

Deskundigenbijeenkomst CETA

Eerste Kamer – Dinsdag 19 mei 2020

Positiepaper van Prof. dr. Freya Baetens (Universiteit Oslo / Leiden)

Dit Positiepaper gaat in op negen zorgpunten inzake CETA, zoals vaak geformuleerd in publieke debatten, met een specifieke focus op het investeringshoofdstuk. Het is deels gebaseerd op de studie uitgevoerd in opdracht van de Nederlandse overheid door Tietje, C. & Baetens, F., 'The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership' .¹

Zorgpunt 1: Worden Europese standaarden losgelaten (bv. inzake hormonenvlees) en kunnen er problemen ontstaan voor de Nederlandse agrarische sector?

- Het CETA investeringshoofdstuk (hoofdstuk 8) legt geen verplichting op om Europese standaarden los te laten in welke sector dan ook.
 - o CETA focust op nieuwe maatregelen die genomen worden door overheden na de inwerkingtreding van CETA – niet op bestaande regelgeving (tenzij deze op discriminerende, disproportionele of problematische wijze zou worden toegepast)
 - o CETA benadrukt herhaaldelijk de noodzaak van een goede milieubescherming - zie bijvoorbeeld:
 - Art. 8.4 (2) 'For greater certainty, the following are consistent with paragraph 1: [...] (d) a measure seeking to ensure the conservation and protection of natural resources and the environment, including a limitation on the availability, number and scope of concessions granted, and the imposition of a moratorium or ban'
 - Art. 8.9 'For the purpose of this Chapter, the Parties reaffirm their right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment or public morals, social or consumer protection or the promotion and protection of cultural diversity.'
 - o Overheden (op alle niveaus) mogen reguleren in het publieke belang, zoals ze dat wensen.
 - Onder het huidige systeem, zijn al meer dan 90% van de zaken niet tegen regulering gericht, maar tegen de implementatie van regulering. Dat gaat met CETA niet veranderen.
 - Wat CETA wel doet, is de overheid verplichten om regulering op transparante, niet-discriminerende, etc. wijze aan te nemen. Het gaat dus niet zozeer om wat de overheid doet, maar hoe het gedaan wordt (bv. geef bedrijven tijd om zich voor te bereiden op ingrijpende veranderingen; consulteer belangengroepen, etc.).
 - o Ter info:
 - Bestaande investeringsverdragen bevatten meestal niets over duurzaamheid – CETA is dus een teken van vooruitgang in dit opzicht.
 - In 1998, verloor de EU een zaak voor de 'Dispute Settlement Body' van de Wereldhandelsorganisatie (WTO) (aangespannen door Canada, de VS en Argentinië) maar (1) dit valt onder WTO-recht en heeft niets met CETA te maken, en (2) de partijen hebben

¹ MINBUZA-2014.78850, zie: https://www.senate.nl/9370000/1/j4nvgs5kjj27kof_j9vkvfj6b325az/vjn8fj4hhtzc .

in 2014 een vergelijk gesloten wat betreft hormonenvlees – niemand heeft er belang bij om hierop terug te komen.

- CETA (hoofdstuk 7) voorziet in verhoogde transparantie en consultatie wat betreft subsidies in de agrarische en visserijsector, maar gaat wat betreft subsidies niet verder dan de regelgeving in de WTO-overeenkomsten. Dit zou dus voor de agrarische sector geen problemen mogen opleveren.
- CETA verwijdert douanetarieven en verhoogt quota's zodat Europese landbouwproducten makkelijker kunnen worden uitgevoerd naar Canada; CETA beschermt ook 153 Europese geografische indicaties (bv. Gouda-kaas).

Zorgpunt 2: Is er een 'noodremprocedure' ingeval er problemen ontstaan?

- CETA voorziet in continu overleg, dus problemen (of uiteenlopende meningen wat betreft de correcte interpretatie van het verdrag) worden op doorlopende basis besproken via het CETA Joint Committee, waarin vertegenwoordigers van de verdragspartijen zetelen.
 - o De agenda van CETA Joint Committee vergaderingen wordt op voorhand bekendgemaakt en achteraf wordt een rapport gepubliceerd.²
 - o De Europese Commissie organiseert ook laagdrempelige 'stakeholder meetings' waarin problemen gesignaleerd kunnen worden.
- Indien dit onvoldoende zou blijken, voorziet CETA ook in verschillende geschillenbeslechtsmechanismes (hoofdstuk 29): overleg ('consultation'), bemiddeling ('mediation') en arbitrage tussen verdragspartijen.
 - o Indien het probleem dringend is, is er een spoedeisende procedure mogelijk.
 - o Indien de andere partij de uitspraak niet zou naleven, dan zijn er bijkomende maatregelen mogelijk om naleving ('compliance') af te dwingen.
- Het is ook mogelijk om CETA aan te passen, op te schorten, of te beëindigen.

Zorgpunt 3: Hoeveel geschillen zijn er al gebracht onder CETA? Hoeveel geschillen kunnen we in de toekomst verwachten?

- Er zijn in de afgelopen twee jaar geen investeringszaken aangespannen want het ICS is nog niet in werking getreden. Er zijn ook geen zaken aangespannen tussen de verdragspartijen. Ter vergelijking:
 - o Onder het bestaande ISDS-mechanisme, heeft geen enkel West-Europees land ooit een ISDS-zaak verloren; tegen Nederland, Frankrijk, Luxemburg en het Verenigd Koninkrijk is zelfs nog nooit een dergelijke zaak aangespannen.³
 - o Eén bedrijf (Uniper) heeft om consultaties met Nederland verzocht om tot een minnelijke schikking te komen in het kader van het Energiehandvest. Na drie maanden van consultatie, had

² Zie: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1811>.

³ Er is 1 zaak tegen België aangespannen (door een Chinese investeerder, Ping An) maar deze zaak is door België gewonnen; er zijn 2 zaken tegen Duitsland aangespannen (allebei door hetzelfde Zweedse bedrijf, Vattenfall) waarbij er in de 1^{ste} zaak een minnelijke schikking is getroffen, in de 2^e zaak is er nog geen uitspraak.

dit bedrijf een zaak mogen aanspannen, maar het heeft ervoor gekozen om dit niet te doen en verder te onderhandelen.

- Investeerders beseffen dat de nationale rechtbanken in de meeste Europese landen onpartijdig en onafhankelijk oordelen; verschillende internationale studies (o.m. van de Europese Commissie) tonen aan dat dit echter niet in alle EU-landen het geval is (er zijn bv. grote problemen in rechtbanken in Polen, Roemenië en Bulgarije).
- Men mag zich niet blindstaren op de mogelijkheid voor investeerders om een zaak aan te spannen: bedrijven kunnen eventueel wel een claim indienen, maar dat wil uiteraard niet zeggen dat ze ook gelijk krijgen. Schadevergoeding wordt enkel toegekend indien een overheid haar verdragsverplichtingen schendt – en zelfs dan meestal veel minder dan wat er geëist is.
- Ter vergelijking:
 - Onder het huidige ISDS system, worden meer dan 60% van de zaken door de staat gewonnen (door de nadruk op het publieke belang in CETA, zal dat percentage wellicht nog hoger zijn), en zelfs wanneer de investeerder wint, krijgt die meestal slechts een fractie van de gevraagde schadevergoeding.
 - Onder een nationaal rechtssysteem kunnen bedrijven ook een claim indienen tegen de staat - en een (onafhankelijke) nationale rechter kan ook schadevergoeding toekennen.

Zorgpunt 4: In hoeverre kunnen zienswijzen van maatschappelijke organisaties in de ICS-procedure meewegen via de weg van *amici curiae* en Domestic Advisory Groups (DAGs)?

- De *amici curiae* weg biedt NGOs, vakbonden, industrie-federaties en andere lobbygroepen een goede mogelijkheid om hun stem te laten horen, vooral als zij argumenten hebben die noch door de staat, noch door de investeerder ingeroepen zijn. Echter, er zijn ook nadelen aan verbonden:
 - uiteindelijk is het de staat (en niet bv. een vakbond) die de verschillende belangen moet afwegen en bepaalt wat het ‘publiek belang’ is;
 - uiteindelijk is het de investeerder die bepaalt wat voor dat bedrijf het belangrijkste is (en niet bv. een industrie-federatie);
 - *amicus curiae* tussenkomsten zorgen ervoor dat de zaken langer duren en duurder worden: als er bv. vijf *amici curiae* zijn, die elk een document van 20 pagina’s indienen (100 p. in totaal), waarna de investeerder en de Staat daarop reageren (ook elk 100 p.), dan moet het tribunaal die 300 pagina’s lezen, eventueel verdere vragen stellen en tot een oordeel komen. Het is onduidelijk wie hiervoor de kosten zal dragen (de partijen? de *amici curiae* zelf?).
- Het is nu al mogelijk om als *amicus curiae* tussen te komen in een investeerder-Staat procedure - en dat gebeurt ook regelmatig. Het grootste probleem is dat veel dergelijke tussenkomsten meer van een politieke of ideologische, eerder dan juridische, aard zijn. Momenteel filtert een tribunaal in samenspraak met de partijen (Staat en investeerder) welke *amicus curiae* bijdragen nuttig zijn.
 - Bv. in de *Philip Morris tegen Uruguay* zaak, hechtte het tribunaal veel belang aan de *amicus curiae* bijdrage van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) omdat die organisatie nuttige informatie had over rookgedrag en dat vormde een cruciale bijdrage aan het uiteindelijke arbitragevonnis (waarbij de Staat over de hele lijn gelijk kreeg).

- Zodra het gehele CETA investeringshoofdstuk in werking is getreden, kunnen derde partijen (in overeenstemming met de UNCITRAL Transparency Rules)⁴ informatie inzake het verloop van de procedure verkrijgen, hoorzittingen bijwonen en een *amicus curiae* brief indienen waarin ze hun eigen positie uitleggen.
- Sommige NGOs, vakbonden en industrie-federaties zouden graag zelf internationale zaken kunnen aanspannen tegen Staten en/of investeerders, maar dat is onder CETA niet mogelijk. Om een internationale zaak te kunnen beginnen, moet je internationale rechten hebben (bv. investeerders hebben rechten onder investeringsverdragen; individuen hebben rechten onder mensenrechtenverdragen, etc.) en dat hebben deze lobbygroepen momenteel niet.
 - o Ze kunnen uiteraard wel zaken aanspannen tegen buitenlandse investeerders en Staten onder het nationale recht en voor een nationale rechtbank.
 - o De CETA Domestic Advisory Groups (DAGs) bestaan uit maatschappelijke organisaties die een gebalanceerde vertegenwoordiging vormen van economische, sociale en milieu-organisaties, inclusief werknemers- en werkgeversorganisaties. Binnen dit kader kunnen maatschappelijke organisaties hun opinies uiten en niet-bindende aanbevelingen indienen.

Zorgpunt 5: Voldoet CETA aan de Europese duurzaamheidsstandaarden (ook in het licht van de ILO-protocollen) en hoe verloopt geschillenbeslechting in deze context?

- CETA bevat drie hoofdstukken die speciaal gericht zijn op het beschermen van duurzaamheid:
 - o hoofdstuk 22 aangaande handel en duurzaamheid
 - o hoofdstuk 23 aangaande handel en arbeid
 - o hoofdstuk 24 aangaande handel en milieu
- CETA legt als dusdanig geen nieuwe duurzaamheidsstandaarden op: de verdragspartijen behouden het recht om dit voor zichzelf te bepalen ('right to regulate'). Binnen het kader van de Europese regelgeving, kan Nederland dus zelf bepalen welke duurzaamheidsstandaarden gevolgd moeten worden.
- Elke partij verbindt er zich toe om de fundamentele ILO-protocollen die zij respectievelijk geratificeerd hebben, effectief te implementeren, voortdurende en aanhoudende inspanning te leveren om de andere ILO-protocollen te ratificeren en informatie uit te wisselen over hun respectieve situaties en vorderingen m.b.t. de bekrachtiging van fundamentele, prioritaire en andere ILO-verdragen. (Artikel 23.3).
- Wat betreft geschillenbeslechting:
 - o De verplichtingen onder hoofdstuk 23 en 24 kunnen het onderwerp vormen van consultaties (Artikel 23.9 en Artikel 24.14) en kunnen worden afgedwongen via een procedure voor een panel van experts (Artikel 23.10 en Artikel 24.15). Het is echter niet helemaal duidelijk hoe dit zal werken in de praktijk, bv. alleen Staten kunnen onder dit hoofdstuk een klacht indienen tegen andere Staten – maar wat zou hun motivatie zijn om dit te doen?

⁴ Zie: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>.

- Buiten de context van een concreet geschil, zullen de partijen bovendien op regelmatige basis bijeenkomen om o.m. de implementatie van dit hoofdstuk, beleidsontwikkelingen in de lidstaten en opinies van stakeholders te bespreken.
- Bovendien kan het Comité voor Handel en Duurzame Ontwikkeling niet-bindende aanbevelingen doen aan het CETA Joint Committee om bepalingen uit dit hoofdstuk te amenderen.

Zorgpunt 6: kunnen investeerders met succes vergoeding claimen voor geleden schade als gevolg van een wijziging van nationaal beleid? Hoe groot is de kans op ‘regulatory chill’?

- Wanneer we kijken naar de praktijk van de voorbije 50 jaar, dan is het duidelijk dat minder dan 10% van alle zaken ooit aangespannen werden tegen wetgeving – en vrijwel al dergelijke zaken werden gewonnen door de Staat in kwestie. Het risico op schadevergoeding te moeten betalen wegens beleidswijzigingen is dus verwaarloosbaar klein.
- Investeerders spannen wel zaken aan tegen de uitvoering van wetgeving: wanneer hen bv. een vergunning of concessie beloofd was en zij deze door een individuele beschikking op lokaal niveau niet krijgen; of wanneer een Staat discrimineert tegen buitenlandse ondernemingen.
- Het bestaan van ‘regulatory chill’ (waarbij Staten geen nieuwe wetgeving aannemen uit angst voor arbitragezaken) is nog nooit op wetenschappelijk onderbouwde wijze aangetoond: er doen wel anekdotes de ronde dat Staten de uitkomst van een bepaalde zaak tegen een ander land hebben afgewacht vooraleer zelf gelijkaardige wetwijzigingen door te voeren. Dit is echter niet specifiek voor investeringsrecht.
 - Bv. toen het Europees Mensenrechtenhof een aantal zaken i.v.m. de invulling van het begrip ‘een eerlijk proces’ behandelde, wachtten verschillende Staten het vonnis af vooraleer hun lokale procesrecht aan te passen. Dit is geen nadelig ‘chilling effect’, dit is gewoon goed bestuur: leren uit de fouten van andere landen om zelf betere wetgeving te ontwerpen.

Zorgpunt 7: Is CETA een standaard-verdrag en wat gebeurt er indien Nederland niet zou ratificeren?

- CETA is op 21 september 2017 voorlopig in werking getreden (bv. de bepalingen inzake handel in goederen en diensten, intellectuele eigendomsrechten, etc.) met uitzondering van de bepalingen aangaande investeringsbescherming, markttoegang voor portfolio-investeringen en het investeringsgeschillen-beslechtsmechanisme (ICS).
- Alle lidstaten (inclusief Nederland) moeten het verdrag ratificeren via de nationale parlementen opdat het gehele verdrag formeel in werking kan treden. Indien een lidstaat dit niet zou doen, dan blijft CETA (minus bovenvermelde bepalingen) op voorlopige basis in werking.
 - Indien Nederland (of een andere lidstaat), zou weigeren te ratificeren, dan zou men kunnen overwegen om het investeringshoofdstuk uit CETA weg te laten, of, te beperken tot directe investeringen (wat onder de exclusieve bevoegdheid van de EU valt, waardoor geen ratificatie van EU-lidstaten meer vereist is). De andere CETA-hoofdstukken kunnen dan formeel in werking treden en (indirecte) investeringen blijven geregeld door de huidige bilaterale verdragen, waarvan elk EU-land apart de inhoud kan blijven bepalen.

- In dat geval, is het waarschijnlijk dat een gelijkaardige aanpassing zal uitgevoerd worden aan de andere EU-vrijhandelsverdragen die nog moeten geratificeerd worden (Singapore, Korea en Vietnam). De individuele bilaterale investeringsakkoorden blijven dan bestaan.
- De EU heeft CETA naar voren geschoven als een model voor toekomstige EU verdragen, vergelijkbaar met de Nederlandse Modeltekst Investeringsakkoorden van 2018.⁵
 - Of dit een succesvol model zal zijn, is de vraag aangezien het momenteel duidelijk wordt dat het zeer moeilijk, of zelfs onmogelijk, is om inzake internationale investeringsbescherming een consensus in alle EU-landen te vinden.
 - Bovendien zijn veel handelspartners van de EU niet enthousiast over de voorgestelde hervormingen: vele landen zijn best tevreden over het huidige arbitrage-systeem en vinden dat de oprichting van een meer permanente structuur (zoals ICS) niet nodig is.
 - Het vrijhandelsverdrag met Japan bevatte oorspronkelijk een investeringshoofdstuk, maar dit is in de finale tekst (die in werking trad op 1 februari 2019) weggelaten.⁶ In de onderhandelingen met Nieuw-Zeeland en Australië, heeft de Commissie al besloten investeringsbescherming niet op tafel te leggen.⁷ Het is dus momenteel niet erg reëel dat andere handelsverdragen het CETA-model zullen volgen.
 - Voor Nederland betekent dit dat de bestaande (ongeveer 90) bilaterale investeringsakkoorden van toepassing blijven. Deze bevatten echter veel minder concreet-afgebakende beschermingsstandaarden voor investeerders en geen bepalingen inzake duurzaamheid, publieke gezondheid, milieubescherming, mensenrechten, etc.

Zorgpunt 8: Hoe groot is de kans dat het MIC in de plaats komt van ICS? Wat zullen de overeenkomsten en verschillen zijn tussen ICS en MIC?

- Overeenkomsten: ICS en MIC vormen beide een institutionalisering van investeerder-Staat geschillenbeslechting (een permanente rechtbank met ‘vaste’ rechters i.p.v. *ad hoc* arbitrage). Beide systemen streven bv. meer procedurele transparantie na en aan beide zijn gelijkaardige nadelen verbonden:
 - Bv. beide systeem vereisen dat rechters betaald worden (een maandelijks ‘retainer’) ook indien er geen zaken zijn, wat het systeem erg duur dreigt te maken in het licht van het beperkte aantal zaken (onder de meeste bestaande investeringsverdragen is nog nooit een zaak gebracht).
 - Bv. beide systemen bevatten geen enkele bindende bepaling om geografische of gender-balans te garanderen. Als gevolg heeft de Europese Commissie momenteel tien rechters genomineerd, waarvan maar één vrouw.
- Het belangrijkste verschil tussen MIC en ICS is dat het ICS aan één verdrag verbonden is: bij het CETA-ICS kunnen dus enkel klachten ingediend worden door Canadese of EU bedrijven.

⁵ Zie: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2019/03/22/nieuwe-modeltekst-investeringsakkoorden>.

⁶ Zie: <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/eu-japan-economic-partnership-agreement/>.

⁷ Zie: <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/australia/> en <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/eu-new-zealand-trade-agreement/>.

- Indien de EU erin zou slagen om 10 verdragen met ICS-bepalingen af te sluiten, dan zouden er dus 10 aparte ICS-tribunalen bestaan – wat erg duur zou kunnen worden en ook het risico op inconsistente beslissingen zou doen toenemen.
- Het MIC zou een overkoepelende rechtbank vormen, die zou kunnen oordelen over de beweerdelijke schending van verschillende verdragen. Deze schaalvergroting zou kostenbesparend kunnen werken en meer coherentie kunnen brengen in de rechtspraak, maar het vereist meer samenwerking tussen de betrokken landen.
- De kans dat het MIC er snel komt, lijkt momenteel vrij klein: er is wel veel discussie, o.m. via een UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) werkgroep, maar hieruit blijkt vooral dat de vraag om hervorming heel erg speelt in enkele EU-lidstaten (niet allemaal) maar dat andere landen, zowel in Afrika als in Azië en Latijns-Amerika, hier helemaal niet zo enthousiast over zijn.

Zorgpunt 9: Wat is het risico dat er investeringsgeschillen zullen worden aangespannen tegen maatregelen genomen in het kader van de COVID19 crisis?

- Investeringsgeschillen kunnen enkel worden aangespannen tegen feiten die plaatsvonden na de inwerkingtreding van het verdrag: het investeringshoofdstuk van CETA is nog niet in werking getreden, dus kunnen er geen klachten ingediend worden tegen huidige COVID19 maatregelen.
- Bovendien bevestigt CETA herhaaldelijk (bv. in Artikel 8.9) het recht van lidstaten om maatregelen te nemen ter bescherming van de volksgezondheid. Een investeerder zal dus niet met succes een zaak kunnen aanspannen tegen toekomstige COVID19 maatregelen, indien deze op niet-discriminatoire en proportionele wijze toegepast worden.
- Investeerder-Staat tribunalen onder het huidige ISDS-systeem hebben een goede ‘track record’ wat betreft het voorrang geven aan dit soort maatregelen: Staten die de volksgezondheid wensen te beschermen, winnen hun zaken.
 - Toen bv. Philip Morris de Australische en Uruguayaanse regels inzake generieke verpakkingen voor tabaksproducten probeerde aan te vechten, werden beide zaken gewonnen door de respectievelijke Staten gewonnen.
- Er zijn daarentegen wel COVID19-gerelateerde rechtszaken tegen de VS, China, Spanje, België en Italië aangespannen voor nationale rechtbanken.⁸

⁸ Zie: <https://thehill.com/policy/international/europe/497310-families-of-covid-19-victims-bring-law-suit-against-spanish-pm>; <https://amp.theguardian.com/world/2020/apr/23/from-italian-hotel-to-us-state-coronavirus-lawfare-takes-hold>; www.miamiherald.com/news/coronavirus/article242588091.html; www.huntonak.com/en/covid-19-tracker.html; <https://cbs2iowa.com/news/coronavirus/states-face-legal-hurdles-in-coronavirus-lawsuits-against-china>; <https://www.tijd.be/politiek-economie/belgie/federaal/tweedeverblijver-dagvaardt-belgische-staat/10226559.html>.