



CETA's disbalans tussen handel en duurzaamheid

Position paper voor de deskundigenbijeenkomst in de Eerste Kamer over CETA, 19 mei 2020

Dr. Wybe Th. Douma, EU Legal – Centre for European and International Law

Inleiding

Moderne handelsverdragen vormen een uitgelezen kans om welvaart en welzijn in de EU en in de landen waarmee we deze verdragen afsluiten te vergroten. Via handelsverdragen duurzaamheid bevorderen maakt ook deel uit van in de EU verdragen neergelegde **verplichtingen**.¹ De EU streeft er al decennia naar een balans tussen economische, milieu en sociale aspecten te bewerkstelligen via haar handelsbeleid. In deze bijdrage wordt gezien of die balans is bewerkstelligd in het huidige CETA verdrag.

Investerder-staat geschillenbeslechting

Overheden mogen maatregelen in het algemeen belang nemen onder CETA. Als ze daardoor schade leiden kunnen investeerders zich momenteel in principe alleen tot de nationale rechters wenden.² CETA omvat het Investment Court System ICS, dat een op bepaalde punten verbeterde versie vormt van investeerder-staat geschillenbeslechting (ISDS). Maar CETA's ICS komt **niet in de plaats van ISDS "oude stijl"**. Maar liefst 21 van de 27 EU lidstaten hebben géén investeringsverdrag inclusief ISDS met Canada. De mogelijkheid om schadeclaims te eisen van overheden wordt dus **fors uitgebreid** door CETA, ten koste van de nationale rechtsgang en het nationale recht.

Formeel hebben buitenlandse bedrijven weliswaar de **keuze** hebben om niet voor ICS maar voor de nationale rechtsgang te kiezen. Reguliere rechters kennen echter lang niet zulke hoge schadevergoedingen toe als ICS arbiters. Dus zullen bedrijven **voor ICS kiezen**.³ Canadese bedrijven zijn uiterst bedreven in het indienen van dit soort claims: ze staan op de **zesde plaats van de wereldranglijst ISDS-claims**.⁴ De stelling dat CETA de **kans op schadeclaims** van investeerders tegen Nederlandse overheden niet vergroot (zie nrs. 1.4 en 136 Memorie van Antwoord, MvA) lijkt ongegrond. Canadese bedrijven krijgen via ICS immers

¹ Artt. 3(5) en 21 VEU en artt. 9, 11 en 207(1) VWEU.

² Als ze geen of een hun ogen een te lage schadevergoeding krijgen aangeboden. Nederlandse rechters zijn restrictief in het toekennen van schadevergoedingen of nadeelcompensatie, zo blijkt bijvoorbeeld uit HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888 (pelsdierenhouders) en RvSt 27 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE9265 (kokkelvissers).

³ In HvJEU Advies 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, punten 290-291 wordt onderstreept dat de nationale rechtsgang voor investeerders een "louter mogelijkheid" betreft, omdat deze immers kunnen besluiten om het "geschil aan een arbitrageprocedure te onderwerpen, zonder dat deze lidstaat zich daartegen kan verzetten".

⁴ UNCTAD, *Fact sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018, 2019*, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d4_en.pdf.

een **extra mogelijkheid** om dergelijke claims in te dienen, en de kans om hogere vergoedingen toegewezen te krijgen dan Nederlandse rechters geneigd zijn toe te kennen.

Twee derde meerderheid

Het overdragen van de bevoegdheid om claims af te handelen aan een internationale instantie behoeft de **instemming van lidstaten**, zo stelde het Europese Hof van Justitie vast in advies 2/15.⁵ Het **Duitse Constitutionele Hof** oordeelde onlangs dat daarvoor een twee derde parlementaire meerderheid nodig is.⁶ De Nederlandse Grondwet draagt de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen, en daarmee ook over schadevergoedingen, aan de Nederlandse rechterlijke macht op. De twee derde meerderheidseis geldt daarom evenzeer voor het Nederlandse parlement. De opvatting dat art. 112 lid 1 Grondwet niet op de overdracht aan internationale gerechten van toepassing zou zijn (nr. 145 MvA) wordt **niet gesteund door de tekst van deze bepaling**. Tevens zou dit tot de conclusie leiden dat er grote delen van de Nederlandse burgerlijke rechtsmacht aan internationale gerechten zouden kunnen worden overgedragen zonder dat een twee derde meerderheid van de Kamers hiermee zou moeten instemmen.

Regulatory chill-effect

De wetgever of vergunningverlener kan onder dreiging van ICS schadeclaims besluiten **af te zien van de maatregel**. Dat wordt het *regulatory chill* effect genoemd. Het bracht Nieuw-Zeeland er toe te wachten met het aannemen van een wet om roken te ontmoedigen.⁷ Hamburg zag af van een aantal milieu-eisen ten aanzien van een kolencentrale,⁸ en Frankrijk zwakte een wet inzake energiewinning drastisch af.⁹ Dergelijke ervaringen en een reeks studies die verschillende soorten van *regulatory chill* effecten beschrijven¹⁰ staan tegenover het Leidse onderzoek waarin het bestaan van een *regulatory chill* effect wordt ontkend (MvA nrs. 160 en 175).

Daar komt bij dat het *regulatory chill* effect de reden voor Canada was om in het nieuwe USMCA handelsverdrag met de Verenigde Staten en Mexico **af te zien van een ISDS regeling**. De Canadese Minister van Buitenlandse Zaken Chrystia Freeland verklaarde hierover: door het verwijderen van ISDS “hebben we het **recht om overheidsmaatregelen in het publieke belang te nemen versterkt**, om de **volksgezondheid en het milieu te**

⁵ Advies 2/15, ECLI:EU:C:2107:376, punt 292.

⁶ Bundesverfassungsgericht 13 maart 2020, 2 BvR 739/17, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200213.2bvr073917. Zie Press Release no. 20/2020, Act of Approval to the Agreement on a Unified Patent Court is void, 20 maart 2020, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-020.html>.

⁷ Kelsey 2017.

⁸ Vattenfall v Germany (I), ICSID Case No. ARB/09/6. Hamburg bleek vervolgens de EU Habitatsrichtlijn te hebben overtreden ten aanzien van de kolencentrale waar het om ging, aldus HvJEU 26 april 2017, ECLI:EU:C:2017:301.

⁹ *Blocking climate change laws with ISDS threats: Vermilion v France*, http://10idsstories.org/cases/case5/#_edn6.

¹⁰ Van Harten/Scott 2016, Van Harten/Kelsey/Schneidermann 2019 en Tienhaara 2018. Laatstgenoemde auteur omschrijft het openstellen van ISDS in handelsverdragen als “akin to handing your opponent extra weapons and ammunition before stepping onto the battlefield” (p. 250). In Nederland is het te vergelijken met het vergunningverlening voor diverse nieuwe kolencentrales waardoor het behalen van klimaatdoelen wordt bemoeilijkt.

beschermen".¹¹ Daarmee is vraag 150 (waarom wilde Canada geen ISDS meer in 'NAFTA 2.0'?) dus deels toch te beantwoorden. Het laat ook zien dat de stelling dat **CETA de beleidsruimte van overheden niet beperkt** (nr. 1.4 MvA) niet houdbaar is.

Toen er tijdens de CETA onderhandelingen uit een openbare raadpleging volgde dat de meeste mensen tegen ISDS waren, was het antwoord van de Europese Commissie dat het eindresultaat diende te worden afgewacht.¹² Dat ligt nu voor, maar een plan B zou er niet zijn aldus Commissaris Hogan op 12 mei jl. In andere EU handelsverdragen is er in verband met Advies 2/15 echter voor gekozen een **apart investeringsverdrag** te introduceren. En in relatie met Canada kan alsnog voor **afzien van ICS** worden gekozen.

Vorzorgsbeginsel

Commissaris Hogan gaf aan dat CETA in overeenstemming is met het voorzorgsbeginsel van de EU en met de relevante WTO regels, en tekende aan dat het beginsel in de EU Verdragen verankerd is (idem nr. 71 MvA). In CETA is de toepassing van het beginsel **beperkt** tot milieu, arbeid, en sanitaire en fytosanitaire (SPS) aangelegenheden, terwijl in de EU het voorzorgsbeginsel een **veel bredere** toepassing heeft. In tijden van COVID-19 is het essentieel die bredere EU reikwijdte te volgen, die met name de volksgezondheid omvat. Zoals premier Rutte al zei wordt momenteel met 50 procent van de kennis 100 procent van de COVID-19 besluiten genomen; het gaat dus om voorzorgsmaatregelen.

Wat SPS betreft gelden de WTO regels, zo staat in CETA. Die regels **staan in de praktijk aan EU voorzorgsmaatregelen in de weg**, zo bleek onder meer in de door Canada en de VS tegen de EU aangespannen **Hormonen-zaak**. In **alle gevallen** waarin WTO leden een beroep deden op het voorzorgsbeginsel ter rechtvaardiging van handelsbeperkende maatregelen werd tot nu toe door WTO rechters geoordeeld dat deze **niet gerechtvaardigd** waren.¹³

Het Europese Hof stelt **minder strenge eisen** aan voorzorgsmaatregelen, zoals het verbod op hormoonvlees. In de EU is het beginsel dus **breder toepasbaar** en staat het **eerder** voorzorgsmaatregelen toe dan CETA en de WTO-regels doen.¹⁴ Het Gemeenschappelijke Uitleggingsinstrument en de eenzijdige verklaring van de Commissie verhelpen dit niet: ze geven de EU **niet meer beleidsruimte**.

Ook het feit dat het voorzorgsbeginsel **in de EU Verdragen staat** helpt niet. Het beginsel stond daar ook al in toen Canada en de VS de WTO Hormoonvlees-zaak aanspannen, toch **verloren** we die zaak.

In de praktijk is mede dankzij een Canadees WOB-verzoek al gebleken dat er in CETA comités wordt gesproken over EU standaarden inzake residuen van pesticiden op landbouwproducten. De Commissie heeft na Canadese kritiek **voorstellen tot verlaging van EU standaarden** gedaan. Volgens het Europees Parlement waren die in strijd met het voorzorgsbeginsel (vergelijk nr. 77 MvA).¹⁵ Als er uit dergelijke vergaderingen waar slechts **zeer beperkte informatie** over naar buiten komt wordt ingestemd met het verzoeken tot het

¹¹ United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA) press conference, Ottawa, 1 oktober 2018, <https://pm.gc.ca/en/news/speeches/2018/10/01/prime-minister-trudeau-and-minister-freeland-speaking-notes-united-states>.

¹² Commissie 2015.

¹³ Douma 2019.

¹⁴ Onafhankelijke commissie, 2017. Dit rapport aan de Franse premier stelt dat de EU de Europese versie van het voorzorgsbeginsel sterker had moeten verankeren, omdat CETA hogere eisen stelt aan het niveau van wetenschappelijk bewijs dat geleverd moet worden door de partij die voorzorgsmaatregelen wil nemen.

¹⁵ Zie verder Douma 2016; P.T. Stoll e.a 2016 en foodwatch 2020.

initiëren van lagere EU standaarden dan komt dat wel degelijk neer op een **neerwaartse invloed van CETA op EU beschermingsniveaus** (vgl. nr. 1.2 MvA).

Afdwingbaarheid van duurzaamheidsbepalingen

De partijen bij CETA beloven milieuverdragen en ILO verdragen te zullen nakomen, om naar hoge beschermingsniveaus te streven en normen niet te verlagen om handel en investeringen te stimuleren. De bepalingen zijn vaak boterzacht geformuleerd waardoor ze **moeilijk handhaafbaar** zijn. Omdat ze deel uitmaken van CETA zijn ze **formeel bindend**, dat klopt. De stelling (nrs. 83, 94 en 100 MvA) dat CETA voorziet in een geschillenbeslechtsmechanisme om deze bindende afspraken over handel en duurzame ontwikkeling **“af te dwingen”**, verhuult dat er ten aanzien van een partij die zich niet aan de afspraken houdt **alleen maar niet bindende aanbevelingen** kunnen worden gedaan (art. 23.10 en 24.15 CETA). De mogelijkheid om **sancties** in te stellen ontbreekt. **Van afdwingbaarheid in juridische zin is dan ook geen sprake.**

De stelling dat niet bewezen is dat **sancties de kans op naleving vergroten** (nr. 88 MvA) staat in schril contrast met het **ontbreken van bewijs dat de door de EU gevolgde dialoogmethode wél werkt**.¹⁶ Uit evaluaties van duurzaamheidshoofdstukken in andere EU handelsverdragen blijkt voorts nog dat deze **‘hun volledig potentieel nog moeten ontplooiën’**.¹⁷

Nederlands-Franse initiatief

Bieden de in de Nederlands-Franse non-paper geschetste plannen uitkomst wat betreft de gesignaleerde bezwaren tegen CETA? Voorgesteld wordt om partijen die zich aan de milieuen arbeidsverplichtingen houden te belonen door **tarieven stapsgewijs te verlagen**. Daarnaast zou bij **niet-nakoming** van de verplichtingen **tariefreducties weer teruggedraaid** moeten kunnen worden. Dat zou voor **juridische afdwingbaarheid** en een **betere balans** zorgen. Betere opvolging van klachten en een *Chief Trade Enforcer* kunnen ook verbeteringen met zich meebrengen.

Ook het systeem van **Trade Sustainability Impact Assessments (SIA)** verdient verbetering. In de CETA assessment werd bijvoorbeeld aangegeven dat er van een ISDS mechanisme kon worden afgezien. De Commissie kwam in strijd met haar eigen regels pas met een reactie op die aanbeveling toen de onderhandelingen al waren afgerond.¹⁸

Commissaris Hogan verwelkomde het initiatief en gaf aan ze te zullen **meenemen** bij inspanningen om de handhaving van handelsovereenkomsten te verbeteren. Tegelijkertijd heeft de Commissie in een eigen non-paper benadrukt **géén sancties op niet-nakoming van duurzaamheidsbepalingen te willen overwegen**.¹⁹

De huidige Canadese regering lijkt bereid om uitvoering te geven aan sommige van de gemaakte duurzaamheidsafspraken, maar bij een nieuwe regering kan dat weer anders liggen. Waar het om andere landen gaat is naleving nog veel meer een uitdaging. Het Nederlands-Franse initiatief verhelpt dat probleem niet, zolang er náást aansporingen uiteindelijk niet **ook in sancties** wordt voorzien bij niet-nakoming.

¹⁶ Zie ook Bronckers en Gruni 2019.

¹⁷ Europese Commissie 2017.

¹⁸ Douma 2018.

¹⁹ Commission services, 2018. Er zou geen consensus over het gebruik van sancties zijn (p. 2). Een duidelijke gebrek aan consensus weerhield de Commissie er eerder niet van om toch vast te houden aan een vorm van Investor-State Dispute Settlement in CETA.

Slotopmerkingen

De handels- en investeringsbepalingen van CETA zijn **afdwingbaar** via sancties en schadevergoedingen, maar de duurzaamheidshoofdstukken inzake milieu- en arbeid zijn dat **niet**. De **implementatie** van laatstgenoemde hoofdstukken laat in de praktijk **veel te wensen over**. Verder wordt de Europese versie van het **voorzorgsbeginsel** wel degelijk **ingeperkt** door CETA. Bovendien biedt CETA de mogelijkheid dat er via het Investment Court System (ICS) door Nederland schadevergoedingen moeten worden betaald aan Canadese investeerders als hun belangen in het geding komen, bijvoorbeeld door het invoeren van strengere milieuwetgeving. Die mogelijkheid bestaat momenteel niet.

In een situatie waarin landen de grootste moeite hebben om de **doelstellingen van het Verdrag van Parijs** te behalen is het ook **contraproductief** om via het ICS hindernissen op te werpen die de energietransitie kunnen bemoeilijken. Het recht om wet- en regelgeving aan te nemen (*the right to regulate*) komt in de praktijk zo toch onder druk te staan.

Samenvattend: de **balans** tussen economische, sociale en milieuaspecten van handel **ontbreekt** in CETA. Het verdrag kan in de huidige vorm, ook niet als de voorgestelde Nederlands-Franse verbeteringen worden doorgevoerd, verzekeren dat die balans bereikt wordt. Alle plechtige verklaringen ten spijt vormen milieu en werknemersbelangen nog steeds **'niet-handelsbelangen'** (*non-trade concerns* zoals VNO-NCW ook onderstreept)²⁰ die op het tweede plan komen.

Juist met Canada zijn afspraken mogelijk die duurzaamheid beter garanderen en waar geen aparte rechtsgang voor arbiters wordt geschapen, zo blijkt uit het **USMCA**. Dat voorbeeld laat ook zien het mogelijk is **wijzigingen aan te brengen in een al ondertekend verdrag**. Toen het congres in de VS beter handhaafbare duurzaamheidsbepalingen eiste en de rug recht hield werd daarover binnen een jaar overeenstemming bereikt. Het verbeterde verdrag zal op 1 juli in werking treden tussen de VS, Mexico en Canada.

De EU onderhandelt momenteel met landen die zich **veel minder gelegen laten liggen aan kwesties als klimaatverandering, milieu- en werknemersbescherming**, bijvoorbeeld over het **EU-Mercosur** verdrag. Het idee dat CETA een **blauwdruk** of **gouden standaard** (nr. 228 MvA) zou vormen voor handelsverdragen met dergelijke landen dient, om de hierboven beargumenteerde redenen, **ten stelligste te worden afgewezen**.

²⁰ VNO-NCW / MKB-Nederland 2020.

Bronnen

Bronckers M.C.E.J. & G. Gruni 2019, *Taking the Enforcement of Labour Standards in the EU's Free Trade Agreements Seriously*, Common Market Law Review 56(6): 1591-1622

Commissie 2015, *Verslag Online openbare raadpleging over investeringsbescherming en geschillenbeslechting tussen investeerders en staten (ISDS) i.h.k.v. TTIP*, SWD(2015) 3, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153314.pdf.

Commissie 2017, *Verslag over de uitvoering van vrijhandelsovereenkomsten 1 januari 2016 – 31 december 2016*, COM(2017)654, <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/NL/COM-2017-654-F1-NL-MAIN-PART-1.PDF>

Commission services 2018, *Feedback and way forward on improving the implementation and enforcement of Trade and Sustainable Development chapters in EU Free Trade Agreements*, 26 februari 2018, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156618.pdf

Douma, W.Th. 2016, *Sustainability and precautionary aspects of CETA dissected*, ELNI Review, nr. 2, p. 58-63, https://www.elni.org/fileadmin/elni/dokumente/Archiv/2016/Heft_2/elni2016-2-Douma.pdf

Douma, W.Th. 2018, *Gouden standaard of 'greenwashing'? CETA en het bevorderen van duurzaamheid en milieubescherming via EU handelsverdragen*, Milieu en Recht 2018/64, vol. 45, nr. 6, pp. 362-376

Douma, W.Th. 2019, *The limits to precaution in international trade law: from WTO law to EU trade agreements*, in: 'Managing facts and feelings in environmental governance' (L. Squintani a.o., eds.), p. 163-200

foodwatch en Council of Canadians 2020, *The potential dangers of CETA committees on Europe*, https://www.foodwatch.org/fileadmin/-NL/Potential_dangers_of_ceta_committees_on_Europe.pdf

Hogan, P. 2020, *Opening statement at CETA hearing in the Dutch Senat*

Kelsey J. 2017, *Regulatory chill: learnings from New Zealand's plain packaging tobacco law*, QUT Law Review Volume 17 (2), p. 21-45

Onafhankelijke commissie 2017, *L'impact de l'Accord Économique et Commercial Global entre l'Union européenne et le Canada (AECG/CETA) sur l'environnement, le climat et la santé*

Stoll, P.T. e.a. 2016, *CETA, TTIP and the precautionary principle. Legal analysis of selected parts of the draft CETA agreement and the EU TTIP proposals*, www.foodwatch.org/fileadmin/foodwatch.nl/Onze_campagnes/Politiek_en_Lobby/Images/CETA/CETA_TTIP_precautionary_principle_study_EN.pdf, foodwatch

Tienhaara, K. 2018, *Regulatory chill in a warming world: the threat to climate change policy posed by investor-state dispute settlement*, Transnational Environmental Law, 7:2, p. 229-250

Van Harten, G., J. Kelsey en D. Schneidermann 2019, *Phase 2 of the UNCITRAL ISDS review: why 'other matters' really matter*, All Papers, 328, https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/all_papers/328

VNO-NCW / MKB-Nederland 2020, *Position paper over CETA*, Deskundigenbijeenkomst Eerste Kamer