



## CETA, het Investment Court System en de autonomie van de EU

*Position paper* ten behoeve van de Deskundigenbijeenkomst, Eerste Kamer, 19 mei 2020

**Prof. Ramses A. Wessel**, Hoogleraar Europees Recht, Rijksuniversiteit Groningen  
(<http://ramseswessel.eu>)

1. **De bevoegdheid voor het sluiten van handelsakkoorden is door de lidstaten in handen van de EU gelegd. Gelet op de inhoud is CETA dan ook eerst en vooral een overeenkomst tussen Canada en de EU.** Grotendeels om politieke redenen<sup>1</sup> – maar uiteindelijk ook in overeenstemming met de visie van het Hof van Justitie van de EU in het latere Advies 2/15 (over het handelsakkoord met Singapore) – is uiteindelijk gekozen voor een gemengd akkoord (‘mixed agreement’) waarbij ook de EU-lidstaten partij worden en er parlementaire goedkeuring nodig is alvorens Nederland over kan gaan tot ratificatie. **Gesteld kan worden dat de nationale parlementen hun huidige betrokkenheid bij dit dossier te danken hebben aan de toevoeging van de investeringsbeschermingsbepalingen in CETA.** Hoewel door deze constructie nationale parlementen hun goedkeuring geven aan het gehele verdrag (dat geen expliciet onderscheid maakt tussen onderwerpen die onder de bevoegdheid van de EU of de lidstaten vallen), **zou onthouding van goedkeuring naar aanleiding van onderwerpen die onder de exclusieve bevoegdheid van de EU vallen in strijd zijn met het beginsel van de toekenning van bevoegdheden.** De Unie zou dan immers niet dat kunnen doen waartoe zij door diezelfde lidstaten is gemachtigd.<sup>2</sup> Het is interessant te constateren dat een groot gedeelte van het parlementaire debat in Nederland onderwerpen betreft die niet binnen de bevoegdheden van de lidstaten vallen. Dit debat is goed om publiekelijk meer inzicht te krijgen in de daadwerkelijke inhoud van CETA, maar zou niet mogen leiden tot onthouding van goedkeuring op oneigenlijke gronden.

2. Net als vrijwel alle handels- en investeringsverdragen, voorziet CETA in een **geschillenbeslechtingsmechanisme waar investeerders met klachten jegens de gaststaat terecht kunnen.** De reden voor dergelijke mechanismen komt voort uit de wens om investeerders een onafhankelijke rechtsgang te bieden zodat zij niet afhankelijk zijn van het betreffende nationale rechtssysteem. Investor-State Dispute Settlement (ISDS) constructies bestaan al sinds het einde van de jaren 60 en zijn vooral sinds de 90-er jaren gebruikelijk. Er is in de literatuur een verschil

---

<sup>1</sup> Zie destijds EU Commissaris Walström: “From a strict legal standpoint, the Commission considers this agreement to fall within exclusive EU competence. However, the political situation in the Council is clear, and we understand the need for proposing it as a ‘mixed’ agreement, in order to allow for a speedy signature.” Commission – Press release “European Commission proposes signature and conclusion of EU-Canada trade deal”, <[europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2371\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2371_en.htm)>

<sup>2</sup> Het antwoord van de minister op vraag 15 in de Memorie van Antwoord lijkt dan ook op zijn minst onvolledig (“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”).

van mening over nut en noodzaak van ISDS, vooral waar het gaat om akkoorden tussen gelijkgestemde landen.

3. Na vele lange discussies is in CETA gekozen voor een nieuw systeem ter vervanging van de gebruikelijke Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in internationale investeringsverdragen (IIAs). **CETA voorziet in arbitrage via een permanent Investment Court System (ICS), dat in de ogen van o.a. de EU de basis zou kunnen vormen voor een toekomstig Multilateral Investment Court (MIC).** Een MIC zou op termijn de bilaterale ICSs zoals die bestaan in CETA, maar ook in de overeenkomsten met Mexico, Singapore, en Vietnam (en naar verwachting Nieuw-Zeeland, Australië en de Mercosur-landen), kunnen vervangen. Internationale discussies over een MIC vinden sinds 2017 plaats in Working Group III van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). In Resoluties (bv. 8 juli 2015 en [5 juli 2016](#)) toonde het Europees Parlement zich een voorstander van deze weg van ISDS, via ICS naar MIC. Kenmerkend voor het ICS in CETA is het permanente karakter van het tribunaal, **bedoeld om een alternatief te vinden voor de ISDS procedures, waarvan wel gesteld wordt dat ze complex, niet transparant en onvoorspelbaar zijn en waarbinnen veelal geen beroepsmogelijkheid bestaat.**

4. ‘Autonomie’ is een kernwoord in deze hele discussie. **De EU-rechtsorde (en dus de EU als zodanig) staat of valt met een uniforme interpretatie van de afgesproken regels en beginselen, waaronder belangrijkste constitutionele en fundamentele rechten.** In het verleden was een mogelijke aantasting van deze uitgangspunten reden voor het Hof om ‘nee’ te zeggen tegen voorgestelde deelname van de EU en haar lidstaten aan externe geschillenbeslechtingssystemen, zoals in het geval van het Octrooihof (Advies 1/09) of de toetreding tot het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (Advies 2/13). **Uiteindelijk gaat het in de huidige context bij ‘autonomie’ om de vraag of het ICS de EU (en haar instellingen) beperkt om binnen het eigen EU constitutionele kader te blijven handelen.**

5. In Advies 1/17, geïnitieerd door België, kwam het Hof van Justitie van de EU met antwoorden op de vraag of het ICS in overeenstemming is met het Europees recht. Gelet op de traditie in de bovengenoemde zaken en de strikte criteria die het Hof hanteert, was de verwachting dat dit moeilijk zou worden. Echter, **het Hof gaf in uitgebreide overwegingen weer waarom het ICS geen problemen oplevert vanuit het gezichtspunt van het Europees recht en waar een geschillenbeslechtingssysteem aan moet voldoen, zoals:**

- **in overeenstemming zijn met het constitutionele kader en de beginselen van de EU, inclusief de fundamentele rechten;**
- het recht van lidstaten om te reguleren moet overeind blijven, inclusief **de bescherming van publieke belangen** (‘the right to regulate’, dus geen verplichting om wet- en regelgeving te wijzigen of in te trekken);
- **het besluiten over geldigheid en interpretatie van EU-recht blijft exclusief in handen van het Hof van de EU;** natuurlijk zal het ICS geconfronteerd worden met vragen van EU-recht, maar het past waar nodig het EU-recht slechts toe “als een feitelijk gegeven”; de aan het Gerecht verleende bevoegdheid tot uitlegging en toepassing is beperkt tot de bepalingen van CETA. Art.

8.31 CETA somt op hoe het ICS zich alleen beperkt tot interpretatie van dat verdrag;<sup>3</sup> toegegeven: het vertrouwen van het Europese Hof in het ICS op dit punt is groot;

- onderdeel van het voorgaande punt is dat **de EU zelf blijft gaan over de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en de lidstaten**, en dus over de vraag wie de ‘verweerder’ is bij geschillen met de EU en de lidstaten (Art. 8.21 CETA);

- **het ICS vormt geen bedreiging voor de autonomie van de EU om te reguleren** (‘regulatory autonomy’); ook hier vertrouwt het Hof dat het ICS binnen zijn eigen bevoegdheden blijft op basis van de aangegeven waarborgen;

- **CETA kent geen ‘rechtstreekse werking’**, kan dus niet door investeerders worden ingeroepen voor de nationale rechter, en er is dus ook geen mogelijkheid voor prejudiciële vragen (geen buitenwerkingstelling van nationale rechters); er is daarom geen sprake van een parallel systeem, maar van een alternatieve rechtsgang die zich buiten die van de EU en de lidstaten bevindt en de werking van Art. 19 VEU (over rechtsbescherming) niet in de weg staat.

6. Gevaar voor aantasting van het bovengenoemde **‘right to regulate’** wordt in de literatuur wel als een aandachtspunt gezien. In andere ISDS-zaken ging het vaak over duurzaamheids- en milieuvraagstukken, waarin investeerders te maken kregen met eisen die hun investeringen in de weg stonden. Ook dreiging met claims kan overheden voorzichtig maken op het terrein van bijvoorbeeld nieuwe milieuwetgeving (‘regulatory chill’). In Artikel 8.9(1) CETA bevestigen de EU en Canada “hun recht op hun respectieve grondgebied regelgeving vast te stellen ter verwezenlijking van legitieme beleidsdoelstellingen, zoals **bescherming van de volksgezondheid, de veiligheid, het milieu of de openbare zeden, sociale of consumentenbescherming, of bevordering en bescherming van de culturele verscheidenheid.**”<sup>4</sup> De rest van dit artikel onderstreept dat deze publieke maatregelen negatieve effecten op buitenlandse investeringen kunnen en mogen hebben, wat er op neer komt dat Canadese investeerders in Nederland opereren conform het Nederlandse (en Europese) recht. CETA beoogt met deze bepalingen de angst voor hoge claims weg te nemen (die overigens in het verleden tegen Nederland in andere ISDS-situaties niet zijn voorgekomen). Voor het Hof van Justitie van de EU heeft was dat Advies 1/17 aanleiding om te constateren “dat de beoordelingsbevoegdheid van het Gerecht en van de Beroepsinstantie van de CETA niet zo ver gaat dat zij kunnen afdoen aan het door de Unie na een democratisch proces vastgestelde niveau van bescherming van een openbaar belang.” (par. 156)

---

<sup>3</sup> Zie bv. Art 8.31(2): “Het Gerecht is niet bevoegd de wettigheid van een maatregel waarvan wordt gesteld dat hij een schending van deze overeenkomst vormt, te toetsen aan de interne wetgeving van een partij bij de overeenkomst. Voor alle duidelijkheid: bij de beoordeling of een maatregel in overeenstemming met deze overeenkomst is, kan het Gerecht in voorkomend geval de interne wetgeving van een partij bij de overeenkomst als een feitelijk gegeven in aanmerking nemen. Daarbij volgt het Gerecht de heersende uitlegging van de interne wetgeving door de rechterlijke instanties of de autoriteiten van die partij bij de overeenkomst, en de rechterlijke instanties of de autoriteiten van die partij bij de overeenkomst zijn niet gebonden aan de uitlegging die het Gerecht aan de interne wetgeving geeft.”

<sup>4</sup> Zie ook het Gemeenschappelijk uitleggingsinstrument, de aan het verdrag gehechte verklaring: “De CETA doet geen afbreuk aan het vermogen van de Europese Unie en haar lidstaten en Canada om hun eigen wet- en regelgeving ter regulering van de economische activiteit in het algemeen belang vast te stellen en ten uitvoer te leggen, of om legitieme doelen van het overheidsbeleid te verwezenlijken, zoals de bescherming en de bevordering van de volksgezondheid, sociale diensten, openbaar onderwijs, veiligheid, het milieu, openbare zeden, sociale of consumentenbescherming, bescherming van de persoonlijke levenssfeer en van gegevens en de bevordering en bescherming van culturele diversiteit” (nr. 2)

7. **Het onthouden van parlementaire goedkeuring zal impliceren dat Nederland CETA niet zal kunnen ratificeren.** Op het moment dat dit definitief is, zal Nederland dit moeten mededelen aan de EU, en zal dit uiteindelijk tot gevolg hebben dat CETA na jaren van overleg en onderhandeling niet in werking zal kunnen treden en dat er een einde komt aan de voorlopige toepassing, met alle gevolgen voor bedrijven die de afgelopen twee jaar op basis van de nieuwe regels handelsactiviteiten hebben verricht. **Het negeren van de bevoegdheden en de daarop gebaseerde visie van het Europees Parlement over zaken die de EU als geheel aangaan, is een ernstige aantasting van het democratisch systeem zoals dat binnen de EU is vormgegeven.**<sup>5</sup> Andere juridische schade zal bestaan uit het moeten vinden van een nieuwe oplossing die tegemoetkomt aan de bezwaren. De meest voor de hand liggende juridische oplossing is een splitsing van CETA zoals dat ook is gedaan met de handelsovereenkomst met Singapore. **CETA zou dan, zonder de investeringsbeschermingsregeling, gesloten worden als ‘EU-only’ akkoord onder handhaving van de huidige tekst.** Een separaat verdrag zal de huidige bepalingen ten aanzien van het ICS kunnen bevatten. Alleen voor dat laatste ‘gemengde akkoord’ zou goedkeuring door het Nederlandse parlement weer aan de orde zijn.

8. **Conclusie.** De vraag die voorligt is niet of het ICS in CETA een zinvolle toevoeging zou zijn. Het ICS *is* onderdeel van CETA en is dat geworden na jarenlange discussies en afwegingen van alternatieven. Vanuit de onzekerheden die altijd bestaan rond de wijze waarop een nieuw tribunaal in de praktijk zal gaan functioneren is een zekere alertheid begrijpelijk. Tegelijkertijd is duidelijk dat in CETA alles gedaan is om aan bestaande en bekende bezwaren tegemoet te komen en gaat het om duidelijke verbeteringen ten opzichte van de traditionele vormen van ISDS (die in eerste instantie ook waren voorzien voor CETA). Het Hof van Justitie van de Europese Unie staat bekend om een zeer strenge toets waar het gaat om deelname van de EU aan externe geschillenbeslechtingmechanismen, vooral waar het gaat om de rechtsbescherming van Europese burgers. **In Advies 1/17 heeft het Hof het ICS onder een vergrootglas gelegd en geconstateerd dat aan alle fundamentele eisen is voldaan. CETA zelf, inclusief het ICS, is met betrokkenheid en instemming van het (rechtstreeks gekozen) Europees Parlement aangenomen. Er is voor het Nederlandse Parlement geen bijzondere reden om van deze beoordelingen af te wijken.**

---

<sup>5</sup> De vraag hoe democratisch het is wanneer een internationaal verdrag, dat betrekking heeft op een internationale organisatie en 28 landen, en dat grotendeels gaat over onderwerpen die buiten de bevoegdheidssfeer van EU-lidstaten vallen, geblokkeerd wordt vanwege het niet ontbreken van steun in één van de nationale parlementen, blijft hier buiten beschouwing.