



CETA's ICS: invloed op democratie, klimaat, en gelijkheid

Position paper voor de vaste Kamercommissie voor Buitenlandse Zaken, Defensie en Ontwikkelingssamenwerking (BDO) in de Eerste Kamer

Dr. Laurens Ankersmit, universitair docent Europees recht Universiteit van Amsterdam

1. ICS en de rechtstatelijke democratische controle

Het ICS in CETA is een **uitzonderlijk sterk rechtssysteem** in het internationale recht. Investeerders hoeven – in tegenstelling tot het internationale gewoonterecht en bijvoorbeeld het EVRM¹ – niet eerst de binnenlandse rechtsmiddelen uit te putten voordat zij een claim kunnen indienen. Daarnaast kunnen investeerders ICS-vonnissen wereldwijd automatisch voor de gewone rechter ten uitvoer laten leggen.² Beide aspecten **ondermijnen belangrijke waarborgen tegen uitholling van de democratische rechtstaat**. Zo zorgt een nationale rechtsgang ervoor dat de staat eerst de mogelijkheid krijgt om op lokaal niveau het geschil te beslechten en wordt de lokale context van een geschil expliciet en beter gewogen. Bovendien wordt het dreigen met claims op deze manier een stuk minder effectief.

Belangrijker nog is het oordeel van ICS leden³ over de **juiste afweging** tussen de rechten van investeerders aan de ene kant, en democratisch vastgestelde publieke belangen aan de andere kant, **niet onderworpen is aan een realistische vorm van democratische rechtstatelijke controle**. Vonnissen zijn wereldwijd automatisch uitvoerbaar (in tegenstelling tot bijvoorbeeld vonnissen van het EHRM) en kunnen dus niet worden aangevochten.⁴ Niet voor niets oordeelde het Hof van Justitie in *Advies 2/15* dat lidstaten juist zeggenschap moeten krijgen over dit systeem omdat “geschillen aan de rechterlijke bevoegdheid van de lidstaten worden onttrokken”.⁵

Een naar het oordeel van een parlement verkeerde afweging van een ICS tribunaal is bovendien praktisch niet te corrigeren voor latere zaken. Daarvoor zullen alle 29 verdragspartijen mee moeten instemmen en hun ratificatieprocedures moeten

¹ Art. 35 lid 1 EVRM. Het internationaal gewoonterecht schrijft zelfs voor dat deze regel zo fundamenteel is dat daarvan alleen expliciet in een verdrag van kan worden afgeweken. IGH 20 juli 1989, *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)*.

² Artikel 8.41 jo 8.28 (9) (e) CETA

³ CETA noemt arbiters ‘leden’ van een Gerecht of Beroepsinstantie, geen rechters.

⁴ Artikel 8.41 jo 8.28 (9) (e) CETA. Zelfs buiten het ICSID regime is het bijna onmogelijk om vonnissen aan te vechten. Toen Canada het [Bilcon vonnis aanvocht](#) voor de Canadese federale rechter stelde deze rechter dat het ISDS vonnis “significant policy concerns,” opwierp, onder andere “its effects on the ability of NAFTA Parties to regulate environmental matters within their jurisdiction, the ability of NAFTA tribunals to properly assess whether foreign investors have been treated fairly under domestic environmental assessment process, and the potential ‘chill’ in the environmental assessment process that could result from the majority’s decision,” maar kon dit niet leiden tot het opzij zetten van het vonnis.

⁵ HvJ EU A-2/15 ECLI:EU:C:2017:376, r.o. 292

doorlopen.⁶ Een bindende uitlegging door de verdragspartijen over dergelijke afwegingen op grond van Artikel 8.31 (3) CETA is eveneens geen afdoende waarborg. Niet alleen worden dit soort uitleggingen door arbiters in het verleden botweg genegeerd⁷, ook hier is een dergelijke uitlegging bijzonder moeilijk te realiseren. Immers, Canada zal hiermee moeten instemmen en binnen de EU zal de Commissie moeten worden overtuigd om met een voorstel voor een Raadsbesluit te komen dat met gekwalificeerde meerderheid in de Raad moet worden aangenomen.⁸

2. Klimaat: alle investeringen worden beschermd, ook in de fossiele brandstoffen

Om de doelen van Parijs te halen zal 80% van de wereldwijde kolenreserves, een derde van de oliereserves, en de helft van de gasreserves in de grond moeten blijven. Er wordt de afgelopen jaren nog altijd volop geïnvesteerd in deze sector terwijl de noodzaak om dit soort investeringen tegen te houden met de dag dringender wordt. Stevig ingrijpen om de energietransitie roept vooral ook de vraag op wie dat gaat betalen.

CETA's ICS maakt een dergelijke energietransitie moeilijker en wil juist dit soort investeringen aanmoedigen: **alle** buitenlandse investeringen tussen de verdragsluitende partijen krijgen bescherming onder CETA, dus ook buitenlandse investeringen **in fossiele brandstoffen**. Het begrip 'investeringen' is namelijk zeer ruim.⁹ 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.

Hoe het ook zij, de 'waarborgen' in CETA op succesvolle claims van investeerders in deze sector lijken in ieder geval niet bedoeld om een radicaal verschil te maken. Steevast worden deze waarborgen ingeluid met '**voor alle zekerheid**' wat duidt op een **gematigde continuering van de belangenafweging onder het 'oude' ISDS**. De investeringsrechten *zelf* in CETA (daterend uit 2014) zijn niet aangepast met de

⁶ Artikel 30.2 CETA

⁷ Patrick Dumberry, "Moving the Goal Post! How Some NAFTA Tribunals have Challenged the FTC Note of Interpretation on the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105", 8 *World Arbitration and Mediation Review* (2014)

⁸ Artikel 218 (9) VWEU

⁹ 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

invoering van ICS.¹⁰ In dat opzicht is het van belang vast te stellen dat een kwart van alle ISDS-claims bij ICSID zijn van de olie, gas- en mijnbouwindustrie.¹¹ Daarnaast is het statistisch gezien relatief eenvoudig om een ISDS zaak te winnen voor een investeerder waarmee ‘dreigen’ met claims meer waarde krijgt. Volgens statistieken van de UNCTAD is het percentage gewonnen zaken door investeerders (naast zaken die geschikt of verloren zijn) 28,7%. Ter vergelijking: het succespercentage voor schadeclaims tegen de EU bij het EU-Hof is 4,3%.

3. Gelijkheid en Amicus Curiae

Het ICS is een stap terug om het systeem van ISDS minder ongelijk 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.¹² CETA sluit de mogelijkheid van tegenclaims en claims van derden expliciet uit.¹³

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.¹⁴ Met andere woorden, een dergelijke brief kan enkel helpen bij het vaststellen of al dan niet de rechten van een buitenlandse investeerder zijn geschonden. Dat is problematisch omdat een geschil **wordt gereduceerd tot de belangen van de investeerder**, en daarmee andere betrokkenen (werknemers, milieuorganisaties, vakbonden) worden gemarginaliseerd. 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.¹⁵ Hoogleraar Inclusief Mondiaal Recht Alessandra Arcuri (Erasmus University Rotterdam) stelt dat

¹⁰ Het onderhandelingsmandaat droeg de Commissie bij het totstandkomen van deze rechten dan ook op om zorg te dragen “for the highest possible level of legal protection and certainty for European investors in Canada, provide for the promotion of the European standards of protection and seek to increase Europe's attractiveness as a destination for foreign investment”.

¹¹ 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)

¹² 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.

¹³ Artikel 8.18 CETA.

¹⁴ Artikel 8.36 (1) CETA jo artikel 4 Uncitral-transparantievoorschriften.

¹⁵ Artikel 23 TTIP ICS voorstel, te raadplegen via

https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf

dit asymmetrische aspect van investeringsarbitrage in CETA juist de rechtstaat ondermijnt omdat het systeem bepaalde actoren uitsluit en buitenlandse investeerders geen verplichtingen oplegt.¹⁶

Zie ook: Alessandra Arcuri en Laurens Ankersmit, '[CETA ondermijnt rechtstaat en energietransitie](#)' *NRC Opinie* 10 februari 2020

¹⁶ Alessandra Arcuri 'The Great Asymmetry and the Rule of Law in International Investment Arbitration' *Yearbook on International Investment Law and Policy* 2019