



Deskundigenbijeenkomst in de 1^e Kamer over de ratificatie van CETA

19 mei 2020

Prof. Dr. Marco Bronckers

Ik heb de vragen in het Voorlopig Verslag en de MvA met veel belangstelling gelezen. Daarin zie ik waardevolle perspectieven voor een Nederlandse inbreng in de uitvoering van CETA, en in de EU-handelspolitiek meer in het algemeen. Maar ik zie onvoldoende grond voor een tegenstem tegen ratificatie. Dat licht ik toe met enkele stellingen:

1. Het Nederlandse Parlement kan enkel goedkeuring aan CETA onthouden in verband met de bepalingen over de bescherming van indirecte investeringen, en de arbitrageregeling voor investeringsgeschillen.

D66 vroeg of Nederland goedkeuring aan CETA kan weigeren om redenen die vallen onder de exclusieve bevoegdheid van de EU (vraag 15). Daarop antwoordde de regering bevestigend:

Het kabinet erkent dat EU-lidstaten gebonden blijven aan hun EU-rechtelijke verplichtingen, waaronder de bevoegdheidsverdeling en het beginsel van loyale samenwerking. Het loutere gegeven dat een lidstaat een veto uitspreekt op grond van weerstand tegen onderdelen die onder de exclusieve bevoegdheid van de EU vallen, is volgens het kabinet echter onvoldoende om te concluderen dat er als zodanig reeds sprake is van strijd met het Unierecht. Dat zou het bijzondere karakter van de autonome betrokkenheid van de lidstaten en hun parlementen bij de goedkeuring van gemengde verdragen miskennen.

Daarbij dient ook opgemerkt te worden dat de conclusie van AG Sharpston een niet-bindend advies aan het EU-Hof betreft. Het EU-Hof heeft zich tot op heden - in zijn Advies 2/15 en in andere uitspraken - niet uitgelaten over de situatie dat een lidstaat een verdrag niet ratificeert vanwege onderdelen die onder de exclusieve bevoegdheden van de EU vallen.

Dit antwoord is naar mijn stellige overtuiging onjuist en onwenselijk.

Het is onjuist, want het doet onrecht aan de bevoegdheidsverdeling in het Verdrag (Art. 3.1 TEU, jo. 2.2 TEU). Het verhindert dat de EU effectief internationaal kan acteren. En het doet tekort aan de democratische controle die al is uitgeoefend. Daartegen heb ik met zo'n 60 andere academici drie jaar geleden al gewaarschuwd, als antwoord op Paul Magnette's rechtvaardiging van het Waalse veto tegen CETA.¹

Een andere vraag van D66 laat zien, waartoe een brede, hernieuwde controle door nationale en regionale parlementen kan leiden. Zie vraag 16, over de bescherming van de geografische aanduiding van Parmaham, waarover Italiaanse belanghebbenden nu nog steeds hun

¹ Bronckers et al., Trading Together Declaration, www.trading-together-declaration.org (2017).

ongenoegen blijven uiten – en ratificatie van CETA door Italië tegenhouden. Het is niet goed dat zulke speciale belangen in één Lidstaat een verdrag kunnen blokkeren waarover overeenstemming werd bereikt in de EU.

Over zulke zorgen moet gesproken worden tijdens de uitvoerige consultaties tijdens de verdragsonderhandelingen. Daarover moet de Raad, bij gekwalificeerde meerderheid, beslissen wanneer het aankomt op afsluiting van een verdrag; daarbij handelen de nationale ministers onder toezicht van hun nationale parlementen. Die zorgen kunnen nog een keer aan de orde worden gesteld in het Europese Parlement. Democratische controle wordt dus op verschillende manieren en niveaus geborgd. En dan moet er een einde komen aan dat overleg, en de bijbehorende politieke afwegingen. Anders wordt de effectiviteit van de gemeenschappelijke handelspolitiek om zeep geholpen. Als loyale Lidstaat is Nederland gehouden die effectiviteit juist te waarborgen (Art. 4.3 TEU).

Een verdere, dubbele controle door Lidstaten (inclusief nationale en regionale parlementen) op een EU-handelsverdrag is bovendien onwenselijk omdat het misbruik in de hand werkt. Daarmee wordt de ‘pasticus’-theorie weer tot leven gewekt. In de oude tijd stopten Lidstaten een druppeltje ‘pasticus’ (een klein onderwerp dat niet onder de exclusieve bevoegdheid van de Unie viel) in het onderhandelingsmandaat aan de Commissie voor de onderhandeling van een handelsverdrag. Daarmee werd aan dat hele verdrag exclusiviteit ontnomen. Op die manier zorgde de Lidstaat er voor dat het later, niet alleen bij het overleg in de Raad maar ook nog een keer aan het einde, over dat verdrag zijn zegje kon blijven doen. Dit gesjoemel moet Nederland niet aanmoedigen door CETA nu nog eens volledig de maat te nemen.

Nog een laatste overweging: mocht er ooit een handelsovereenkomst met het VK komen, is het dan in het Nederlands belang dat elk nationaal en regionaal parlement in de EU zich nog eens over de volle breedte over dat verdrag kan uitspreken?

2. ICS niet afbreken, maar complementeren

De MvA legt uit dat het onwaarschijnlijk is dat Canadese investeerders in Nederland het ICS-mechanisme kunnen misbruiken. Dat is ook de opvatting van deskundigen die investeringsrechtspraak op de voet volgen, zoals mijn collega Prof. Freya Baetens die de 1^e Kamer bij deze gelegenheid eveneens hoort.²

Wel heb ik sympathie voor de kritische vragen van CDA en GroenLinks over deze bijzondere vorm van rechtsbescherming voor slechts één categorie van particulieren (i.e., investeerders) die belang hebben bij correcte naleving van dit verdrag.³ Waarom kunnen anderen (zoals exporteurs, vakbonden, milieu-organisaties) niet op een meer directe wijze hun beklag doen over inbreuken op andere onderdelen van CETA?

² Verwezen zij naar haar positiepaper voor de 1e Kamer dd. 15 mei 2020.

³ Bijv. vragen 112, 113 en 117.

Ik heb dat verschil in behandeling in mijn publicaties en voordrachten bekritiseerd,⁴ en zal dat blijven doen. Maar dat is absoluut geen reden om nu aan CETA ratificatie te onthouden. Het onderhandelen en ratificeren van verdragen kost jaren; ze zijn in zekere zin een product van hun tijd. Met een geestverwant als Canada kan constructief verder gesproken worden over aanvullingen of verbeteringen van zo'n verdrag. Inderdaad, het is beter een redelijk verdrag te verbeteren, dan weer vanaf 'ground zero' opnieuw te moeten beginnen.

Gelukkig is er nu een debat op gang gekomen over grotere betrokkenheid van particuliere belanghebbenden bij het toezicht op de uitvoering van verdragen. We moeten een duidelijke visie in de EU ontwikkelen hoe dat het beste kan. Ik zou het toejuichen als Nederland daarin een voortrekkersrol gaat spelen. Het recente Nederlands-Franse plan voor betere implementatie van de duurzaamheidsbepalingen in EU-handelsverdragen wijst in die richting. Ik kom daar nog over te spreken.

In de tussentijd moeten we niet bescherming van bepaalde particulieren (zoals investeerders) afbreken. En we moeten ons ook in de positie van onze handelspartners verplaatsen. Bij ons is de rechtsgang goed geregeld, en in Canada ook. In die verhouding zitten weinig of geen zorgen. Maar laten we niet de ogen sluiten voor wat er elders in de EU gebeurt. Het is legitiem dat een handelspartner als Canada haar investeerders indien nodig tegen mogelijke uitwassen in sommige EU-Lidstaten wil beschermen. Wij hebben als Nederland bij de verbetering van de rechtsstaat elders in de EU nog huiswerk te doen.

Kortom, indien Nederland CETA uit onvrede met ICS afschiet getuigt dat niet van realiteitszin.

3. *Het toezicht op de duurzaamheidsbepalingen van CETA*

Over dit hoofdstuk van CETA zijn behoorlijk wat kritische vragen gesteld. Er is daarbij ook verwezen naar voorstellen die ik recent met een co-auteur heb ontwikkeld om dat toezicht binnen de EU te verbeteren.⁵ Eén van onze voorstellen is om particuliere belanghebbenden (zoals sociale partners) hetzelfde klachtrecht bij de Europese Commissie te geven als de industrie nu al heeft waar het andere verdragsdelen betreft. De antwoorden van de regering vind ik niet altijd overtuigend.

Heel in het kort:

- Op dit particuliere klachtrecht gaat de regering niet in
- De regering verwijst naar de zgn. Domestic Advisory Groups, waarin sociale partners en maatschappelijke groeperingen zitting hebben; die zouden al veel kunnen met

⁴ Bronckers, Is Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Superior to Litigation before Domestic Courts? An EU View on Bilateral Trade Agreements, in 18 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 655-677 (Issue 3, 2015).

⁵ Bronckers & Gruni, Taking the Enforcement of Labour Standards in the EU's Free Trade Agreements Seriously, 56 COMMON MARKET LAW REVIEW (NO. 6, 2019).

hun adviesrecht volgens de regering,⁶ zonder zich enige rekenschap te geven van de teleurstellende ervaringen in de afgelopen jaren⁷

- De regering beperkt zich tot een vage verwijzing naar een nieuw gestroomlijnd 'notificatiemechanisme',⁸ dat nog zou moeten worden uitgewerkt om het maatschappelijk middenveld een belangrijkere rol te laten spelen bij het toezicht op de implementatie van duurzaamheidsafspraken (maar waarom een nieuw wiel uitvinden, en niet gebruik maken van bestaand instrumentarium?)
- En wat sancties betreft volstaat de regering met de curieuze opmerking dat sancties niet aantoonbaar een effectiever middel zijn voor betere handhaving.⁹ Natuurlijk garandeert de voortdurende afwezigheid van sancties ook geen betere handhaving dan we tot nog toe hebben gezien!

Dit is een debat dat zich nu moet gaan ontwikkelen. Eindelijk, zou ik bijna zeggen. Het Europees Parlement dringt hier al langer op aan, maar de Europese Commissie ging het lang uit de weg. Lidstaten leken ook niet echt betrokken. Het Nederlands-Franse voorstel, eenmaal gepubliceerd, zou daarvoor een goed platform kunnen bieden.

Maar dat debat is absoluut geen reden om nu tegen CETA te stemmen. Nogmaals, het duurzaamheidshoofdstuk valt onder de exclusieve bevoegdheid van de EU, zoals het Europese Hof uitmaakte ten aanzien van vergelijkbare bepalingen in het handelsverdrag met Singapore. Kritiek hierop in een Lidstaat is ongeldig als rechtvaardiging voor een tegenstem tegen ratificatie. Kritiek hierop is wel zeer nuttig als aanzet tot (i) hervorming van het EU-beleid terzake, en (ii) verbetering van bestaande en nieuwe verdragen die de EU hierover wil sluiten.

Mag ik er in dat verband aan herinneren dat Canada vóór de invoering van financiële sancties was bij overtredingen van de duurzaamheidsbepalingen in CETA. Die kwamen er uiteindelijk niet door tegenstand van de EU!¹⁰ Laten we dus ook eens de hand in eigen boezem steken bij alle kritiek op CETA. En vertrouwen hebben dat wanneer we een duidelijk en beter beleid hebben ontwikkeld in de EU, er met geestverwanten als Canada zeker over verbeteringen van een verdrag kan worden gesproken.

4. *Nederlands Parlement: blijf CETA actief volgen*

Uit nogal wat vragen van de 1^e Kamer spreekt wantrouwen over wat er allemaal zou kunnen worden besloten in het zgn. Gemengde Comité, en in de subcommissies die in CETA werden opgericht. De regering legt mijns inziens overtuigend uit dat er voldoende waarborgen zijn dat de EU-vertegenwoordigers in dit Comité en in deze commissies geen formeel bindende

⁶ Antwoord op vraag 89.

⁷ Zie bijv. Bronckers & Gruni (2019), p. 1598.

⁸ Antwoord op vraag 91.

⁹ Antwoord op vraag 94.

¹⁰ Bronckers & Gruni (2019), op p. 1617.

beslissingen en interpretaties kunnen worden aangenomen zonder terugkoppeling bij de Raad, en dus de Lidstaten.¹¹ Dat is van belang.

Maar deze commissies nemen niet alleen formeel bindende beslissingen. Ze komen ook tot werkafspraken, en raken het eens over interpretaties van verdragsafspraken die niet geformaliseerd worden, bijv. wanneer ze oplossingen bereiken van geschillen ter voorkoming van procedures.¹² Daar moet Nederland goed inzicht in houden. Daarvan geeft de MvA nog geen blijk, wanneer de regering volstaat met een verwijzing naar vrij nietszeggende besprekingsverslagen die terug te vinden zijn op de web site van de Europese Commissie.¹³ Hier ligt een belangrijke verantwoordelijkheid voor het Parlement. Zorg dat de Nederlandse overheid inzicht krijgt en houdt in de toepassingspraktijk van CETA.

Voor alle duidelijkheid: ik geef hiermee geen kritiek op de verdragsstructuur van CETA. Ik geef hiermee een aanbeveling voor een Nederlandse inbreng in de uitvoeringspraktijk.

5. Onderschat de WTO-crisis niet

De regering geeft uitstekend aan dat CETA een belangrijk anker vormt voor Europa in de wereld.¹⁴ CETA is een signaal dat er nog wel degelijk ruimte is voor handel en andere samenwerking die op regels is gebaseerd. Dat vertrouwen kunnen we helaas niet meer ontlenen aan de WTO, nu zowel de VS als China zich hiervan afwenden.¹⁵ Gelukkig dat de EU een bilateraal netwerk met gelijkgestemde landen opbouwt.

Zou Nederland tegen ratificatie van CETA stemmen dan verzwakt dat de EU. Canada zal dit niet goed kunnen plaatsen. Andere landen zullen zich afvragen met wie de EU nog wel een verdrag kan afsluiten indien dat zelfs niet met geestverwant Canada kan. We creëren dan ook geen veiligheidsnet nu de WTO afbrokkelt. Nogmaals, het is beter een redelijk verdrag te verbeteren, dan weer van voren af aan te moeten beginnen. Afbreken schept geen vertrouwen voor de toekomst.

Eerder gaf ik als mijn mening dat CETA afschieten omwille van het ICS-mechanisme niet van realiteitszin zou getuigen. Vanuit internationaal perspectief voeg ik daar aan toe: het zou onverantwoordelijk zijn.

Brussel, 15 mei 2020

Prof. Dr. Marco Bronckers

Leiden University; Member of the Brussels Bar

+32 475 275530

www.marcobronckers.net

¹¹ Bijv. antwoord op vraag 191.

¹² Bijv. antwoord op vraag 197.

¹³ Antwoorden op vraag 220 en 221. Vgl. antwoord op vraag 185 (verwijzend naar een democratisch controleerbaar proces; dat vereist wel inzicht in het besprokene).

¹⁴ Bijv. antwoord op vraag 228.

¹⁵ Bronckers, Handelsconflicten – waar moet dat heen met de WTO?, Themanummer ARS AEQUI (te verschijnen in juli 2020).