

## Nog altijd te conservatief en eenzijdig: het ‘Investment Court System’ in CETA

Laurens Ankersmit<sup>1</sup>

Het investeringshoofdstuk in CETA biedt buitenlandse investeerders buitengewone bescherming voor in het verleden gedane investeringen tegen overheidsoptreden. Ondanks dat onder CETA de selectie van de leden van de tribunalen meer in handen is gekomen van de verdragsluitende partijen is het Investment Court System (ICS) aan te merken als te conservatief en eenzijdig omdat:

- **Enkel buitenlandse investeerders gebruik kunnen maken van het systeem**, dus niet staten (die wel deze mogelijkheid bij andere investeringsverdragen hebben) of betrokkenen die worden benadeeld door buitenlandse investeerders;<sup>2</sup>
- Daarbij ontvangen leden van ICS tribunalen een **dagvergoeding van 3000 dollar per dag**, waarmee deze leden een financiële prikkel hebben om zaken gunstig af te doen voor de partij die claims kan indienen (enkel buitenlandse investeerders).<sup>3</sup> Met andere woorden: **er wordt een markt gecreëerd voor gunstige rechtspraak voor buitenlandse investeerders**.
- Buitenlandse investeringen in alle sectoren worden beschermd onder CETA, inclusief investeringen in bijvoorbeeld **fossiele brandstoffen en de wapenindustrie**.<sup>4</sup>
- Toegang tot ICS is gegarandeerd voor buitenlandse investeerders **tot 20 jaar na mogelijke opzegging van CETA** door toekomstige generaties politici, waarmee het huidige verdrag een hypotheek legt op de politiek voor toekomstige generaties.<sup>5</sup>

### Voor wie is het ICS?

Het ICS is een stap terug om het systeem van ISDS minder eenzijdig te maken. In de afgelopen jaren zijn er onder verschillende investeringsverdragen (beperkte) stappen gezet om ook andere partijen dan buitenlandse investeerders toegang te geven tot investeringsarbitrage.<sup>6</sup> CETA sluit de mogelijkheid van tegenclaims en claims van derden expliciet uit.<sup>7</sup> Daarnaast hebben betrokkenen die worden benadeeld door buitenlandse investeerders slechts de mogelijkheid om een *amicus curiae* brief in te sturen. Een dergelijke brief moet dienend zijn voor het oplossen van het geschil tussen de investeerder en de staat en kan in geen geval worden gezien als een middel waarmee betrokkenen voor hun eigen belang kunnen opkomen.<sup>8</sup> Ook hier is ICS in CETA een stap terug. In het voorstel voor ICS onder TTIP werden derde partijen nog de mogelijkheid gegeven om te interveniëren in een zaak, met de (beperkte) procesrechten die daarbij komen.<sup>9</sup> Hoogleraar Inclusief Mondiaal Recht Alessandra Arcuri (Erasmus University Rotterdam) stelt dat dit asymmetrische aspect van investeringsarbitrage in CETA juist de rechtstaat ondermijnt omdat het systeem bepaalde actoren uitsluit en buitenlandse investeerders geen verplichtingen oplegt.<sup>10</sup>

Alle buitenlandse investeringen tussen de verdragsluitende partijen krijgen bescherming onder CETA, dus ook buitenlandse investeringen in fossiele brandstoffen en de wapenindustrie. Het begrip

<sup>1</sup> Universitair docent Europees recht Universiteit van Amsterdam.

<sup>2</sup> Artikel 8.18 CETA.

<sup>3</sup> Artikel 8.27 (12-16) CETA jo artikel 14 (1) van het administratief en financieel reglement van het ICSID-Verdrag.

<sup>4</sup> Artikel 8.1 CETA, zie de zeer ruime definitie van ‘investering’.

<sup>5</sup> Artikel 30.9 (2) CETA.

<sup>6</sup> Het model-investeringsverdrag van India voorziet bijvoorbeeld in de expliciete mogelijkheid van tegenclaims tegen investeerders. Ook hebben sommige ISDS tribunalen investeringsverdragen zo geïnterpreteerd dat staten onder dit verdrag de mogelijkheid hebben om een tegenclaim tegen de investeerder in te dienen. Zie *Urbaser v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award of 8 December 2016; *Occidental Petroleum Corp. v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award of 5 October 2012; *Perenco Ecuador Ltd v Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim, 11 August 2015.

<sup>7</sup> Artikel 8.18 CETA.

<sup>8</sup> Artikel 8.36 (1) CETA jo artikel 4 Uncitral-transparantievoorschriften.

<sup>9</sup> Artikel 23 TTIP ICS voorstel, te raadplegen via [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc\\_153807.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf)

<sup>10</sup> Alessandra Arcuri ‘The Great Asymmetry and the Rule of Law in International Investment Arbitration’ Yearbook on International Investment Law and Policy 2019

‘investeringen’ is zeer ruim.<sup>11</sup> De EU en de lidstaten maken dus expliciet de keuze om alle buitenlandse investeringen bescherming te bieden, ongeacht of deze investeringen beleidsdoelen en internationale verplichten zoals bijvoorbeeld onder het klimaatakkoord van Parijs kunnen ondermijnen. Een kwart van alle ISDS-claims bij ICSID zijn van de olie, gas- en mijnbouwindustrie.<sup>12</sup> De overheid kan op zijn minst de vraag stellen welke investeringen zij in het buitenland willen ondersteunen met dit systeem en welke investeringen zij willen aantrekken. Overigens is er geen overtuigend bewijs dat ISDS leidt tot meer investeringen in een bepaald land, laat staan ICS.<sup>13</sup>

### Door wie wordt het hoofdstuk ‘Investeringen’ in CETA geïnterpreteerd?

De benoeming en selectie van leden van ICS tribunalen (CETA rept met geen woord over ‘rechters’) is het punt waarop buitenlandse investeerders formeel invloed hebben ingeboet. Zij kunnen nu niet meer een eigen arbiter kiezen, en de beschikbare ICS leden mogen niet zelf nog als advocaat werken. Dit komt de onafhankelijkheid van de ICS leden ten goede. Toch blijven er twee belangrijke punten van zorg. Ten eerste ontvangen leden van ICS tribunalen een dagvergoeding van 3000 dollar per dag, waarmee deze leden een financiële prikkel hebben om zaken gunstig af te doen voor de partij die claims kan indienen (enkel buitenlandse investeerders).<sup>14</sup> Ten tweede zullen de ICS leden nog altijd specialisten zijn afkomstig zijn uit de wereld van het investeringsrecht en niet bekend zijn met nationaal recht, milieurecht, of arbeidsrecht.<sup>15</sup> ICS leden zullen dus afkomstig zijn uit dezelfde wereld als de investeringsarbitrage. Volgens een studie van de OESO zijn 95% van ICSID arbiters man, voor 75% afkomstig uit OESO landen, en heeft het merendeel geen enkele overheidsachtergrond.<sup>16</sup>

### Wanneer kunnen investeerders gebruik maken van het ICS?

ICS in CETA biedt buitenlandse investeerders een uitzonderlijk sterk juridisch middel in het internationale recht. Buitenlandse investeerders kunnen onmiddellijk een procedure beginnen onder CETA, in tegenstelling tot wat gebruikelijk is onder het internationale recht. Met andere woorden zij kunnen procederen **zonder eerst de nationale rechtsmiddelen uit te putten**. Gewone burgers die naar het Europees Hof voor Rechten van de Mens (EHRM) willen stappen in Straatsburg dienen bijvoorbeeld eerst naar de gewone rechter te stappen. Bovendien kunnen ICS vonnissen overal ter wereld ten uitvoer worden gelegd (in tegenstelling tot uitspraken van bijvoorbeeld het EHRM). Toegang tot ICS is gegarandeerd voor buitenlandse investeerders **tot 20 jaar na mogelijke opzegging van CETA** door toekomstige generaties politici, waarmee het huidige verdrag een hypotheek legt op de politiek voor toekomstige generaties.<sup>17</sup> Deze zogeheten ‘sunset’ bepaling zorgt ervoor dat alle investeringen die gemaakt zijn tot de datum van opzegging voor twintig jaar nog worden beschermd onder ICS.

---

<sup>11</sup> Volgens het Hof van Justitie kunnen daarmee voor het ICS procedures tegen de staat worden gestart voor maatregelen ‘op alle gebieden die in de Unie betrekking hebben op de exploitatie van ondernemingen en het gebruik van roerende en onroerende goederen, financiële effecten, intellectuele-eigendomsrechten, schuldvorderingen of andere soorten investeringen.’ Zie HvJ EU A-1/17 ECLI:EU:C:2019:341, r.o. 139.

<sup>12</sup> ICSID, ‘The ICSID case-load statistics (Issue 2019-1)’

[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(English).pdf)

<sup>13</sup> <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/04/Cost-and-Benefits-of-Investment-Treaties-Practical-Considerations-for-States-ENG-mr.pdf> en Pohl, J. (2018), "Societal benefits and costs of International Investment Agreements: A critical review of aspects and available empirical evidence", OECD Working Papers on International Investment, No. 2018/01, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/e5f85c3d-en>

<sup>14</sup> Artikel 8.27 (12-16) CETA jo artikel 14 (1) van het administratief en financieel reglement van het ICSID-Verdrag.

<sup>15</sup> Artikel 8.27 (4) CETA.

<sup>16</sup> David Gaukrodger and Kathryn Gordon (2012). “Investor-state dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community”, OECD Working Papers on International Investment, No. 2012/3, OECD, 43-45. Investment Division, [www.oecd.org/daf/investment/workingpapers](http://www.oecd.org/daf/investment/workingpapers)

<sup>17</sup> Artikel 30.9 (2) CETA.