

Het afsluiten van zgn. gemengde verdragen na Lissabon

Positiepaper van Prof. Dr. P.J. Kuijper*

Met het afsluiten van het CETA-verdrag – dat een zgn. gemengd verdrag is – en door de voorgeschiedenis daarvan (het Waalse verzet) komt een probleem aan het licht dat voor het Verdrag van Lissabon in deze vorm niet bestond. Namelijk hoe een gemengd verdrag waarvan een (zeer) groot deel onder de exclusieve bevoegdheid van de Unie valt, door de Unie en de lidstaten dient te worden goedgekeurd en geratificeerd.

De Tweede Kamer staat op het punt een goedkeuringswet aan te nemen (of niet) die het hele verdrag omvat. Ook de acte van ratificatie, die de regering later aan Canada zal richten, zal waarschijnlijk het hele CETA omvatten. Maar Uw Commissie weet heel goed, na het lezing van de Memorie van Toelichting en van het advies van de Raad van State, dat Nederland onder Europees recht niet meer bevoegd is het hele verdrag goed te keuren (zie de Adviezen 2/15 en 1/17 van het EU Hof van Justitie). Uw Commissie kan dit ook weten uit het Besluit van de Raad van Ministers (EU) van eind 2016 over de voorlopige toepassing van CETA. Dit besluit geeft precies weer welke onderdelen van CETA door de EU van de voorlopige toepassing van CETA toen zouden worden uitgesloten omdat zij onder de bevoegdheden van de lidstaten vallen (zie art. 1(1)(a)-(d) van Besluit 2017/38). En zelfs dat Besluit is ondertussen gedeeltelijk achterhaald door Advies 1/17 van het Hof van Justitie van begin dit jaar.

Het zijn nu dus eigenlijk alleen de CETA-bepalingen over ISDS en zgn. *portfolio* investeringen die volgens de regels van het Europese recht door de lid-staten (door Nederland, door het Nederlandse Parlement) zouden moeten worden goedgekeurd, niet het hele verdrag. De rest, inclusief de directe investeringen en hun bescherming, valt onder de exclusieve bevoegdheid van de Unie. Hoe komt het dan dat de goedkeuringswet toch in deze vorm aan U is voorgelegd? Dat komt door de macht der gewoonte. Tot nu toe werden alle goedkeuringswetten van de lid-staten en goedkeuringsbesluiten van de (E)EG van gemengde akkoorden, ook wanneer zij vele bepalingen bevatten die onder de gemeenschappelijke handelspolitiek vielen, geformuleerd alsof zij het hele verdrag omvatten. Dat had vele voordelen, zowel intern als extern. Dit werd wel als de dubbele *ultra vires* ratificatie aangeduid.

Dat kon ook, omdat het Europees Parlement nog in het recente verleden geen recht van goedkeuring had over verdragen, die in werkelijkheid grotendeels handelsverdragen waren, maar net als CETA om politieke redenen als gemengde verdragen gesloten werden. Dat betekende dat de lidstaten in zulke gevallen eigenlijk een soort compromis met zichzelf sloten als leden van de Raad van Ministers van de EU. Door een verdrag gemengd te maken schiepen de Lid-Staten een noodzaak tot unanimitieit, terwijl het verdrag volgens EU-recht met gekwalificeerde meerderheid gesloten had kunnen worden. Maar welke instelling of Lid-Staat zou hierover hebben kunnen of willen klagen bij het Hof van Justitie? Niet de Raad zelf en niet de lidstaten. En de Commissie was vaak

* Emeritus Recht van de Internationale (Economische) Organisaties, Universiteit van Amsterdam. Voormalig Directeur van de Juridische Dienst, WTO (1999-2002), Voormalig Directeur voor Internationaal Recht en Handel, Juridische Dienst, Europese Commissie (2002-2007). Zie ook P.J.Kuijper, "Post-CETA: How we got there and how to go on", *Revue trimestrielle de droit européen* 2017/2, 181-187.

deelnemer aan het compromis. Het sluiten van gemengde verdragen op deze manier uit vroeger tijden was een *victimless crime*.

Maar nu, na de inwerkingtreding van Lissabon, is er een "slachtoffer": het Europese Parlement! Dat heeft na Lissabon het recht van goedkeuring voor nagenoeg alle door de Unie gesloten verdragen. Met name handelsverdragen zijn nu voor het eerst onderworpen aan deze goedkeuringsplicht en daarmee, na de uitspraken van het Hof in de Adviezen 2/15 en 1/17, dus ongeveer 95% van CETA.

Als het Nederlandse Parlement CETA zou willen verwerpen, omdat het ontevreden is over de handelspolitieke aspecten daarvan, zoals de landbouw en ook de bescherming van directe investeringen, dan komt U in botsing met de exclusieve bevoegdheid van het Europese Parlement om zijn definitieve oordeel te geven over die aspecten van CETA. Die goedkeuring kunt U niet teniet doen. Die is immers al gegeven door het Europese Parlement op 15 februari 2017. Bovendien zou U zo de autonomie van de besluitvorming van de EU schaden en dat zal voor het Hof van Justitie zwaar wegen in een eventueel geschil. U kunt dit verdrag alleen verwerpen op de gebieden van ISDS en *portfolio investment*. Ik stel het wat scherp, maar het kan niet ontkend worden dat hier een constitutioneel probleem in het geding is dat enige aandacht behoeft. Het is mijn indruk dat U als kamerleden zich er meer van bewust zou moeten zijn dat U zich in een constitutioneel systeem beweegt dat bestaat uit de wederzijds in elkaar grijpende Nederlandse Grondwet en de twee Verdragen van de EU: VEU en het Werkingsverdrag.

Maar waarom zou U CETA willen verwerpen om redenen die betrekking hebben op investeringen in aandelen en obligaties of op ISDS? Er bestaat ook nog zoiets als de verplichting van loyaliteit aan de Unie (Art. 4(3) VEU). Met die verplichting dient U terdege rekening te houden in Uw afweging van het belang van CETA. Bovendien aandelen en obligaties dragen risico, en dat zal ook het risico op totaal verlies omvatten, en dus in hun prijs op de internationale markten en in hun dividend of rente verdisconteerd zijn. Is het gerechtvaardigd om daar veel slaap aan te verliezen bij de goedkeuring van CETA? Dan blijft alleen ISDS nog over om U echt tegen te verzetten. Daarover het volgende.

CETA is een buitengewoon breed en modern internationaal handelsverdrag met ISDS-bepalingen die in vele opzichten een grote stap vooruit zijn, vooral omdat er voor de eerste keer een beroepsinstantie voorzien is voor investeringsgeschillen. Dat zal hopelijk een stap op de weg zijn naar een algemene beroepsinstantie in investeringsgeschillen, waarnaar de EU, daartoe aangezet door de Commissie, al enige tijd streeft. Ik ben ervan overtuigd dat zo'n beroepsinstantie, vergezeld van de versterkte deontologische bepalingen met betrekking tot zijn rechters, ertoe zal bijdragen dat aan de ontsporingen, die zich op het gebied van investerings-arbitrage hebben voorgedaan, een einde kan komen.

Tot slot: CETA bevat een groot aantal bepalingen waardoor overleg-organen in het leven worden geroepen: zowel gespecialiseerde overlegorganen (bijv. sanitaire, milieu, regelgeving, aanbestedingen etc.) als een algemeen CETA Joint Committee, dat zelfs bindende besluiten kan nemen. Genoeg mogelijkheden dus om wederzijdse problemen aan de orde te stellen en, zo nodig bindend, op te lossen, inclusief die inzake de handel in varkensvlees. En daarbij heeft men het hele gewicht van de EU achter zich en in dit akkoord is die de sterkste partij.