations to be illegal under WTO Law. To date, WTO jurisprudence confined itself to pointing out the corresponding risks. Therefore it continues to be possible, particularly in the context of the TBT Agreement, to assess the conditions on the market by reference to a change in consumer expectations caused by regulatory intervention.

²⁶ Regarding the significance of this principle see in particular: Report of the Appellate Body of 14/12/1999, *Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products*, WT/DS98/AB/R, para. 80: „We have also recognized, on several occasions, the principle of effectiveness in the interpretation of treaties (*ut res magis valeat quam pereat*) which requires that a treaty interpreter: ‘... must give meaning and effect to all the terms of the treaty. An interpreter is not free to adopt a reading that would result in reducing whole clauses or paragraphs of a treaty to redundancy or inutility’”, in reference to: Report of the Appellate Body of 29/04/1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, p. 23; in general on this matter: e.g. *Jennings/Watts*, Oppenheim’s International Law, Vol. I/2, 1280 *et seq.*

²⁷ Report of the Panel of 29/05/2002, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, para. 7.127: „If we were to accept that a WTO Member can ‘create’ consumer expectations and thereafter find justification for the trade-restrictive measure which created those consumer expectations, we would be endorsing the permissibility of ‘self-justifying’ regulatory trade barriers. Indeed, the danger is that Members, by shaping consumer expectations through regulatory intervention in the market, would be able to justify thereafter the legitimacy of that very same regulatory intervention on the basis of the governmentally created consumer expectations”.

As a result, evidence suggests that articles, the substances in which are REACH registered, and articles – from third countries – which contain unregistered substances, are not like products within the meaning of Art. 2.1. TBT Agreement. As a result, a regulation prohibiting the use (sale etc.) of all articles which are not registered under REACH – whether domestic or from third countries – could not be in violation of Art. 2.1. TBT Agreement.

2. *Elements of Discrimination*

If, contrary to the above-presented arguments, it is assumed that articles in the manufacture of which REACH-registered substances were used, and articles from third countries manufactured from unregistered substances, are “like products”, the question arises whether the registration under REACH as a condition for the marketability of the articles on the common market constitutes discrimination within the meaning of Art. 2.1. TBT Agreement.

Since the introduction of an obligation to register under REACH would apply to all products equally, independent of their origin within or outside of the EU, the presence of *de iure* discrimination can be discounted.

However, it must be noted that the “treatment no less favourable” as mentioned in Art. 2.1. TBT Agreement is interpreted in other provisions of the WTO legal order – which contain the very same wording – to the effect that it extends beyond *de iure* discrimination to the concept that the overall conditions of competition should be fair.²⁸ Jurisprudence on this matter, particularly regarding Art. III:4 GATT, can basically and essentially be applied also to Art. 2.1. TBT Agreement.²⁹ Consequently, even origin-neutral measures can in principle constitute discrimination prohibited under WTO Law.³⁰ This immediately raises the question whether beyond *de facto* discrimination, every measure which actually or potentially, directly or indirectly negatively affects the competitive potential of foreign products, is caught. If this were the case, the introduction of a general obligation to register articles under REACH would possibly be in violation of Art. 2.1. TBT Agreement.

The for the purpose of Arts. I:1 and III:4 GATT comprehensively broadened scope of discrimination must be rejected in relation to Art. 2.1. TBT Agreement.³¹ This results in particular from a systematic reading of Arts. 2.1. and 2.2. TBT Agreement. Art. 2.2. TBT Agreement extends the prohibition of protectionist measures of Art. 2.1. TBT Agreement to the effect that “members shall ensure that technical regulations are not prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creat-

²⁸ Fundamentally: Report of the Panel of 15/07/1958, *Italian Discrimination Against Imported Agricultural Machinery*, (adopted 23/10/1958), L/833 – 7S/60, para. 12; established practice of WTO jurisprudence; more recently: e.g. Report of the Panel of 31/07/2000, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/R, WT/DS169/R, para. 623 *et seq.* with further references; comprehensively also: *Tietje*, Normative Grundstrukturen, 230 *et seq.*; *Verhoosel*, National Treatment, 19 *et seq.*, each with further references.

²⁹ *Tietje*, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.5. para. 48.

³⁰ Explicitly on Art. I:1 GATT: Report of the Appellate Body of 31/05/2000, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/AB/R und WT/DS142/AB/R, para. 78.

³¹ On this discussion, although ambiguous on the dogmatic statement, see also: *Wiemer*, Produktsicherheit, 216 *et seq.* with further references.

ing unnecessary obstacles to international trade”. Independent from questions of equal treatment, this emphasises the autonomous protection of international trade. If we were to regard Art. 2.1. TBT Agreement as constituting a prohibition of restriction, there would no longer be a need to protect this autonomous legal interest, since it is within the spirit of a prohibition of restriction to protect trade itself in its optimal form.³²

According to Art. 2.1. TBT Agreement, the first step in evaluating technical regulations must be to ascertain whether they compromise, or have the ability to compromise, the conditions of competition of foreign products – either *de iure* or *de facto*. Thus there must at least be a potential for negative impact on the conditions of competition of foreign products. However, there is no *a priori* applicable *de minimis* threshold.³³ Even the potentially higher cost to foreign manufacturers of adapting to, and complying with, the technical regulations could thus fall within the prohibition of Art. 2.1. TBT Agreement. However at this point the problem arises that the introduction of technical regulations will always give rise to higher transitional costs even between domestic products. For example a technical regulation which applies exclusively to domestic products can frequently be implemented more easily, and thus less cost intensively, by large industrial enterprises, as compared with medium-sized undertakings. This will hardly be regarded as constituting a distortion of competition. If this is applied to interstate trade, it would appear problematic to regard every increase in the price of a foreign product, which results from the higher cost of adaptation, as compromising the equitable conditions of competition. In light of the theory of comparative cost advantages, competition remains insofar “fair”.

The TBT Agreement does not explicitly deal with this problem. Two possible legal solutions come into considerations: First of all, one could consider restricting the scope of Art. 2.1. TBT Agreement. In this case, the therein protected “fair conditions of competition” would have to be understood to the effect that “unavoidable disadvantages for foreign products can not constitute a violation”.³⁴ This view leaves open the question of how to determine whether a necessary price adjustment resulting from higher manufacturing costs constitutes an “unavoidable disadvantage”. Furthermore it appears indeed questionable whether in light of a wide interpretation of the principle of non-discrimination in WTO/GATT jurisprudence, such a restriction of the scope of protection could be persuasively argued. Against the background of these difficulties, Arts. 2.1. and 2.2. TBT Agreement must first of all be subject to a systematic interpretation in accordance with Art. 31 Vienna Convention on the Law of Treaties. From this it follows that the guarantee of fair conditions of competition in Art 2.1. TBT Agreement must be viewed in light of the provision in Art. 2.2. TBT Agreement. The fair conditions of competition for foreign products are thus only compromised by the compliance with technical regulations if the technical regulations are prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade (Art. 2.2. sentence 1 TBT Agreement). This interpre-

³² *Wiemer*, Produktsicherheit, 218, also recognises this systematic argument, but concludes from it that the discussion whether Art. 2.1. TBT Agreement contains a prohibition of limitation is of no consequence. This is unconvincing.

³³ Of different opinion: *Wiemer*, Produktsicherheit, 218.

³⁴ *Wiemer*, Produktsicherheit, 220.

tation corresponds with the object and purpose of the TBT Agreement, since it is the only way of bringing notice to the basically accepted legitimacy of technical regulations.

As a result, foreign products are treated less favourably within the meaning of Art. 2.1. TBT Agreement, if there is *de iure* discrimination. Right away, this would not apply in case of a general obligation to register under REACH. If beyond this, there was to be *de facto* discrimination in the sense of a curtailment of the fair conditions of competition, Art. 2.1. is to be interpreted and applied in light of Art. 2.2. TBT Agreement. Curtailments of the fair conditions of competition of foreign products, which arise from technical regulations, are thus only illegal if the technical regulation in question is prepared, adopted or applied with a view to, or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade. The considerations necessary to define this additional element arise from Art. 2.2. TBT Agreement, and will be addressed below.³⁵ Technical regulations which are indiscriminately applicable, and which do not give rise to *de facto* discrimination, are only caught by Art. 2.2. TBT Agreement. Thus only Art. 2.2. TBT Agreement is of relevance to a legal assessment of a general REACH obligation to register product-related substances in articles.

III. Prohibition of the Creation of Unnecessary Obstacles to Trade (Art. 2.2. TBT Agreement)

Consequently, it must be analysed whether a general REACH obligation to register product-specific substances, and the corresponding manufacturing and import prohibition, would cause unnecessary obstacles to international trade (Art. 2.2. TBT Agreement).

1. *Ratio Legis of Art. 2.2. TBT Agreement*

Art. 2.2. TBT Agreement initially creates a general obligation for WTO Members not to apply technical provisions – whether indiscriminately applicable or not – in a manner which would create unnecessary obstacles to international trade. The fundamental significance of Art. 2.2. TBT Agreement becomes apparent from a comparison between the modes of regulation found in Art. 2.1. TBT Agreement and Art. III:4 GATT. The rootedness in the WTO legal system of the principle of non-discrimination is of significance not only regarding the inherent prohibition of regulatory measures which directly or indirectly, actually or potentially affect the fair competitive opportunities of foreign products. More significantly, the prohibition positively identifies those regulatory measures which WTO Members are free to take.

Looking at the principle of non-discrimination inherent in the national treatment rule and the most-favoured-nation clause in conjunction with the prohibition of the enactment of trade-restrictive border measures, it becomes apparent that WTO Members are basically free to take any regulatory measure – as long as it applies without discrimination to domestic and foreign subjects, and does not present an obstacle

³⁵ *Supra* D.III.

to cross-border trade.³⁶ This freedom of action of the WTO Members, which initially is subject only to the principle of non-discrimination and the principle of open markets, is modified by Art. 2.2. TBT Agreement to the effect that in the instance of a technical regulation, the legality of a domestic measure will be subject to the prohibition of unnecessary trade restrictions – and this in particular where the principle of non-discrimination does not apply.

In light of the outlined function of Art. 2.2. TBT Agreement, it – in contrast to the views represented during negotiations on the Tokyo round of GATT 1947 – is now immaterial for the purpose of establishing the illegality of a technical regulation whether it follows an “openly protectionist purpose”.³⁷ The wording of Art. 2.2. sentence 1 TBT Agreement, in addition to the teleological aspects analysed above, determines that technical regulations may neither cause, nor be intended to cause, unnecessary obstacles to trade.

2. *The Proportionality Test as a Concretization of Art. 2.2. TBT Agreement*

As already indicated, Art. 2.2. sentence 2 TBT Agreement says of indiscriminately applicable technical regulations that they “shall not be more trade restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective, taking into account of the risks non-fulfilment would create”. This wording is to be read in conjunction with the preamble to the TBT Agreement, which aims to ensure that, amongst others, technical regulations “do not create unnecessary obstacles to international trade” (para. 5), and that they are thus “not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade” (para. 6). The latter requirement can be traced back to the chapeau of Art. XX GATT, and can be found in similar form in other provisions of the legal regime of the WTO.³⁸ In essence, all of these provisions aim at striking an adequate balance between WTO Members’ legitimate interests, and the principle of free trade.³⁹

In addition, the classification of Art. 2.2. sentence 2 TBT Agreement as an instance of the principle of proportionality corresponds with DSB jurisprudence regarding the concretization of “arbitrary or unjustifiable discrimination” and “disguised restriction on international trade” – features found in the chapeau of Art. XX GATT. In this context it is now recognised that 1) these standards do not significantly differ in scope, and 2) that a balance must be struck between competing interests where the relevance of the provision is at issue.⁴⁰ Thus the interpretation of the chapeau of Art. XX GATT within the meaning of a proportionality test determines also the interpre-

³⁶ Tietje, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.5. para. 67; and: Normative Grundstrukturen, 295 *et seq.*

³⁷ Tietje, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.5 para. 68.

³⁸ E.g. Art. 2.3. SPS Agreement; Art. XIV GATS.

³⁹ Tietje, Normative Grundstrukturen, 291 *et seq.*

⁴⁰ Report of the Appellate Body of 20/05/1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para 25; Report of the Appellate Body of 12/10/1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 158 *et seq.*

tation of the TBT Agreement by reason of the identical wording found in its preamble.

In consequence, the fundamental ratio of the principle of proportionality found in WTO/GATT Law applies also with regard to Art. 2.2. sentence 2 TBT Agreement.⁴¹ Here, too, it is important to strike an appropriate balance between the interests of WTO Members – e.g. in the field of health and environmental protection – on the one hand, and the safeguarding of free international trade on the other. Accordingly, a general obligation to register under REACH is subject to an overall proportionality test.

a) Presence of a Risk to a Legitimate Objective (Art. 2.2. sentence 3 TBT Agreement)

(1) Legitimate Objective

Bearing in mind the possibility of potentially trade-restrictive effects, the admissibility of a general REACH obligation to register depends in the first place on the question whether this obligation is meeting, or is aiming to meet, a legitimate objective. A list of legitimate objectives which authorise the adoption of technical regulations is found in Art. 2.2. sentence 3 TBT Agreement. Among these legitimate objectives are “*inter alia*: national security requirements; the prevention of deceptive practices; protection of human health or safety, animal or plant life or health, or the environment”.

Chemicals can be damaging to health and the environment, or at least are suspected of causing such damage. At the same time there are no reliable data available on the effects on humans and the environment for even the most commonly used chemicals. Therefore REACH in essence envisages the systematic analysis of every chemical produced in, or imported into, the European Union with regard to its inherent risks to human health and the environment. For this purpose, REACH – in its risk management function – systematically gathers data on the use of chemicals in order to evaluate the potential risks and harmful effects of these chemicals, and to aid in the early detection of their hazardous properties. Accordingly, the registration and recording of chemical substances represents a legitimate objective within the meaning of Art. 2.2. sentence 3 TBT Agreement.⁴²

⁴¹ *Appleton*, Environmental Labelling Programmes, 113 *et seq.*; *Bronckers/Charro*, Journal for European Environmental & Planning Law 2005, 184 (191); *Fischer*, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 195; *Marceau/Trachtman*, in: Ortino/Petersmann (eds.), The WTO Dispute Settlement System, 275 (294 *et seq.*, 319); *Schick*, TBT-Abkommen, 94 *et seq.*; *Tietje*, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.5 para. 80 *et seq.*; *Wiemer*, Produktsicherheit, 235 *et seq.*; see also: *Palmer*, Proportionality under WTO Rules, 18, available on the Internet: <http://www.wwf.org.uk/filelibrary/pdf/reach_prop_0604.pdf> (visited on 30 June 2005); assenting in this regard also: *National Foreign Trade Council (NFTC)*, Looking Behind the Curtain: The Growth of Trade Barriers that Ignore Sound Science, 92, available on the Internet: <<http://nftc.org/default.asp?Mode=DirectoryDisplay&cid=190>> (visited on 30 June 2005).

⁴² This is also recognised by other WTO Members, see: WTO Committee on Technical Barriers to Trade: Minutes of the Meeting Held on 23 March 2004, G/TBT/M/32, para. 30, Minutes of the Meeting Held on 7 November 2003, G/TBT/M/31, para. 23; Minutes of the Meeting Held on 19 August 2003, G/TBT/M/30, para. 53: „His [Japan’s] delegation had fully understood that the

(2) *Risk*(a) *Risk Assessment and Distribution of the Burden of Proof*

In assessing whether there is a risk to the legitimate objectives of human health and the environment, “relevant elements of consideration are, *inter alia*: available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products” (Art. 2.2. sentence 4 TBT Agreement).

With this rather general wording, the TBT Agreement derogates from the conditions for risk assessment set out in Art. 5 SPS Agreement. While according to the wording of the various paragraphs of Art. 5 SPS Agreement, and the relevant DSB jurisprudence in the area of sanitary and phytosanitary measures, high demands are made on the scientific proof necessary to establish the risks emanating from products,⁴³ Art. 2.2. TBT Agreement merely requires generally available scientific and technical information. In addition, according to the in this regard unambiguous Art. 2.2. sentence 4 TBT Agreement, it is not imperative that such information is considered, as it is merely one of several possible “relevant elements of consideration”.⁴⁴

The rather general reference to the relevant elements of consideration for the purpose of the assessment of possible risks to the in Art. 2.2. sentence 3 TBT Agreement flawlessly listed objectives does not, however, release WTO Members from the obligation to provide evidence of the risk-preventative effect of a technical regulation. According to the general procedural rules regarding the distribution of the burden of proof under WTO Law, a WTO Member seeking to invoke an exception also carries the burden of proving that the requirements of such an exception are met.⁴⁵

However, the requirements resulting from this distribution of the burden of proof are restricted by the margin of appreciation available to the WTO Members with regard to the autonomous determination of the necessary scope of protection. In this regard, the Appellate Body noted “that it is undisputed that WTO-Members have the right to determine the level of protection of health that they consider appropriate in a given situation”.⁴⁶ This declaration coincides with the preamble to the TBT Agreement, which in its fifth consideration recognizes that no country should be prevented

proposed regulation had, as legitimate objectives, the protection of human health and the environment“.

⁴³ See in particular: Report of the Appellate Body of 16/01/1998, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, para. 178 *et seq.*, representatively on the judgement: *Quick/Blüthner*, Journal of International Economic Law 2 (1999), 471 (478 *et seq.*); *Eggers*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1998, 147 *et seq.*, *Makatsch*, Gesundheitschutz im Recht der WTO, 79 *et seq.*, *Landwehr*, Trade and Health, 155 *et seq.* with further references.

⁴⁴ *Tietje*, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.5 para. 81; *Fischer*, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 197 *et seq.*; see also: *Marceau/Trachtman*, in: Ortino/Petersmann (eds.), The WTO Dispute Settlement System, 275 (299).

⁴⁵ Report of the Panel of 29/01/1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, para 6.20 *et seq.*; Report of the Panel of 18/09/2000, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/R, para. 8.177 *et seq.*; Report of the Appellate Body of 25/04/1997, *United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R, p. 16 with further references.

⁴⁶ Report of the Appellate Body of 12/03/2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para. 168.

from taking measures necessary to ensure the quality of its exports, or for the protection of human, animal or plant life or health, or of the environment. In this respect, WTO Members are granted a comparatively wide margin of appreciation for determining their level of protection under the TBT Agreement.⁴⁷

As a result of the interaction between the distribution of the burden of proof and the recognised margin of appreciation, WTO Members must for the time being provide only *prima facie* proof for the assertion that a particular technical regulation is necessary for the prevention of risks to legitimate objectives. Over and above this requirement it is not necessary to furnish additional scientific or technical proof of the asserted risk factors.⁴⁸ This might only be the case if there were pertinent international standards for the purpose of risk management and registration.⁴⁹ In this case, Arts. 2.4. and 2.5. TBT Agreement would apply, leading to a significantly greater burden of proof.⁵⁰ Otherwise however, the demands on risk assessment regarding potential hazards emanating from products are low. Looking at the significance of precautionary aspects under the TBT Agreement, this finding is corroborated with regard to the outlined systematic comparison with the SPS Agreement.

(b) *Precautionary Aspects*

As in all areas relating to the defence against risks to human health or the environment, the questions arises also in relation to the TBT Agreement whether only an actual, present risk is relevant for the purpose of the measure, or if it applies in addition to future risks which have yet to materialise. The questions of law pertaining to this issue are discussed in international environmental law and World Trade Law under the heading “precautionary principle”.⁵¹

The applicability of the precautionary principle is of particular significance to the admissibility of the REACH registering obligations, since the aims – of protecting human health and the environment – pursued by REACH are meant to be realised based on the principle of precaution.⁵² The effects of some chemicals on human health

⁴⁷ Fischer, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 178, 199.

⁴⁸ Tietje, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.5 para. 81.

⁴⁹ For a comparison with other regulatory systems see: *Institute for European Environmental Policy*, Ad hoc Report on Chemicals: Comparative Analysis of REACH and Other International Approaches, Policy Brief for the European Parliament Environment Committee, EP/IV/A2003/09/01, 2003, available on the Internet: <http://www.europarl.eu.int/comparl/envi/pdf/externalexpertise/ieep/chemicals_brief.pdf> (visited on 30 June 2005); for criticism: *National Foreign Trade Council (NFTC)*, Looking Behind the Curtain: The Growth of Trade Barriers that Ignore Sound Science, 96 *et seq.*, available on the Internet: <<http://nftc.org/default.asp?Mode=DirectoryDisplay&id=190>> (visited on 30 June 2005).

⁵⁰ In detail on Arts. 2.4. und 2.5. TBT Agreement: Tietje, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.5 para. 93 *et seq.*; Marceau/Trachtman, in: Ortino/Petersmann (eds.), The WTO Dispute Settlement System, 275 (304).

⁵¹ In detail: Erben, Das Vorsorgeprinzip im Völkerrecht, *passim*; Epiney/Shelyi, Strukturprinzipien im Umweltvölkerrecht, *passim*; Cameron/Abouchar, in: Feestone/Hey (eds.), The Precautionary Principle and International Law, 29 *et seq.*; Eggers, The Precautionary Principle in WTO Law, *passim*; Trouwborst, Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law, *passim*; Landwehr, Trade and Health, 69 *et seq.*

⁵² See Art. 1(3) REACH under reference to the Commission notice on the precautionary principle, COM (2000), 1 final, of 02/02/2000; in detail on the notice of the Commission: Appel, Neue

and the environment are indeed known, and their risks can be evaluated. But the main problem lies in the fact that thus far, sufficient information is not available on the chemicals marketed in the EU. Next to the properties of the chemicals in use, this lack of information extends also to the risks posed by them to the health of humans and to the environment. The precautionary measures at the heart of the REACH registering obligation aim to remedy this lack of information about the hazardous properties of chemicals in free circulation, and to close the gaps in our knowledge of the properties and effects of these chemicals.

Whether and, if applicable, in how far the precautionary principle can be used in the proportionality test under Art. 2.2. TBT Agreement has not yet been conclusively determined, since in contrast to the SPS Agreement⁵³, there are no references in its text. However, this is not to say that the precautionary principle is *per se* of no relevance to the TBT Agreement. It is important to note that WTO Law as a whole does not stand in “clinical isolation” from public international law.⁵⁴ Insofar as public international law regulates certain factual issues, these are to be taken into account for the purposes of interpreting and applying WTO Law (Art. 31(3) c) Vienna Convention on the Law of Treaties). In light of a general recognition of the applicability of the precautionary principle in customary law,⁵⁵ it is possible to justify a precautionary technical regulation.

Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2001, 295 ff; in detail on the precautionary principle as the guiding principle of REACH: *Appel*, Zeitschrift für Umweltrecht 2003, 167 *et seq.*; *Callies*, Verwaltungsarchiv 94 (2003), 389 *et seq.*; *Fischer*, Verbraucherschutz im Chemikalienrecht, 17 *et seq.*; *Freytag/Jakl/Loibl/Wittmann* (eds.), The Role of Precaution in Chemicals Policy, *passim*; for strong criticism: *National Foreign Trade Council (NFTC)*, Looking Behind the Curtain: The Growth of Trade Barriers that Ignore Sound Science, 101 *et seq.*; *NFTC*, EU Regulation, Standardization and the Precautionary Principle: The Art of Crafting a Three-Dimensional Trade Strategy That Ignores Sound Science, 27 *et seq.*; *NFTC*, 'Enlightened' Environmentalism or Disguised Protection – Assessing the Impact of EU Precaution-Based Standards on Developing Countries, 66 *et seq.*, each available on the Internet: <<http://nftc.org/default.asp?Mode=DirectoryDisplay&id=190>> (visited on 30 June 2005).

⁵³ See: Report of the Appellate Body of 16/01/1998, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, para. 124: „It appears to us important, nevertheless, to note some aspects of the relationship of the precautionary principle to the SPS Agreement. First, the principle has not been written into the SPS Agreement as a ground for justifying SPS measures that are otherwise inconsistent with the obligations of Members set out in particular provisions of that Agreement. Secondly, the precautionary principle indeed finds reflection in Article 5.7 of the SPS Agreement. We agree, at the same time, with the European Communities, that there is no need to assume that Article 5.7 exhausts the relevance of a precautionary principle. It is reflected also in the sixth paragraph of the preamble and in Article 3.3. These explicitly recognize the right of Members to establish their own appropriate level of sanitary protection, which level may be higher (i.e., more cautious) than that implied in existing international standards, guidelines and recommendations”.

⁵⁴ Report of the Appellate Body of 20/05/1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, p. 17; also: *Marceau*, Journal of World Trade 33 (No. 5, 1999), 98 *et seq.*; in detail: *Pauwelyn*, Conflict of Norms in Public International Law, *passim*.

⁵⁵ *Erben*, Das Vorsorgeprinzip im Völkerrecht, 230 *et seq.*; *Epiney/Sheyli*, Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts, 107; *Cameron/Abouchar*, in: *Feestone/Hey* (eds.), The Precautionary Principle and International Law, 29 (30 *et seq.*, 52); *Eggers*, The Precautionary Principle in WTO Law, 147; *Trouwborst*, The Precautionary Principle in International Law, 74 *et seq.*, 165 *et seq.*; see also: *Appel*, Zeitschrift für Umweltrecht 2003, 173 *et seq.*; of different opinion e.g.: *Wiemer*, Produktsicherheit, 238 *et seq.*, who goes on to advocate its classification as soft law.

The applicability of the precautionary principle in the TBT Agreement not only follows by deduction from general public international law, but, as previously mentioned, also from a structural comparison with the SPS Agreement. The SPS Agreement makes more onerous requirements regarding its demands on the identification of risks, since WTO Members may only introduce measures if a risk to a legitimate objective can be scientifically proven.⁵⁶ By contrast, the TBT Agreement does not demand positive scientific evidence for the introduction of protective measures. According to Art. 2.2. TBT Agreement, scientific and technical information is only a possible element of consideration, but not a necessary condition, for the implementation of measures (“In assessing such risks, relevant elements of consideration are, *inter alia*: available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products.”). This has as a result that in case of uncertainties about possible risks to a legitimate objective, precautionary aspects may also be considered.⁵⁷

In consequence it becomes possible in the context of arguing a risk to the legitimate objects of Art. 2.2. TBT Agreement, to include even those risk factors, the scientific and technical significance of which has not yet been conclusively determined. Existing scientific and technical uncertainties regarding the risks emanating from certain products or production methods thus do not deny the suitability of technical regulations for the purpose of their legitimate application.⁵⁸ Therefore in terms of an administrative implementation of precautionary considerations, the aim pursued by the REACH registering obligation of creating a system of risk management is consistent with the requirement of the presence of a risk to a legitimate objective within the meaning of Art. 2.2. TBT Agreement.

b) “Necessary”

In a second step, the question posed by the wording of Art. 2.2. TBT Agreement is whether a general REACH obligation to register, and a corresponding manufacturing and import prohibition, is “necessary” with regard to the above-illustrated legitimate objective. To date, there is no jurisprudence on this requirement within the meaning of Art. 2.2. sentence 2 TBT Agreement. However, the requirement that a measure must be “necessary” for the protection of certain public goods can also be found in Art. XX(d) GATT and Art. XIV GATS. There is jurisprudence on both of these provisions which further elaborate on the requirement of necessity.

It remains questionable, however, to what extent judicial decisions regarding Art. XX GATT may be relied on in the present context.⁵⁹ The EC argued in the “Sardines”

⁵⁶ Art. 3.3. sentence 1 SPS Agreement.

⁵⁷ Fischer, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 198; Marceau/Trachtmann, in: Ortino/Petersmann (eds.), The WTO Dispute Settlement System, 275 (313 *et seq.*).

⁵⁸ Tietje, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.5 para. 85; with the same conclusion but different reasoning: Wiemer, Produktsicherheit, 240 *et seq.*; Appleton, Environmental Labelling Programmes, 113.

⁵⁹ As submitted by Peru and other parties to the action, see: Report of the Panel of 29/05/2002, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, para. 4.102 *et seq.*, in particular para. 4.106: „According to Peru, in the context of Article XX of the GATT 1994 the term “necessary” qualifies the term “measures”, and the necessity test must consequently be applied by the panel to the measure it previously found to be inconsistent with another provision of the

case that the standard of necessity in Art. 2.2. TBT Agreement is not as high as that in Art. XX GATT. Art. 2.2. TBT Agreement does not demand an exhaustive assessment of the question whether a technical regulation is necessary to fulfil a legitimate objective – only that its effects be no more trade restrictive than necessary.⁶⁰ But even if one were to make higher demands on the requirement of necessity under Art. 2.2. TBT Agreement, in effect creating a balancing standard identical to that in Art. XX GATT, the necessity of a general REACH obligation to register could still be established.

This becomes evident in particular from the jurisprudence regarding Art. XX GATT, which stipulates that the determination of whether a measure is “necessary”

“[...] involves in every case a process of weighing and balancing a series of factors which prominently include the contribution made by the compliance measure to the enforcement of the law or regulation at issue, the importance of the common interests or values protected by that law or regulation, and the accompanying impact of the law or regulation on imports or exports.”⁶¹

According to Appellate Body jurisprudence, it is necessary within the context of this weighing and balancing to ask whether “an alternative measure which [the WTO member concerned] could reasonably be expected to employ and which is not inconsistent with other GATT provisions is available to it.”⁶² In answering this question, two factors must most importantly be considered:

“one aspect of the ‘weighing and balancing process [...] comprehended in the determination of whether a WTO-consistent alternative measure’ is reasonably available is the extent to which the alternative measure ‘contributes to the realization of the end pursued’. Another factor to be taken into account in determining whether an alternative measure is reasonably available is the importance of the interests or values pursued: ‘[t]he more vital or important [the]

GATT 1994 and therefore requires justification under Article XX. However, in the context of Article 2.2 of the TBT Agreement, the term “necessary” qualifies the terms “not more trade-restrictive than”, and what must thus essentially be determined to be “necessary” is the obstacle to trade created by the measure challenged by the complainant”.

⁶⁰ Report of the Panel of 29/05/2002, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, para. 4.110 et seqq: „According to the European Communities, Article 2.2. does not strictly require that the measure is ‘necessary’ to fulfil the legitimate objective – only that its effects not be more trade restrictive than necessary. Such a measure could be merely a helpful measure that, alone or perhaps together with other measures, helps in achieving the objective that the government pursues, even if possibly this objective could as well be accomplished in other ways than through the technical regulation in question. Accordingly, the only requirement in its view is that the measure should not be more trade restrictive than necessary, meaning that among two equally effective measures, the less trade restrictive should be chosen”; in the Asbestos case, the EC still argued differently, see: Report of the Panel of 18.9.2000, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/R, para. 3.290; regarding this aspect, see also: *Schick*, TBT-Abkommen, 85.

⁶¹ Report of the Appellate Body of 11/12/2000, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, para. 164; Report of the Appellate Body of 25/04/2005, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, para. 66.

⁶² Report of the Appellate Body of 25/04/2005, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, para. 67.

common interests or values' pursued, the easier it would be to accept as 'necessary' measures designed to achieve those ends."⁶³

Particularly important to the question whether an alternative, less trade restrictive measure is available, is that the abovementioned right of WTO Members to independently determine the necessary level of environmental and health protection, and the measures to be taken in consequence, be taken into account:

“An alternative measure may be found not to be ‘reasonably available’, however, where it is merely theoretical in nature, for instance, where the responding Member is not capable of taking it, or where the measure imposes an undue burden on that Member, such as prohibitive costs or substantial technical difficulties. Moreover, a ‘reasonably available’ alternative measure must be a measure that would preserve for the responding Member its right to achieve its desired level of protection with respect to the objective pursued [...]”⁶⁴

Thus the aim of a measure is of decisive importance to the assessment of its necessity. The TBT Agreement explicitly affords WTO Members the right to independently determine whether and how to protect certain public goods. In the weighing and balancing process of identifying whether a measure has trade restrictive effects, account must be taken of this margin of appreciation.

Regarding a comprehensive REACH obligation to register articles from the EU and from third countries, this means that its analysis must begin at the decision of the EU to realise the aim of protecting human health and the environment in the area of chemicals by means of implementing a risk management procedure which characteristically provides for the registration of chemical substances. Whether the concept at the heart of REACH is reasonable and appropriate is irrelevant for the purpose of WTO Law, and falls solely under the EU's margin of appreciation. In a second step it must be examined whether, taking into account the trade restrictions caused by it, the chosen measure of requiring registration has a reasonable alternative which is equally effective. For this purpose it must be kept in mind that REACH does not aim to prohibit the use of chemicals entirely, and thus does not eliminate the prevailing market mechanisms *per se*, but operates on the basis of a system of registration which relies on the personal responsibility of enterprises, and thus operates entirely within the parameters of a healthy and functioning market. By contrast to state-imposed restrictions, which limit the legitimate use of chemicals from the outset, the chosen risk management system in the form of the REACH registration requirement “only” imposes an administrative burden on the enterprises concerned. In comparison to the trade restrictions resulting from a prohibition to use or import certain chemicals, which would eliminate existing market mechanisms *per se*, the trade restrictions resulting from an obligation to register under REACH would be minor.

⁶³ Report of the Appellate Body of 25/04/2005, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, para. 68 with further references regarding relevant jurisprudence.

⁶⁴ Report of the Appellate Body of 07/04/2005, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, para. 306; Report of the Appellate Body of 25/04/2005, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, para. 70.

How minor the trade restrictive effect of the REACH obligation is becomes evident also from a reading of Art. 2.8. TBT Agreement, which sets out that “wherever appropriate, Members shall specify technical regulations based on product requirements in terms of performance rather than design or descriptive characteristics”. This requirement stems from the desire to keep technical regulations as simple as possible. Hence Art. 2.8. TBT Agreement is also a concretization of “necessary”, an element of Art. 2.2. TBT Agreement.⁶⁵ The REACH obligation to register may not be a technical regulation based on the performance of products, but neither does it prescribe mandatory design characteristics. It is merely an intentionally technologically simple and transparent system which on a second, and here irrelevant, level serves the evaluation of the risk posed by a substance. Insofar, the conditions for the obligation to register substances in articles under REACH, which are rendered clear and simple by relying on a certain threshold, are indeed comparable to the performance characteristics referred to in Art. 2.8. TBT Agreement. This, too, suggests that a general REACH obligation to register substances in articles complies with the requirement of “necessity” in Art. 2.2. TBT Agreement.

3. *Conclusions on Art. 2.2. TBT Agreement*

In conclusion, there are numerous arguments in favour of holding that a general obligation to register the product-related substances which are used in the manufacture of articles, as well as the corresponding manufacturing and import prohibition, is consistent with Art. 2.2. TBT Agreement. The introduction of a general obligation to register can not be said to create an “unnecessary restriction of trade” *per se*.

IV. Conclusions on the TBT Agreement

The preceding legal analysis has shown that a REACH obligation to register the product-related substances which are used in the manufacture of articles must be categorised as a technical regulation within the meaning of the TBT Agreement. There is much to suggest that a technical regulation of this kind would be in compliance with Arts. 2.1. and 2.2. TBT Agreement.⁶⁶

E. The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1994)

As previously illustrated, the admissibility of a comprehensive REACH obligation to register products in the manufacture of which product-related substances are used,

⁶⁵ Sykes, *Product standards*, 71; Wiemer, *Produktsicherheit*, 246 *et seq.*; Tietje, in: Prieß/Berrisch (eds.), *WTO-Handbuch*, B.I.5. para. 89; Fischer, *Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht*, 201 *et seq.*

⁶⁶ Of different opinion: *National Foreign Trade Council*, *Looking Behind the Curtain: The Growth of Trade Barriers that Ignore Sound Science*, 92, available on the Internet: <<http://nftc.org/default.asp?Mode=DirectoryDisplay&id=190>> (visited on 30 June 2005); of different opinion in this regard also: *Bronckers/Charro*, *Journal for European Environmental & Planning Law* 2005, 184 (191): “In our view, such an overall registration requirement for substances contained in articles would be difficult to defend”.

falls to be assessed solely under the TBT Agreement. Here it must be noted that arguably a violation of the TBT Agreement cannot be justified by reference to the provisions of the GATT, most specifically Art. XX GATT.⁶⁷ In contrast, the legal admissibility of a general REACH obligation to register non-product-related substances, and the corresponding manufacturing and import prohibition, is to be assessed exclusively under the provisions of the GATT.⁶⁸

I. The National Treatment Obligation (Art. III:4 GATT 1994)

By reason of the applicability of the provisions of the GATT to articles which contain no product-related substances, it must be determined whether a general REACH obligation to register such substances would be compatible with the national treatment requirement of Art. III:4 GATT. Art. III:4 GATT contains a general prohibition of discrimination, which prescribes that a measure must not give less favourable treatment to imported products, than it accords to the group of “like” domestic products.

1. *Distinct from the Prohibition of Quantitative Restrictions (Art. XI:1 GATT 1994)*

While the element of the “likeness” of products in the context of the national treatment rule in Art. III:4 GATT has received at least some clarification in DSB jurisprudence, some uncertainties remain regarding its separation in scope from other competing GATT provisions. Particularly with regard to an import prohibition on articles, the question arises where the line to Art. XI:1 GATT ought to be drawn. According to the wording of this provision, it applies to measures concerning the import (or export) of goods, while Art. III GATT refers to commercial policy measures (see Art. III:1 GATT).

The practical relevance of defining the boundaries of these provisions in relation to one another follows largely from the fact that Art. XI:1 GATT establishes a hard and fast prohibition of quantitative restrictions on trade, and thus is far more restrictive than Art. III GATT, which merely protects imported products from being treated unequally compared to “like” domestic products. Thus it must be determined whether an import prohibition concerning articles not registered under REACH falls to be evaluated under the regulation concerning imports (or exports) – (Art. XI:1 GATT), or under the regulation concerning internal measures – (Art. III GATT).

For a systematic approach to finding the delimitation between the two provisions, a starting point should be the interpretative note in Annex 1 to Art. III GATT.⁶⁹

⁶⁷ *Fischer*, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 170 *et seq.*; *Tietje*, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.5 para. 64; *Marceau/Trachtmann*, in: Ortino/Petersmann (eds.), The WTO Dispute Settlement System, 275 (286).

⁶⁸ *Supra* D.I.2.

⁶⁹ Note on Art. III Annex 1 GATT 1994: “Any internal tax or other internal charge, or any law, regulation or requirement of the kind referred to in paragraph 1 which applies to an imported product and to the like domestic product and is collected or enforced in the case of the imported product at the time or point of importation, is nevertheless to be regarded as an internal tax or

From this it follows that it is immaterial to the application of Art. III GATT whether a measure within the meaning of Paragraph 1, which applies both to imported and domestic products, takes effect on the imported goods at the time, or at the place of import. The precise time or place at which a measure takes effect is of significance only if the measure is not applied without distinction to domestic and imported products. Adding to the elements of the provision, the annexed note shows that measures which are enforced at the border at the point of import are primarily caught by Art. XI GATT, and are only subject to Art. III GATT if they apply to domestic and imported products without distinction.⁷⁰

A general REACH obligation to register, and a corresponding manufacturing and import prohibition, would affect producers and importers equally, and apply to goods from the EU and to those from third countries without distinction. Accordingly, a general REACH obligation to register, and its corresponding manufacturing and import prohibition, does not fall within the scope of Art. XI GATT. In fact it must only be assessed under Art. III GATT.

2. *The “Likeness” of Products*

The first central element of the obligation of equal treatment in Art. III:4 GATT is that domestic and imported products must be “like” products.

To the extent that non-product-related substances are used in the manufacturing process, products could be distinguished on the basis of their manufacturing processes alone. Regarding a REACH obligation to register such substances, it thus seems questionable whether it is permissible from the established criteria for the determination of the “likeness” of products⁷¹, to rule two products incomparable solely on the basis of their non-product-related process and production methods. Here it is particularly important to note that GATT, in contrast to the TBT Agreement, at least linguistically relates only to “products”.

For a long time it was argued in academic literature, and to an extent also in jurisprudence, that for the purpose of determining the “likeness” of two products, a distinction must be made between product-related and non-product-related production methods, and that the latter should under no circumstances be applied to the question of “likeness”.⁷² According to the above-described Asbestos decision of the Appellate

other internal charge, or a law, regulation or requirement of the kind referred to in paragraph 1, and is accordingly subject to the provisions of Article III”.

⁷⁰ *Tietje*, Normative Grundstrukturen, 225 *et seq.*; *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.1. para. 205; *Puth*, WTO und Umwelt, 279; *Wiers*, Trade and Environment, 173 *et seq.*

⁷¹ In detail regarding the criteria for the determination of likeness already under D.II.1.

⁷² To this effect: Report of the Panel of 3/09/1991, *United States – Restriction on Imports of Tuna (Tuna I)*, (not adopted), DS21/R – 39S/155, para. 5.14; Report of the Panel of 16/06/1994, *United States – Restriction on Imports of Tuna (Tuna II)*, (not adopted), DS29/R para 5.8; Report of the Panel of 29/09/1994, *United States – Taxes on Automobiles*, (not adopted), para. 5.52-5.54; Report of the Panel of 16/03/1992, *United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, (adopted 19/06/1992), DS23/R – 39S/208; Report of the Panel of 20/01/1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R; on the Panel’s jurisprudence regarding PPMs see: *Tietje*, Process Related Measures and Global Environmental Governance, in: Winter (ed.), Multilevel Governance of Global Environmental Change (in press); *Berrisch*, in:

Body, it would indeed be very difficult to maintain this distinction. On the contrary – there is significant evidence to suggest that health and environmental aspects as a whole, including those relating to the production process, can be taken into consideration in order to demonstrate the lacking “likeness” of products within the meaning of Art. III:4 GATT.⁷³

One problem, however, lies in the fact that where non-product-related production methods are concerned, consumer and user behaviour on a certain market is the only possible indicator for deeming products not “like”. Since a general REACH obligation to register substances used in the production of articles can only be enforced by way of the articles themselves – only the marketability of articles can be regulated in the EU – , the question again arises whether articles in the production of which unregistered substances were used, and those in the production of which REACH registered substances were used, are “like”. Their “likeness” could only be denied by reason of a significant, market-relevant distinction drawn by users and consumers. However, for current purposes this question can not be conclusively answered, as this would necessitate a comprehensive market analysis. And since the substances concerned bear no relation to the nature of the end product – the article –, it should prove difficult to provide such evidence.⁷⁴

As a result it cannot be excluded that articles manufactured under the application of REACH registered substances, and those which were not, are to be regarded as being “like products” within the meaning of Art. III:4 GATT, if the use of the substance in the manufacturing process is not reflected in the characteristics of the end product.

3. “Treatment no less favourable“

Assuming that we are dealing with “like products”, the question arises in a second step whether a general REACH obligation to register, and a corresponding manufacturing and import prohibition, would violate the principle of national treatment of Art. III:4 GATT (“treatment no less favourable”). Since *de iure*, the equal treatment of EU articles and third country articles would still be give in case of a general REACH obligation to register, here, too, the interpretation of the requirement of “treatment no less favourable” is of paramount importance.⁷⁵ And in the words of the Appellate Body it is of great significance

Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.1. para. 44; *Read*, Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy 5 (2004), 123 *et seq.*; *Hilf*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2000, 481 (485); *Jackson*, European Journal of International Law 11 (2000), 303 *et seq.*; *Janson*, European Journal of International Law 11 (2000), 309 (311 *et seq.*); *Weiher*, Umweltschutz und internationaler Warenverkehr, 154 *et seq.*

⁷³ *Puth*, WTO und Umwelt, 246; in detail also: *Choi*, ‘Like Products’ in International Trade Law, *passim*.

⁷⁴ In this context see also: *Puth*, WTO und Umwelt, 248: „[...] may be assumed from experience that consumers are not as a matter of principle less influenced in their behaviour on the market by environmental hazards emanating from the product itself than by products which are harmful to the environment“; see also: *Fischer*, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 119 *et seq.*

⁷⁵ *Supra* D.II.2.

“whether the measure at issue modifies the conditions of competition in the relevant market to the detriment of imported products. In other words, a measure accords less favourable treatment to imported products if it gives domestic like products a competitive advantage in the market over imported like products.”⁷⁶

It is thus of decisive importance whether the introduction of a general REACH registering obligation would adversely affect the conditions of competition for articles from third countries *by reason of* their origin in a third country. Thus of significance are not the adverse conditions of competition in general, but only those which are due to the foreign origin of the articles:

“However, the existence of a detrimental effect on a given imported product resulting from a measure does not necessarily imply that this measure accords less favourable treatment to imports if the detrimental effect is explained by factors or circumstances unrelated to the foreign origin of the product, such as the market share of the importer in this case”.⁷⁷

Consequently, the question of a possible violation of Art. III:4 GATT by the introduction of a general REACH obligation to register must be answered on the basis of an evaluation of the facts, and cannot be conclusively done within the constraints of the present purpose. Only if it could be proven on the face of the facts that a REACH obligation to register substances used in the manufacture of articles negatively affects the conditions of competition for articles from third countries in relation to articles from the EU, would there be “treatment less favourable” within the meaning of Art. III:4 GATT.

4. Findings on Art. III:4 GATT

A REACH obligation to register non-product-related substances, which therefore relies solely on differences in production methods, and the corresponding manufacturing and import prohibition, may represent a violation of Art. III:4 GATT. However, such a verdict of illegality is not imperative.⁷⁸ Depending on the specific market conditions, which would have to be closely investigated, it is indeed conceivable that a general REACH obligation to register non-product-related substances, and the corresponding manufacturing and import prohibition, is in compliance with Art. III:4 GATT.

⁷⁶ Report of the Appellate Body of 25/04/2005, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, para. 93 with further evidence regarding established jurisprudence.

⁷⁷ Report of the Appellate Body of 25/04/2005, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, para. 96.

⁷⁸ For compatibility with Art. III:4 GATT: *Der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen*, Umweltgutachten 2004, BT-Drucks. 15/3600, para. 1039 *et. seq.*, available on the Internet: <http://www.umweltrat.de/02gutach/download02/umweltg/UG_2004_lf.pdf> (visited on 11 July 2005).

II. General Exceptions (Art. XX GATT 1994)

In case of a violation of Art. III:4 GATT, the only possible justification lies in Art. XX GATT. The general exception clause of Art. XX GATT lays down various legitimate objectives in pursuance of which WTO Members may take protective safeguard measures in order to depart from the provisions of the GATT. It provides that safeguard measures by WTO Members, which satisfy the conditions of Art. XX GATT, are generally permissible – even if they are in violation of a GATT provision. However, since the exception in Art XX GATT applies only once a GATT provision has been violated, its scope crucially depends on the scope and the interpretation of the violated norm.⁷⁹ This correlation becomes particularly evident in the case of those so-called Process and Production Methods (PPMs), which constitute a violation of Art. III GATT. Nonetheless it is recognised that in principle, PPMs can be justified under reference to the pursuit of legitimate objectives.⁸⁰

Since the Appellate Body decision in “United States – Gasoline”⁸¹, the assessment of the justification for a governmental measure is subject to a two-tier test. Its first step serves to determine whether the measure at the centre of the dispute serves one of the aims listed in Art. XX(a)-(j) GATT, and meets the requisite requirements.⁸² If this is the case, the question is raised in the second step whether the means chosen to meet this objective are compatible with the chapeau of Art. XX GATT.⁸³ And it follows from the general rules on the burden of proof, that the party seeking to rely on Art. XX GATT must invoke this provision, and is responsible for providing evidence to show that its individual conditions are met.⁸⁴

1. Permissible Objectives

Regarding the REACH registering obligation, the areas of health and environmental protection in Art. XX(b) and (g) GATT are of elevated importance.

a) Art. XX(b) GATT

Art. XX(b) GATT affords WTO Members the right to take measures necessary to protect human, animal or plant life or health. No further mention is made of environmental protection as an admissible objective. Despite the restrictive interpretation

⁷⁹ Berrisch, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.1. para. 227.

⁸⁰ Berrisch, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.1. para. 227; Cheyne, Georgia Journal of International and Comparative Law 24 (1995), 433 *et seq.*

⁸¹ Report of the Appellate Body of 29/04/1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 22.

⁸² Report of the Appellate Body of 12/10/1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 116.

⁸³ Report of the Appellate Body of 29/04/1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 22.

⁸⁴ Report of the Appellate Body of 25/04/1997, *United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R, p. 16; Berrisch, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.1. para. 228.

of the individual exceptions in Art. XX GATT, it is a recognised fact that this provision also allows measures primarily designed to protect the environment. Thus the lacking mention in Art. XX(b) GATT of environmental protection has only historical reasons.⁸⁵

A measure for the protection of humans, animals and plants necessarily presupposes the existence of a risk to these objectives. In this respect the Appellate Body noted that “the use of the word 'protection' implies the existence of a risk“.⁸⁶ In the context of Art. XX GATT, too, the question therefore arises to what extent precautionary aspects may be taken into account in case of uncertainties about potential risks. According to the precautionary principle illustrated above, there should be a scientifically demonstrable probability of a threat to human health or the environment, although reasonable grounds to suspect that such a threat exists are also sufficient. In addition, the policy at the heart of the measure may not be unrelated to the threat, but must be designed to protect from that particular threat.

The general REACH obligation to register has such a link. The obligation to judge and document the risk inherent in every chemical substance in order to facilitate the early identification of potentially hazardous properties aims to protect human health and the environment, and thus represents a legitimate objective within the meaning of Art. XX(b) GATT.

b) Art. XX(g) GATT

Next to Art. XX(b) GATT, environmental measures can also be justified under Art. XX(g) GATT. This provision allows measures for the preservation of “exhaustible natural resources”, if such measures are applied in conjunction with restrictions on domestic production or consumption. The concept of exhaustible natural resources is subject to a dynamic interpretation, and includes all naturally-occurring resources which are of importance to humans. In this context, “exhaustible” means that the natural resources concerned cannot be reproduced, and should therefore be subject to the principle of sustainable development, which is rooted in the preamble to the WTO Agreement, and is relied on by dispute settlement bodies for the purpose of interpreting Art. XX(g) GATT.⁸⁷ This renders the view expressed in reliance on the history of origins of Art. XX(g) GATT, that exhaustible natural resources include only non-living resources, obsolete.⁸⁸ The concept thus extends also to biodiversity, consequently including the protection of endangered animal and plant species in its scope.

⁸⁵ *Fischer*, Technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, 124; *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.1. para. 237; *Puth*, WTO und Umwelt, 300 *et seq.*; *Epiney*, Deutsches Verwaltungsblatt 2000, 77 (81); *Schoenbaum*, American Journal of International Law 91 (1997), 268 (273); *Weiber*, Umweltschutz und internationaler Warenverkehr, 133 *et seq.*

⁸⁶ Report of the Panel of 18/09/2000, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/R, para. 8.184; see also: *Puth*, WTO und Umwelt, 306 *et seq.*

⁸⁷ Report of the Appellate Body of 12/10/1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 129.

⁸⁸ See the relevant Panel Reports already adopted under GATT 1947: Report of the Panel of 22/12/1981, *United States – Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada*, (adopted 22/02/1982), L/5198 – 29S/91, para. 4.9; Report of the Panel of 20/11/1987, *Canada –*

The recording and assessment of chemicals under the REACH obligation to register could thus also be regarded as a legitimate objective within the meaning of Art. XX(g) GATT.

2. “necessary to”

If it is established in the first step that the policy pursued by the measure falls within the scope of measures designed to protect human health and the environment, it must be assessed in the second step whether the specific requirements of the individual provisions are met. This raises the question under Art. XX(b) GATT whether a general REACH obligation to register is “necessary” to meet the provision’s legitimate objective.

As noted previously in examining the TBT Agreement, both Art. XX GATT and Art. 2.2. TBT Agreement contain a requirement of necessity.⁸⁹ Consequently it can be argued that in line with the above debate, a general REACH obligation to register is necessary to the attainment of the stated objectives, so that it can be assumed for the time being that there is justification within the meaning of Art. XX(b) GATT.

3. “relating to”/“in conjunction with”

According to Art. XX(g) GATT, a measure must “relate to” the conservation of natural resources, and be applied “in conjunction with” restrictions on domestic production or consumption. Although in order to qualify as “relating to” the conservation of natural resources, a measure must exhibit a substantial relationship with this objective, an analysis of the wording shows that this relationship is substantially wider in scope than Art. XX(b) GATT, which restricts WTO Members to “necessary” measures.⁹⁰ This interpretation finds support in the jurisprudence of the WTO dispute settlement body. In the case of “Canada – Herring and Salmon”, the Panel decided that a measure had to be primarily aimed at the conservation of an exhaustible natural resource.⁹¹ The Appellate Body agreed with this conclusion, and noted that it was sufficient in this regard if a measure was more than merely “incidentally or inadvertently” aimed at the conservation of exhaustible natural resources.⁹² This serves to exclude from the possibility of justification measures related to the protection of exhaustible natural resources on a merely incidentally or inadvertent basis. In this respect, “relating to” is not a requirement of necessity, but a requirement of suitability.

Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon, (adopted 22/03/1988), L/6268, BISD 35S/98, para. 4.4.

⁸⁹ *Supra* D.III.2.b).

⁹⁰ For a detailed analysis of the different wording in the chapeau of Art. XX(a)-(j) GATT, see: *Desmedt*, *Journal of International Economic Law* 4 (2001), 441 (463).

⁹¹ Report of the Panel of 20/11/1987, *Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, (adopted 22/03/1988), L/6268 – 35S/98, para. 4.6.

⁹² Report of the Appellate Body of 29/04/1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 19; confirmed by: Report of the Appellate Body of 12/10/1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 136.

Thus in the present instance there is significantly more room for manoeuvre than in cases where a measure must be necessary.⁹³

As an additional restriction, Art. XX(g) GATT requires that the measure at stake be made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption. This serves to ensure that the objective is reached by imposing restrictions not just in respect of imported products, but that restrictions for the aim of protecting exhaustible natural resources are reflected equally on the domestic market.

A general REACH obligation to register, in conjunction with the corresponding manufacturing and import prohibition, is aimed specifically at the protection of natural resources, and does not effect their protection merely in an incidental or inadvertent manner. Since additionally, registering obligations and manufacturing and import prohibitions are to apply indiscriminately, we can for now assume that there is justification under Art. XX(g) GATT.

4. *The Extraterritorial Protection of Common Goods*

Regarding a REACH obligation to register non-product-related substances, which thus relates only to differences in production methods, the question arises to what extent foreign or extraterritorial common goods can come within the scope of the objectives in Art. XX GATT. Since non-product-related PPMs, which are not reflected in the end product, pose no threat to human health or the environment, related measures could only be justified if the territorial scope of Art. XX GATT extends beyond the territory of the WTO Member relying on the trade-restrictive measure, to extraterritorially located objects of protection. An argument in favour of this extended scope could be the generally accepted principle that health and environmental matters are not confined by jurisdictional borders, and can only be addressed effectively if the requisite measures can also apply to circumstances originating outside of their jurisdiction. However, this problem arises only under the GATT, since non-product-related PPMs are exempt from the scope of the TBT Agreement.

In the decision of the Panel in the Tuna I case, the scope of Art. XX GATT on general exceptions was, under reference to state sovereignty, initially limited to domestic legal interests.⁹⁴ Reason behind this limitation was the fear that protectionist measures would be aided if unilateral national standards of protection could be extended to foreign territories.⁹⁵

The Panel abandoned this earlier position in the Tuna II case. Here, the Panel distinguished between extraterritoriality and extrajudiciality. The Panel interpreted Art. XX GATT to the effect that the exhaustible natural resources at the heart of the disputed measures do not have to be located in the territory of the WTO Member

⁹³ *Tietje*, Normative Grundstrukturen, 317 *et seq.*; *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (eds.), WTO-Handbuch, B.I.1. para. 263; *Weiber*, Umweltschutz und internationaler Warenverkehr, 143; *Diem*, Freihandel und Umweltschutz, 138.

⁹⁴ Report of the Panel of 3/09/1991, *United States – Restriction on Imports of Tuna (Tuna I)*, (not adopted), DS21/R – 39S/155, paras. 5.26, 5.31.

⁹⁵ Report of the Panel of 03/09/1991, *United States – Restriction on Imports of Tuna (Tuna I)*, (not adopted), DS21/R, BISD 39S/155, para. 5.27, 5.32.

who imposed the measure.⁹⁶ Neither the wording of Art. XX(b)⁹⁷, nor its systematic interpretation,⁹⁸ exclude the application of measures for the protection of extraterritorially located public goods. Correspondingly, the Panel came to the conclusion that extraterritorial application is generally possible under Art. XX GATT.⁹⁹

In the “US – Shrimp” case, the Appellate Body avoided making a conclusive decision on the question whether Art. XX GATT contains an implicit jurisdictional limitation.¹⁰⁰ It did, however, require a “sufficient nexus” between the measure and the protected public goods. For the time being it can be assumed that under prevailing opinion, trade-restrictive measures for the protection of extraterritorially located common goods are not *per se* prohibited.¹⁰¹ Accordingly, the Appellate Body in “US – Shrimp” did not expressly deny the legal possibility of an extraterritorial application of laws, and made the legality of a trade-restrictive measure conditional on the weighing and balancing of the competing interests.¹⁰² To this extent, the justification of such measures must be assessed under the question of whether the interests of the affected third countries are sufficiently taken into account in the course of the extraterritorial application of laws.¹⁰³ The question whether the interests of the affected third countries have been sufficiently considered depends largely on the requirements in the chapeau of Art. XX GATT.

5. Chapeau

If for the time being, a protective measure is justified under Art. XX(a)-(j) GATT, in a second step it must be examined whether the application of the measure satisfies the requirements of the chapeau. The opening provision (chapeau) of Art. XX GATT restricts the admissibility of exceptions in two respects: Firstly, protective measures may not be applied in a manner which would lead to an “arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail”. And secondly, the measures may not lead to a “disguised restriction on international trade”. These

⁹⁶ Report of the Panel of 16/6/1994, *United States – Restriction on Imports of Tuna (Tuna II)*, (not adopted), DS29/R, paras. 5.20, 5.31.

⁹⁷ In contrast to Art. XX(f), (b) is not restricted to the protection of domestic goods; see also: *Sander*, *Internationaler Gesundheitsschutz*, 174.

⁹⁸ Art. XX(e) GATT relates for example to products manufactured in prisons of other countries.

⁹⁹ *Mavroidis*, *Journal of World Trade* (No. 1, 2000), 73 (76); *Wiemer*, *Produktsicherheit*, 228 *et seq.*

¹⁰⁰ Report of the Appellate Body of 12/10/1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 133.

¹⁰¹ Report of the Appellate Body v. 12/10/1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 164; confirmed and concretised by the Report of the Panel of 15/06/2001, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Recourse to article 21.5. by Malaysia*, WT/DS58/RW, para. 5.43 *et seq.*

¹⁰² Report of the Appellate Body of 12/10/1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 164; see also: *Weiber*, *Umweltschutz und internationaler Warenverkehr*, 135; *Diem*, *Freihandel und Umweltschutz*, 131.

¹⁰³ *Berrisch*, in: *Prieß/Berrisch* (eds.), *WTO-Handbuch*, B.I.1. para. 250 *et seq.*; *Cheyne*, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 24 (1995), 433 (464); *Hanson*, *Virginia Journal of International Law* 39 (1999), 1017 (1038 *et seq.*); *Meng*, *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, 595 *et seq.*

standards are largely undefined, so that their application to an individual case depends on the aim and purpose of the chapeau.

The Appellate Body noted that the aim and purpose of the chapeau provision lies in the desire to establish an appropriate balance between the rights and obligations of the WTO Members. Sequentially, in its interpretation of the chapeau provision, the Appellate Body emphasised the aim of preventing a misuse of Art. XX GATT.¹⁰⁴ Thus the chapeau of Art. XX GATT, as a manifestation of the “principle of good faith”, reflects the general prohibition of the abuse of rights.¹⁰⁵ Therefore a main point of examination is whether the under a trade restriction allegedly protected goods in reality serve to disguise the arbitrary and unjustifiable discrimination of foreign producers or articles. Decisive in this context is not only the protected legal interest, but also the manner of its protection.¹⁰⁶

Although the measure at issue in the Shrimp case was held incompatible with the chapeau of Art. XX GATT, it was affirmed that WTO Members are indeed free to take unilateral measures to safeguard protected interests. But in the same case, the Appellate Body also emphasised that ecosystems are not confined to jurisdictional boundaries, thus demanding concerted and cooperative efforts for their protection. To this extent, there is an obligation to cooperate on a multilateral level. Additionally, the Appellate Body pointed to Principle 12 of the Rio Declaration, Chapter 2.22(i) of Agenda 21, and Art. 5 of the Convention on Biological Diversity.¹⁰⁷ From these provisions, the Appellate Body deduced the obligation to pursue negotiations in good faith and, having regard for the interests affected, to seek consensus before taking recourse to unilateral measures. Thus according to Appellate Body jurisprudence, concerted efforts must be made to arrive at a multilateral solution, since a unilateral trade-restrictive measure would otherwise constitute an unjustifiable discrimination within the meaning of the chapeau of Art. XX GATT.¹⁰⁸

However, WTO jurisprudence clearly shows that the application of a protective measure is not conditioned upon the actual conclusion of a multilateral agreement. On the other hand, demands were made that negotiations must be offered to all affected WTO Members equally. The Appellate Body in “US – Shrimp” went on to establish further criteria deduced from the requirements found in the chapeau. In particular, a measure must allow for a sufficient degree of flexibility in order to accommodate the prevailing conditions in other WTO Members. The Appellate Body thus held that intransparencies in the certification process, and the lacking of a formal op-

¹⁰⁴ Report of the Appellate Body of 12/10/1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 156 *et seq.*; Report of the Appellate Body of 29/04/1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 24.

¹⁰⁵ Report of the Appellate Body of 12/10/1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 166.

¹⁰⁶ Report of the Appellate Body of 29/04/1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 20.

¹⁰⁷ Report of the Appellate Body of 12/10/1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 166 *et seq.*

¹⁰⁸ Report of the Appellate Body of 12/10/1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 166 *et seq.*

portunity to be heard, or of procedures for the review of a decision, amounted to arbitrary or unjustifiable discrimination.¹⁰⁹

Hence the principles underlying the chapeau regulation are of paramount significance to the registration requirements imposed by REACH. The chapeau to Art. XX GATT requires that an appropriate balance is struck between the interests which one party seeks to protect, and the interests of the other party:

“On what constitutes discrimination under the chapeau of Article XX, the Panel further recalls the Appellate Body statement in *US – Shrimp* that ‘discrimination results not only when countries in which the same conditions prevail are differently treated, but also when the application of a measure at issue does not allow for any inquiry into the appropriateness of the regulatory programme for the conditions prevailing in those exporting countries.’”¹¹⁰

Accordingly, for the purpose of justifying a measure under the chapeau provision, both the WTO Panel and the Appellate Body require that mechanisms are put into place which guarantee that sufficient weight is given to the interests of other WTO Members. Insofar, the requirement of cooperation, or rather the genuine effort to arrive at a multilateral solution, must be viewed in the context of the *Shrimp* decision, the subject of which was an import prohibition. In the *Shrimp* case, the violation of the chapeau provision resulted from the fact that insufficient attempts were made to enter into international negotiations, which compared to an import prohibition would have been an equally suitable, but less severe, measure.

In contrast to the *Shrimp* case, which concerned an absolute import ban, the REACH registration requirements merely impose administrative obligations. Therefore the requirements regarding the appropriate balancing of interests tend to be lower than in the case of an import ban.

It is therefore pivotal, concretely which interests and circumstances are to be considered under the chapeau of Art. XX GATT in relation to a purely administrative process which effects a restriction of trade. In the first place, such interests and circumstances could conceivably include problems faced by developing countries in complying with the administrative obligations under REACH. Allowance could be made for the unique requirements of the developing countries by releasing them from the REACH obligation. But such a measure would not be suitable to effectively realise the aim pursued by REACH of providing a high level of protection. However, the possibility— and under the chapeau of Art. XX GATT seemingly the necessity — exists for the purpose of showing special consideration to the needs of developing countries, of rendering technical aid, either financially or in the form of administrative support regarding registration, and where appropriate by way of the Agency. Additionally, there is strong evidence to suggest that the requirements of the chapeau provision in Art. XX GATT, as interpreted by the Appellate Body, demand a widely transparent

¹⁰⁹ Report of the Appellate Body of 12/10/1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 178 *et seq.*

¹¹⁰ Report of the Panel of 01/12/003, *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WT/DS246/R, para. 7.227; Report of the Appellate Body of 12/10/1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp-Products*, WT/DS58/AB/R, para. 165.

system of registration, the right to be heard, and the right to judicial remedies for importers of articles from third countries.

Concludingly it can be shown that the inclusion under the REACH obligation of substances used in the production of articles from third countries can indeed be in compliance with the requirements of the chapeau of Art. XX GATT. However to this end it must be made possible under REACH to take the unique requirements and interests of third countries, meaning those of third country importers and manufacturers, into account.

III. Conclusions on GATT 1994

As a result, there are valid reasons to assume that a general REACH obligation to register articles containing non-product-related substances, and the corresponding manufacturing and import prohibition, is compatible with the provisions of the GATT. Even though a violation of Art. III:4 GATT is conceivable, it could be under certain conditions be justified under the general exceptions contained in Art. XX GATT.¹¹¹

F. Results and Conclusion

Within the context of this paper it has been demonstrated that the legitimacy of a general REACH obligation to register product-related substances in articles must be judged by the provisions of the TBT Agreement. In this regard there are valid grounds to hold that because the registering obligations apply without distinction, Art. 2.1. TBT Agreement would not be violated. In addition, no “unnecessary obstacles” to international trade within the meaning of Art. 2.2. TBT Agreement could be detected, which leads to the assumption that a general REACH obligation to register is admissible under Art. 2.2. TBT Agreement.

Furthermore, legal analysis has shown that a general REACH obligation to register articles in the production of which non-product-related substances were used, and the corresponding manufacturing and import prohibition, must be assessed under the provisions of the GATT. Here, it could be shown that a possible violation of the principle of non-discrimination in Art. III:4 GATT can under certain circumstances be justified under the general exception contained in Art. XX GATT. Thus there is strong evidence to suggest that a REACH obligation to register non-product-related substances, and the corresponding manufacturing and import prohibition, is compatible with the provisions of the GATT.

¹¹¹ Assenting in this regard also: *Der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen*, Umweltgutachten 2004, BT-Drucks. 15/3600, para. 1045 *et. seq.*, available on the Internet: <http://www.umweltrat.de/02gutach/downlo02/umweltg/UG_2004_lf.pdf> (visited on 11 July 2005); of different opinion regarding the REACH system: *National Foreign Trade Council*, Looking Behind the Curtain: The Growth of Trade Barriers that Ignore Sound Science, 94, available on the Internet: <<http://nftc.org/default.asp?Mode=DirectoryDisplay&cid=190>> (visited on 30 June 2005).

In conclusion there are valid reasons in favour of the admissibility under World Trade Law of the inclusion in the REACH registering obligation of substances from third countries, and the corresponding import prohibition.

SCHRIFTTUM/REFERENCES

- Appel*, Ivo, Präventionsstrategien im europäischen Chemikalienrecht und Welthandelsrecht, Zeitschrift für Umweltrecht 2003, 167-175.
- Europas Sorge um die Vorsorge – Zur Mitteilung der Europäischen Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2001, 395-398.
- Appleton*, Arthur Edmond, Environmental Labelling Programmes: International Trade Law Implications, London [u.a.] 1997.
- Berrisch*, Georg, Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT 1994), in: Berrisch, Georg/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), WTO-Handbuch, München 2003, 71-166.
- Bronckers*, Marco/*Charro*, Pablo, Reach Reviewed under WTO Law, Journal for European Environmental & Planning Law 2005, 184-194.
- Calliess*, Christian, Zur Maßstabswirkung des Vorsorgeprinzips im Recht – dargestellt am Beispiel der geplanten Reform des europäischen Chemikalienrechts durch das Weißbuch der EU-Kommission zur künftigen Chemikalienpolitik, Verwaltungsarchiv 94 (2003), 389-418.
- Calliess*, Christian/*Lais*, Martina, REACH revisited – Der Verordnungsvorschlag zur Reform des Chemikalienrechts als Beispiel einer neuen europäischen Vorsorgestrategie, Natur und Recht 2005, 290-299.
- Cameron*, James/*Abouchar*, Juli, The Status of the Precautionary Principle in International Law, in: Feestone, David/Hey, Ellen (Hrsg.), The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation, The Hague 1996, 29-52.
- Cheyne*, Ilona, Environmental Unilateralism and the WTO/GATT System, Georgia Journal of International and Comparative Law 24 (1995), 433-465.
- Choi*, Won-Mog, 'Like products' in International Trade Law: towards a consistent GATT/WTO Jurisprudence, Oxford [u.a.] 2003.
- Diem*, Andreas, Freihandel und Umweltschutz in GATT und WTO, Baden-Baden 1996.
- Desmedt*, Axel, Proportionality in WTO Law, Journal of International Economic Law 4 (2001), 441-480.
- Eggers*, Barbara, The Precautionary Principle in WTO Law, Hamburg 2001.
- Die Entscheidung des WTO Appellate Body im Hormonfall: Doch ein Recht auf Vorsorge?, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 9 (1998), 147-151.
- Epiney*, Astrid, Welthandel und Umwelt – Ein Beitrag zur Dogmatik der Art. III, IX, XX GATT, Deutsches Verwaltungsblatt 2000, 77-86.
- Epiney*, Astrid/*Scheyli*, Martin, Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts, Baden-Baden 1998.
- Erben*, Cosima, Das Vorsorgegebot im Völkerrecht, Berlin 2005.
- Fischer*, Daniel, Die Behandlung technischer Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, Heidelberg 2004.
- Fischer*, Kristian, Verbraucherschutz im Chemikalienrecht – Managementoptionen im Rahmen der geplanten REACH-Verordnung, Berlin 2005.

- Freytag, Elisabeth/Jakl, Thomas/Loibl, Gerhard/Wittmann, Michael* (Hrsg.), *The Role of Precaution in Chemicals Policy – The Precautionary Principle in Existing Law, The Rationality of Precaution, The Future of Precaution in Chemicals Policy*, Wien 2002.
- Gesser, Avi*, Canada's Environmental Choice Program: A Model for a "Trade-Friendly" Eco-Labeling Scheme, *Harvard International Law Journal* 39 (1998) 501-544.
- Hanson, Patricia Isela*, Transparency, Standards of Review, and the Use of Trade Measures to Protect the Global Environment, *Virginia Journal of International Law* 39 (1999), 1017-1068.
- Hendler, Reinhard/Marburger, Peter/Reinhardt, Michael/Schröder, Meinhard* (Hrsg.), *Das Europäische Weißbuch zur Chemikalienpolitik, Umwelt- und Technikrecht Band 68*, Berlin 2003.
- Hilf, Meinhard*, Freiheit des Welthandels contra Umweltschutz?, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2000, 481-491.
- Jackson, John H.*, Comments on Shrimp/Turtle and the Product/Process Distinction, *European Journal of International Law* 11 (2000), 303-307.
- Janson, Bernhard*, The Limits of Unilateralism from an European Perspective, *European Journal of International Law* 11 (2000), 309-313.
- Jennings, Sir Robert/Watts, Sir Arthur*, *Oppenheim's International Law, Vol. I/2-4, 9th Edition*, London 1992.
- Kern, Katharina*, Chemikalienrecht im Aufbruch – Zum REACH- Verordnungsentwurf der EG-Kommission vom 29.10.2003, *Zeitschrift für Umweltrecht* 2005, 68-75.
- Landwehr, Oliver*, Globalisierung, Freihandel und Gesundheitsschutz, (trade and health); die Zulässigkeit gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen im Lichte der Entscheidungen des EuGH und der GATT/WTO-Panels, Frankfurt am Main [u.a.] 2000.
- Makatsch, Tilman*, *Gesundheitsschutz im Recht der Welthandelsorganisation (WTO), Die WTO und das SPS-Übereinkommen im Lichte von Wissenschaftlichkeit, Verrechtlichung und Harmonisierung*, Berlin 2004.
- Marceau, Gabrielle/Trachtman, Joel P.*, GATT, TBT and SPS: A Map of WTO Law of Domestic Regulation of Goods, in: Ortino, Federico/Petersmann, Ernst-Ulrich (Hrsg.) *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, The Hague [u.a.] 2004, 275-340.
- Mavroidis, Petros C.*, Trade and Environment after the Shrimps-Turtles Litigation, *Journal of World Trade* 34 (No. 1, 2000), 73-88.
- Meng, Werner*, *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, Berlin [u.a.] 1994.
- Pauwelyn, Joost*, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge [u.a.] 2003.
- Puth, Sebastian*, *WTO und Umwelt: Die Produkt-Prozess-Doktrin*, Berlin 2003.
- Quick, Reinhard/Blüthner, Andreas*, Has the Appellate Bdy Erred?: An Appraisal and Criticism of the Ruling in the WTO Hormones Case, *Journal of International Economic Law* 2 (1999), 603-639.
- Read, Robert*, Like Products, Health & Environmental Exceptions : The Interpretation of PPMs in Recent WTO Trade Dispute Cases, *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy* 5 (2004), 123-146; erhältlich im Internet: <http://www.esteyjournal.com/j_pdfs/read5-2.pdf> (besucht am 30. Juni 2005).

- Rege*, Vinod, GATT law and environment-related issues affecting the trade of developing countries, *Journal of World Trade* 28 (No. 3, 1994), 95-169.
- Sander*, Gerald G., Internationaler und europäischer Gesundheitsschutz: Gesundheitsrecht in WHO, FAO/CAK, WTO und EU, unter besonderer Berücksichtigung des Lebensmittelrechts, Baden-Baden 2004.
- Schick*, Kai-Guido, Das Abkommen über technische Handelshemmnisse im Recht der WTO, St. Gallen 2004.
- Schoenbaum*, Thomas J., International Trade and the Protection of the Environment: the Continuing Search for Reconciliation, *American Journal of International Law* 91 (1997), 268-313.
- Sykes*, Alan O., Product Standards for Internationally Integrated Goods Markets, Washington 1995.
- Tietje*, Christian, Process Related Measures and Global Environmental Governance, in: Winter, Gerd (Hrsg.), Redesigning Institutions for Global Environmental Governance, Cambridge 2005 (im Erscheinen).
- Das Übereinkommen über Technische Handelshemmnisse, in: Berrisch, Georg/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), WTO-Handbuch, München 2003, 273-325.
 - Technische Zugangsschwernisse bei Waren, E 29, Stand: Januar 2000, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Krenzler, Host Günter (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band IV, Außenwirtschaftsrecht, Loseblatt-Kommentar, Stand: August 2002, München 2002.
 - Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung: eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Countertrade, Berlin 1998.
 - Voluntary Eco-Labeling Programmes and Questions of State Responsibility in the WTO/GATT Legal System, *Journal of World Trade* 29 (No. 5, 1995), 123-158.
- Trouwborst*, Arie, Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law, The Hague 2002.
- Verhoose*, Gaëtan, National Treatment and WTO Dispute Settlement: Adjudicating the Boundaries of Regulatory Autonomy, Oxford [u.a.] 2002.
- Warhurst*, Michael A., REACH, a New Approach to Chemicals Regulation in Europe: a Brief History, Key Features, and Expected Outcomes, *Journal for European Environmental & Planning Law* 2005, 164-172.
- Wha Chang*, Seung, GATTing a green trade barrier: eco-labelling and WTO Agreement on Technical Barriers to Trade, *Journal of World Trade* 31 (No. 1, 1997), 137-159.
- Weiber*, Birgit, Nationaler Umweltschutz und internationaler Warenverkehr, Baden-Baden 1997.
- Wiemer*, Frederik, Produktsicherheit und freier Warenverkehr in GATT/WTO: eine Untersuchung von SPS-, TBT-Abkommen und GATT 1994 unter vergleichender Berücksichtigung von Artt. 28, 30 EG, Frankfurt am Main [u.a.] 2001.
- Wiers*, Jochen, Trade and environment in the EC and the WTO: a legal analysis, Groningen 2002.

Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht
(bis Heft 13 erschienen unter dem Titel: Arbeitspapiere aus dem
Institut für Wirtschaftsrecht – ISSN 1619-5388)

ISSN 1612-1368

Bislang erschienene Hefte

- Heft 1 Wiebe-Katrin Boie, Der Handel mit Emissionsrechten in der EG/EU – Neue Rechtssetzungsinitiative der EG-Kommission, März 2002, ISBN 3-86010-639-2
- Heft 2 Susanne Rudisch, Die institutionelle Struktur der Welthandelsorganisation (WTO): Reformüberlegungen, April 2002, ISBN 3-86010-646-5
- Heft 3 Jost Delbrück, Das Staatsbild im Zeitalter wirtschaftsrechtlicher Globalisierung, Juli 2002, ISBN 3-86010-654-6
- Heft 4 Christian Tietje, Die historische Entwicklung der rechtlichen Disziplinierung technischer Handelshemmnisse im GATT 1947 und in der WTO-Rechtsordnung, August 2002, ISBN 3-86010-655-4
- Heft 5 Ludwig Gramlich, Das französische Asbestverbot vor der WTO, August 2002, ISBN 3-86010-653-8
- Heft 6 Sebastian Wolf, Regulative Maßnahmen zum Schutz vor gentechnisch veränderten Organismen und Welthandelsrecht, September 2002, ISBN 3-86010-658-9
- Heft 7 Bernhard Kluttig/Karsten Nowrot, Der „Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002“ – Implikationen für die Doha-Runde der WTO, September 2002, ISBN 3-86010-659-7
- Heft 8 Karsten Nowrot, Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz von Internet-Domains, Oktober 2002, ISBN 3-86010-664-3
- Heft 9 Martin Winkler, Der Treibhausgas-Emissionsrechtehandel im Umweltvölkerrecht, November 2002, ISBN 3-86010-665-1
- Heft 10 Christian Tietje, Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten, Januar 2003, ISBN 3-86010-671-6
- Heft 11 Gerhard Kraft/Manfred Jäger/Anja Dreiling, Abwehrmaßnahmen gegen feindliche Übernahmen im Spiegel rechtspolitischer Diskussion und ökonomischer Sinnhaftigkeit, Februar 2003, ISBN 3-86010-647-0
- Heft 12 Bernhard Kluttig, Welthandelsrecht und Umweltschutz – Kohärenz statt Konkurrenz, März 2003, ISBN 3-86010-680-5

- Heft 13 Gerhard Kraft, Das Corporate Governance-Leitbild des deutschen Unternehmenssteuerrechts: Bestandsaufnahme – Kritik – Reformbedarf, April 2003, ISBN 3-86010-682-1
- Heft 14 Karsten Nowrot/Yvonne Wardin, Liberalisierung der Wasserversorgung in der WTO-Rechtsordnung – Die Verwirklichung des Menschenrechts auf Wasser als Aufgabe einer transnationalen Verantwortungsgemeinschaft, Juni 2003, ISBN 3-86010-686-4
- Heft 15 Alexander Böhmer/Guido Glania, The Doha Development Round: Reintegrating Business Interests into the Agenda – WTO Negotiations from a German Industry Perspective, Juni 2003, ISBN 3-86010-687-2
- Heft 16 Dieter Schneider, „Freimütige, lustige und ernsthafte, jedoch vernunft- und gesetzmäßige Gedanken“ (Thomasius) über die Entwicklung der Lehre vom gerechten Preis und fair value, Juli 2003, ISBN 3-86010-696-1
- Heft 17 Andy Ruzik, Die Anwendung von Europarecht durch Schiedsgerichte, August 2003, ISBN 3-86010-697-X
- Heft 18 Michael Slonina, Gesundheitsschutz contra geistiges Eigentum? Aktuelle Probleme des TRIPS-Übereinkommens, August 2003, ISBN 3-86010-698-8
- Heft 19 Lorenz Schomerus, Die Uruguay-Runde: Erfahrungen eines Chef-Unterhändlers, September 2003, ISBN 3-86010-704-6
- Heft 20 Michael Slonina, Durchbruch im Spannungsverhältnis TRIPS and Health: Die WTO-Entscheidung zu Exporten unter Zwangslizenzen, September 2003, ISBN 3-86010-705-4
- Heft 21 Karsten Nowrot, Die UN-Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights – Gelungener Beitrag zur transnationalen Rechtsverwirklichung oder das Ende des Global Compact?, September 2003, ISBN 3-86010-706-2
- Heft 22 Gerhard Kraft/Ronald Krenzel, Economic Analysis of Tax Law – Current and Past Research Investigated from a German Tax Perspective, Oktober 2003, ISBN 3-86010-715-1
- Heft 23 Ingeborg Fogt Bergby, Grundlagen und aktuelle Entwicklungen im Streitbeilegungsrecht nach dem Energiechartavertrag aus norwegischer Perspektive, November 2003, ISBN 3-86010-719-4
- Heft 24 Lilian Habermann/Holger Pietzsch, Individualrechtsschutz im EG-Antidumpingrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, Februar 2004, ISBN 3-86010-722-4
- Heft 25 Matthias Hornberg, Corporate Governance: The Combined Code 1998 as a Standard for Directors' Duties, März 2004, ISBN 3-86010-724-0

- Heft 26 Christian Tietje, Current Developments under the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures as an Example for the Functional Unity of Domestic and International Trade Law, März 2004, ISBN 3-86010-726-7
- Heft 27 Henning Jessen, Zollpräferenzen für Entwicklungsländer: WTO-rechtliche Anforderungen an Selektivität und Konditionalität – Die GSP-Entscheidung des WTO Panel und Appellate Body, Mai 2004, ISBN 3-86010-730-5
- Heft 28 Tillmann Rudolf Braun, Investment Protection under WTO Law – New Developments in the Aftermath of Cancún, Mai 2004, ISBN 3-86010-731-3
- Heft 29 Juliane Thieme, Latente Steuern – Der Einfluss internationaler Bilanzierungsvorschriften auf die Rechnungslegung in Deutschland, Juni 2004, ISBN 3-86010-733-X
- Heft 30 Bernhard Kluttig, Die Klagebefugnis Privater gegen EU-Rechtsakte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes: Und die Hoffnung stirbt zuletzt..., September 2004, ISBN 3-86010-746-1
- Heft 31 Ulrich Immenga, Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus, Oktober 2004, ISBN 3-86010-748-8
- Heft 32 Horst G. Krenzler, Die Uruguay Runde aus Sicht der Europäischen Union, Oktober 2004, ISBN 3-86010-749-6
- Heft 33 Karsten Nowrot, Global Governance and International Law, November 2004, ISBN 3-86010-750-X
- Heft 34 Ulrich Beyer/Carsten Oehme/Friederike Karmrodt, Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf die Verfahrensgarantien im Unionsrecht, November 2004, ISBN 3-86010-755-0
- Heft 35 Frank Rieger/Johannes Jester/ Michael Sturm, Das Europäische Kartellverfahren: Rechte und Stellung der Beteiligten nach Inkrafttreten der VO 1/03, Dezember 2004, ISBN 3-86010-764-X
- Heft 36 Kay Wissenbach, Systemwechsel im europäischen Kartellrecht: Dezentralisierte Rechtsanwendung in transnationalen Wettbewerbsbeziehungen durch die VO 1/03, Februar 2005, ISBN 3-86010-766-6
- Heft 37 Christian Tietje, Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz, Februar 2005, ISBN 3-86010-770-4
- Heft 38 Matthias Bickel, Die Argentinien-Krise aus ökonomischer Sicht: Herausforderungen an Finanzsystem und Kapitalmarkt, März 2005, ISBN 3-86010-772-0

- Heft 39 Nicole Steinat, *Comply or Explain – Die Akzeptanz von Corporate Governance Kodizes in Deutschland und Großbritannien*, April 2005, ISBN 3-86010-774-7
- Heft 40 Karoline Robra, *Welthandelsrechtliche Aspekte der internationalen Besteuerung aus europäischer Perspektive*, Mai 2005, ISBN 3-86010-782-8
- Heft 41 Jan Bron, *Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der EG*, Juli 2005, ISBN 3-86010-791-7
- Heft 42 Christian Tietje/Sebastian Wolf, *REACH Registration of Imported Substances – Compatibility with WTO Rules*, July 2005, ISBN 3-86010-793-3