

Den Haag, 7 juni 2020

Open brief aan de leden van de Eerste Kamer,

Wij vragen uw aandacht voor een aantal problemen rond het wetsvoorstel ratificatie van het handelsverdrag CETA die de Eerste Kamer bij uitstek aangaan.

Dit verdrag delegeert zelfstandige bevoegdheden aan het Gemengd Comité en een groot aantal werkgroepen bestaande uit ambtenaren van de EU en Canada. Het Comité en de werkgroepen hebben supranationale bevoegdheden zonder dat daar controle door de Eerste of Tweede Kamer op mogelijk is.¹ Ratificatie van CETA leidt daarom tot overdracht van soevereiniteit aan dit Comité en deze werkgroepen,² die alleen voor wat betreft de EU-leden ervan onder de Unie vallen.

Het handelsverdrag CETA voorziet verder in de oprichting van een supranationaal arbitragehof dat werkt volgens het Investment Court System (ICS). ICS is een vorm van ISDS (Investor-State Dispute Resolution, Investeerder-Staat Geschilbeslechting) waarbij Canadese investeerders, zowel bedrijven als aandeelhouders, de mogelijkheid hebben om zeer forse schadeclaims van de Nederlandse staat te eisen wanneer een overheidsmaatregel³ hun investeringsbelang aantast, onder meer indien deze een indirecte onteigening in de zin van CETA vormt (bijlage 8-A CETA)⁴ of als er sprake is van “onjuiste behandeling” (art. 8.10(2) CETA).

Door de brede definitie van indirecte onteigening in Bijlage 8-A wordt het investeringsbelang boven het algemeen belang geplaatst, omdat er aan bedrijven méér rechten worden verleend. Dat maakt het in de praktijk ondanks het ‘right to regulate’ nog moeilijker om maatregelen in het algemeen belang te nemen. Het CETA-arbitragehof heeft de bevoegdheid te toetsen of een investeerder nadeel ondervindt van overheidsmaatregelen zoals wetten, regelingen, het weigeren van een vergunning of veranderen van vergunningsvoorwaarden, en of deze investeerder daarom recht heeft op schadevergoeding. Er kunnen in dit verband hoge schadevergoedingen worden opgelegd voor niet-discriminatoire maatregelen ten behoeve van publiek welzijn zoals gezondheid, veiligheid of milieu.⁵

De wetgever kan onder dreiging van dergelijke schadeclaims besluiten af te zien van de maatregel. Dat wordt het ‘regulatory chill’-effect genoemd.⁶ Dit effect was nota bene de reden voor Canada om in het nieuwe 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 beschermen”.⁷

Via de toekenning van schadeclaims door arbiters wordt de wetgevende bevoegdheid van de Eerste en Tweede Kamer aangetast. Alleen Canadese investeerders kunnen schadeclaims indienen bij de arbiters ten aanzien van Nederlandse maatregelen.⁸ Het ICS vormt bovendien ook een asymmetrisch systeem, omdat de Canadese investeerder meer rechten heeft dan de staat. Alleen de investeerder kan een zaak aanbrengen,⁹ en de staat kan geen tegenclaim indienen. Ook niet in het geval dat de investeerder zich niet aan de wet, vergunningen of regels heeft gehouden. Binnen ICS toetsen de arbiters slechts aan het CETA-verdrag dat een eigen autonome supranationale rechtsorde schept. Hierdoor worden het nationale recht en de Nederlandse rechter omzeild. Omdat investeerders veel minder hoge schadevergoedingen van de Nederlandse rechter krijgen, zullen ze namelijk vrijwel altijd voor ICS kiezen.

Artikel 112 lid 1 Grondwet bepaalt dat de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen aan de rechterlijke macht is opgedragen. Schadeclaims tegen de staat op grond van investeringsbescherming zijn civiele vorderingen, die ook schuldvorderingen kunnen worden genoemd. Schadeclaims tegen de staat moeten dus via ons nationale rechtssysteem worden beslecht.¹⁰ Artikel 81 Grondwet bepaalt: “de vaststelling van wetten geschiedt door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk.” CETA wijzigt artikel 81 Grondwet door de overdracht van bevoegdheden aan het Gemengd Comité en artikel 112 Grondwet door de overdracht van rechtsprekende bevoegdheden aan het CETA-arbitragehof. Ingevolge artikel 91 lid 3 Grondwet is in geval een verdrag artikelen uit de Grondwet wijzigt een tweederdemeerderheid in beide Kamers vereist voor ratificatie. Een amendement waarin de tweederdemeerderheid werd geëist, is bij de behandeling van CETA in de Tweede Kamer ingediend.

In Duitsland, dat CETA ook nog niet ratificeerde, is door het Duitse Constitutionele Hof in een zaak rond het Eengemaakt Octrooigerecht (Unified Patent Court, UPC) op 13 maart 2020 verklaard dat voor overdracht van rechtsprekende bevoegdheden aan het UPC een tweederdemeerderheidsvereiste geldt.¹¹ De ratificatie door het Duitse parlement met een eenvoudige meerderheid werd daarom ongeldig verklaard. Bij ontstentenis van een constitutioneel hof in Nederland is het aan de Eerste Kamer om er op toe te zien dat net als in Duitsland uitvoering wordt gegeven aan soortgelijke grondwettelijke verplichtingen. Omdat de Grondwet rechtsprekende bevoegdheid toewijst aan de Nederlandse burgerlijke rechter mag deze bevoegdheid alleen met een gekwalificeerde meerderheid worden overgedragen aan internationale arbiters.¹²

Minister Kaag heeft bij behandeling in de Tweede Kamer gesteld er op te vertrouwen dat er geen Canadese claims tegen Nederland zullen worden ingediend onder CETA, omdat Nederland in het verleden nog niet veroordeeld is op grond van een ISDS-arbitrage. Maar op dit moment is er al een ISDS-schadeclaim van naar verluid 1 miljard euro van het Duitse Uniper bij de Minister aangekondigd, wegens de sluiting van de kolencentrale op de Maasvlakte.¹³ Ook bekend is dat Canadese investeerders een groot aantal ISDS-schadeclaims indienen tegen staten met wie Canada investeringsverdragen heeft afgesloten; het land staat met meer dan 50 claims zelfs op de 6e plaats in de wereld.¹⁴ Het is dus wel degelijk te verwachten dat Canadese multinationals ook schadeclaims zullen gaan indienen tegen Nederland en andere EU-landen, wat door het ‘regulatory chill’-effect (de afschrikwekkende werking op de wetgever) desastreus kan zijn voor de noodzakelijke energietransitie en andere grote beleidswijzigingen.¹⁵

Als we om dergelijke redenen achteraf toch van ISDS af zouden willen, zitten we er toch nog 20 jaar aan vast door de 'sunset clause' in CETA.¹⁶ De noodzakelijke transitieprocessen naar een koolstofarme en circulaire economie zullen in de komende twee decennia ook nieuwe wettelijke randvoorwaarden en maatregelen eisen. Nederland kan het zich niet veroorloven dat de ruimte daarvoor door clausules ter bescherming van Canadese investeerders in handelsverdragen aanzienlijk wordt beknot.

Nederland heeft een volwaardig rechtssysteem. Waarom ons eigen rechtssysteem niet zou voldoen en een parallel rechtssysteem voor Canadese investeerders noodzakelijk zou zijn, is volstrekt onduidelijk gebleven en niet met bewijs onderbouwd. Het CETA-verdrag is in 2017 voorlopig in werking getreden zonder investeringsbescherming. Investerings tussen de EU en Canada floreren ook zonder ICS.

Wij verzoeken U als lid van de Eerste Kamer vast te stellen dat het wetsvoorstel om Handelsverdrag CETA te ratificeren slechts met een tweederdemeerderheid kan worden aangenomen vanwege strijdigheid met de Grondwet. Wij verzoeken U tevens om CETA in de huidige vorm niet goed te keuren en er in ieder geval voor te zorgen dat de investeringsbescherming door middel van ICS niet in CETA komt door hierover een voorbehoud te eisen. De ervaring met het nieuwe USA – Mexico – Canada handelsverdrag laat zien dat in een dergelijk geval aanpassing van een al uitonderhandeld verdrag mogelijk en haalbaar is.

Initiatiefnemers:

- Mr. Meike Terhorst, advocaat
- Dr. Wybe Th. Douma, EU Legal - Centre for European and International Law

Ondertekenaars:

- Mr. Mariska Aantjes, Aantjes Advocaten
- Dr. Laurens Ankersmit, Universiteit van Amsterdam
- Prof. dr. Harro van Asselt, University of Eastern Finland
- Prof. dr. Alessandra Arcuri LL.M, Erasmus Universiteit Rotterdam
- Prof. dr. Chris Backes, Universiteit Utrecht
- Prof. dr. Marija Bartl, Universiteit van Amsterdam
- Prof. dr. Kees Bastmeijer, Tilburg University
- Prof. dr. Jan Brouwer, Rijksuniversiteit Groningen
- Prof. dr. Herman E. Bröring, Rijksuniversiteit Groningen
- Prof. dr. Gareth T. Davies, Vrije Universiteit Amsterdam
- Mr. Harm Dotinga, Universiteit Utrecht & Vogelbescherming Nederland
- Dr. Antoine Duval LL.M, T.M.C. Asser Instituut
- Prof. dr. Christina Eckes, Universiteit van Amsterdam
- Mr Bénédicte L.M. Ficq, Ficq & Partners advocaten
- Dr. Floor Fleurke, Tilburg University
- Prof. dr. Kars de Graaf, Rijksuniversiteit Groningen
- Onur Güven LL.M, EU Legal - Centre for European and International Law
- Mr. Rik Harmsen, Regulus Advocatuur & Conflictmanagement

- Mr. Moira Hoen, zelfstandig advocaat omgevingsrecht
- Mr. Rogier Hörchner, Hörchner Advocaten
- Mr. Richard Korver, Richard Korver advocaten
- Mr. Ilse Leeuwerink, zelfstandig juridisch expert
- Mr. drs. Jacqueline Mineur, Milieudefensie
- Mr. drs. Marjan Minnesma MBA, Stichting Urgenda
- Dr. Phillip M. Paiement, Universiteit van Tilburg
- Prof. dr. Harm Schepel, Kent University (Brussel)
- Prof. dr. Jerfi Uzman, Universiteit Utrecht
- Mr. Jan van de Venis, JustLaw & Stand Up for Your Rights
- Prof. dr. Jonathan Verschuuren, Tilburg University
- Dr. E.M. Vogelesang-Stoute, Universiteit van Amsterdam
- Drs. Johannes W. Zuyderwijk, Alura Group

Overige ondersteuners:

- Prof. dr. Ewald Engelen, Universiteit van Amsterdam
- Prof. dr. Marjan Peeters, Maastricht University
(*vanwege zorg over toename broeikasgasemissies door internationale handel*)
- Donald Pols, directeur Milieudefensie
- Prof. dr. ir. Pier Vellinga, Vrije Universiteit Amsterdam

¹ Ook de mogelijkheden voor het Europees Parlement en anderen om toezicht te houden zijn sterk beperkt, met name doordat agenda's en notulen geen inzicht geven in uitgewisselde standpunten. Uit een Canadees 'WOB' verzoek blijkt wat de summiere verslagen verhullen: Canada tornt onder CETA op velerlei manieren aan EU normen (zie voor de desbetreffende voorheen geheime stukken <https://www.foodwatch.org/fileadmin/-NL/CETA-scans.pdf>, voor een toelichting daarop [https://www.foodwatch.org/fileadmin/-NL/Toelichting documenten.pdf](https://www.foodwatch.org/fileadmin/-NL/Toelichting_documenten.pdf) en het foodwatch / The Council of Canadians rapport The potential dangers of CETA committees on Europe, 2020, [https://www.foodwatch.org/fileadmin/-NL/Potential dangers of ceta committees on Europe.pdf](https://www.foodwatch.org/fileadmin/-NL/Potential_dangers_of_ceta_committees_on_Europe.pdf)). Canada drong o.a. aan op een forse verlaging van de EU standaard inzake residuen van de stof clothianidine (een neonicotinoïde) op aardappelen. De Commissie stelde vervolgens de verlangde verlaging voor, maar het Europees Parlement stemde tegen omdat het alleen maar mogelijk maakte dat Canadese aardappelen naar de EU zouden kunnen worden geëxporteerd, omdat het cumulatieve effect van neonicotinoïden en hun gebruik op het milieu en voor de menselijke gezondheid volledig over het hoofd werd gezien en omdat het voorzorgsbeginsel niet in acht werd genomen. Die aspecten bleven ook onvermeld in de door minister Kaag op 14 februari 2020 aan de Tweede Kamer gestuurde "Bijlage gewasbeschermingsmiddelen en

democratische controle". Zie <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/ceta-handelsverdrag-met-canada/documenten/publicaties/2020/02/14/procedures-voor-het-aanpassen-van-europese-regelgeving-over-residuwaarden-van-het-gebruik-van-pesticiden>.

² Vgl. Prof. Dr. Wolfgang Weiß, Speyer, *Grondwettelijke bezwaren in verband met het gebrek aan legitimiteit van CETA-comités*, 6 november 2019, die o.a. stelt: "In het kader van de CETA zijn tien Verdragscomités opgericht, waarvan sommige zeer verstrekkende bevoegdheden hebben. Zij zijn bevoegd om bindende besluiten te nemen die verder gaan dan alleen de toepassing van de CETA-regels; zij nemen besluiten over belangrijke kwesties en stellen algemene regels vast." Bron: https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2019A03805.

³ Maatregelen worden in art. 1.1 CETA als volgt gedefinieerd: "omvatten wetgeving, regelgeving anderszins, voorschriften, procedures, besluiten, administratieve handelingen, vereisten of praktijken dan wel enige andere vorm van maatregelen van een partij".

⁴ Bijlage 8-A van CETA bepaalt dat er sprake is van indirecte onteigening "wanneer de uitwerking van een maatregel of een reeks maatregelen van een partij gelijkwaardig is aan die van rechtstreekse onteigening, in die zin dat zij voor de investeerder een wezenlijke aantasting inhoudt van de fundamentele attributen van het eigendomsrecht met betrekking tot de investering, met inbegrip van het recht van gebruik, van genot en van beschikking, zonder formele overdracht van het eigendomsrecht of directe inbeslagneming." Opmerkelijk is dat de tekst van deze en andere bijlagen, protocollen en voorbehouden bij CETA niet in het Tractatenblad zijn opgenomen, maar ter inzage liggen bij de Afdeling Verdragen van het Ministerie van Buitenlandse Zaken. Hetzelfde geldt voor de online Verdragenbank (<http://verdragenbank.overheid.nl>). Deze en andere bijlagen zijn wel de raadplegen in het Engels op http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

⁵ In gevallen waarin volgens de arbiters de gevolgen voor de investeerder disproportioneel zijn in verhouding tot het publieke doel van de maatregel. Daarbij kunnen arbiters hun mening in de plaats van die van de democratisch gelegitimeerde overheid stellen als ze van mening zijn dat het te bereiken doel onevenredig is in het licht van het er mee te bereiken publieke doel, terwijl dat bij uitstek een door de politiek te beantwoorden punt betreft.

⁶ Onder invloed van een door Philip Morris tegen Australië ingediende ISDS claim zag Nieuw Zeeland bijvoorbeeld af van het invoeren van maatregelen om tabaksgebruik te ontmoedigen. Zie <https://lr.law.qut.edu.au/article/view/701>

⁷ De Canadese minister verklaarde hierover dat ISDS onder NAFTA "has cost Canadian taxpayers more than \$300 million in penalties and legal fees. ISDS elevates the rights of corporations over those of sovereign governments. In removing it, we have strengthened our government's right to regulate in the public interest, to protect public health and the environment". Bron: United States-Mexico-Canada Agreement 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>.

⁸ Overigens kunnen Nederlandse en andere EU investeerders wel schadeclaims indienen bij het CETA arbitrage Hof indien een Canadese maatregel hun investeringsbelang aantast.

⁹ In theorie kunnen investeerders een geschil met Nederland voor de Nederlandse burgerlijke rechter brengen, maar dat betreft slechts een "loutere mogelijkheid waarvan de investeerder als eiser naar eigen discretie gebruik kan maken. Deze kan immers ... besluiten om dit geschil aan een arbitrageprocedure te onderwerpen, zonder dat de lidstaat zich hiertegen kan verzetten." (Hof van Justitie van de Europese Unie, advies 2/15, rechtsoverwegingen 290-292).

¹⁰ Art. 112 lid 1 GW verklaart de Nederlandse rechter exclusief bevoegd om geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen te berechten. Een parallel ICS rechtssysteem maakt inbreuk op deze exclusieve bevoegdheid. De zienswijze dat er geen sprake zou zijn van strijd met deze bepaling omdat die alleen zou zien op Nederlandse rechtspraak staat haaks op de letterlijke tekst, waarin een dergelijk onderscheid niet wordt gemaakt. Tevens zou die zienswijze er toe kunnen leiden dat er grote delen van het burgerlijk recht aan internationale rechters kunnen worden overgedragen zonder dat dat in strijd met

deze bepaling zou zijn, wat nooit de bedoeling kan zijn geweest. Zowel een grammaticale als een teleologische uitleg van art. 112 lid 1 GW pleiten er dus voor dat bij het overdragen van nationale rechtsprekende bevoegdheden een buitengewone meerderheid van de Kamers hiermee moet instemmen. Dat is ook wat het Bundesverfassungsgericht op 13 maart jl. bevestigde: het Duitse parlement kan alleen met twee derde meerderheid instemmen met het overdragen van rechtsprekende bevoegdheid (aan het Eengemaakt Octrooigerecht). En het is in overeenstemming met hoe het Hof van Justitie van de Europese Unie aankijkt tegen investeerder-staat geschillenbeslechting. In eerdergenoemd advies 2/15 stelde dit Hof immers dat investeerders kunnen besluiten hun claim bij arbiters aanhangig te maken zonder dat een lidstaat zich hiertegen kan verzetten omdat ze daarmee via het handelsverdrag hebben ingestemd. Het gaat daarbij om een regeling “waarbij geschillen aan de rechterlijke bevoegdheid van de lidstaten worden onttrokken” (rechtsoverwegingen 291-292).

¹¹ Bundesverfassungsgericht 13 maart 2020, 2 BvR 739/17. 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> .

¹² Ingevolge art. 112 lid 1 juncto art. 91 lid 3 Grondwet.

¹³ Edwin van der Schoot, Claim om kolenverbod voor staat, Telegraaf, 5 september 2019.

¹⁴ UNCTAD, Fact sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018, mei 2019, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d4_en.pdf.

¹⁵ Zie Hadrian Martins-Kirkwoord en Ben Smith, Digging for dividends. The use and abuse of investor-state dispute settlement by Canadian investors abroad, CCPA, 2019, <https://www.policyalternatives.ca/digging-for-dividends>, die aantonen dat ISDS claims vooral door de Canadese energie- en mijnbouwbedrijven ISDS worden ingediend. Vergelijk ook BusinessEurope, SPCR, CERT and CCCE, Businessleaders hail launch of EU-Canada talks, Joint declaration van 6 mei 2009, EU-Canada Business Summit, Praag, <https://www.bussinesseurope.eu/sites/buseur/files/media/imported/2009-01091-E.pdf> die samenwerking via CETA verwelkomen inzake toegang tot grondstoffen.

¹⁶ Art. 30.9 lid 2 bepaalt dat ingeval CETA wordt beëindigd, de bepalingen van hoofdstuk acht (Investerings) van kracht blijven “gedurende 20 jaar na de datum van beëindiging van deze overeenkomst wat vóór die datum gedane investeringen betreft.”