

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a postprint version which may differ from the publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<https://hdl.handle.net/2066/219038>

Please be advised that this information was generated on 2020-10-24 and may be subject to change.

CETA ja, CETA nee? 9 korte overwegingen ten behoeve van een op feiten gebaseerde besluitvorming in de Eerste Kamer

Prof. dr. Henri de Waele, Radboud Universiteit Nijmegen / Universiteit Antwerpen

I) Fundamentele bezwaren tegen de bepalingen over investeringsbescherming en het voorgenomen Investment Court System (ICS) zijn an sich een valide reden om tegen het wetsvoorstel tot goedkeuring van de Brede Economische en Handelsovereenkomst met Canada (CETA) te stemmen. Door een dergelijke tegenstem zou een blokkade vanuit Nederland ontstaan, waardoor de inwerkingtreding van het verdrag als geheel in gevaar komt. Dit is dan echter onvermijdelijke *collateral damage*. De EU-instellingen en lidstaten kozen er zelf voor de dimensies handel en investeringen met elkaar te verknopen in één document. Dit was allesbehalve noodzakelijk: er zijn diverse voorbeelden van akkoorden waarin dat niet gebeurde, ook uit het tijdperk vóór CETA. Men had bovendien de kans op een Nederlandse spaak in het wiel, puur vanwege de bepalingen over investeringsbescherming, eerder al kunnen onderkennen: in de aanloopfase hebben 'we' immers uitdrukkelijk laten blijken dat die voor 'ons' niet per se hoefden. Als het Nederlands parlement 'nee' zegt **vanwege dit specifieke onderdeel** is in zekere zin sprake van een voorspelbare, en niet illegitieme manoeuvre.

II) Voor de juridische zuiverheid zouden echter ándere aspecten, zoals kringlooplandbouw en dierenwelzijn, geen basis dienen te vormen voor een tegenstem. Weliswaar kan en mag men zich daar gereede zorgen over maken, het is niet meer aan Nederland om dergelijke bezwaren nu de doorslag te laten geven. De exclusieve bevoegdheid ten aanzien van de handelsaspecten ligt immers bij de EU, niet meer bij de individuele lidstaten. De Europese instellingen hebben op democratische wijze de voor- en nadelen van die aspecten afgewogen, en daar uiteindelijk voor getekend. Voor een compleet beeld is het verder goed om erop te wijzen dat parlementen in ecologisch-progressieve naties als **Finland, Denemarken en Zweden** zich inmiddels met CETA hebben durven verenigen. Daar meende men dan eveneens, ondanks eventuele aarzelingen over de aspecten die onder de exclusieve bevoegdheid van de EU vallen, dat het hele verdrag er niet op zou mogen stranden. Ook de investeringscomponent kon kennelijk hun goedkeuring wegdragen.

III) Vanuit juridisch oogpunt zouden de enige valide en legitieme bezwaren tegen CETA zich dus móéten concentreren op het onderdeel ICS. De meeste scepsis en afkeer in dit verband lijkt echter gericht tegen de verouderde voorganger van dit systeem (ISDS), en onvoldoende rekenschap te nemen van de talrijke aanpassingen. Door sommigen zijn deze aanpassingen laatdunkend als een *rebranding exercise* weggezet. Dat het echter om meer gaat dan cosmetica is een mening die niet alleen wordt gedeeld

door geharde voorstanders, maar **zelfs door kritische wetenschappers** die al langer voor hervormingen hebben gepleit. Vier essentiële innovaties in een notendop:

- De partijen in het geding kiezen niet langer zelf hun rechters; deze worden bij toerbeurt aangewezen, en moeten aan rigide benoemingsvereisten voldoen;
- Hoorzittingen van het investeringshof zijn openbaar, en zowel bewijsmaterialen, processtukken als oordelen dienen te worden gepubliceerd, wat qua transparantie een enorme voortuitgang is t.o.v. de huidige praktijken;
- Derden (zoals ngo's) mogen zich in de procedure mengen en hun standpunten met het hof delen, om zo een reële invloed op de besluitvorming uit te oefenen;
- De revolutionaire mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep biedt een cruciale waarborg voor evenwichtige, kwalitatief hoogstaande einduitspraken.

IV) De onafhankelijkheid van de leden van het hof wordt niet alleen gegarandeerd doordat zij over de kwalificaties moeten beschikken om in eigen land in een rechterlijke functie te worden benoemd, maar tevens door het verbod om als raadsman, expert of getuige op te treden in andere investeringsgeschillen. Als er toch nog twijfel rijst over hun onpartijdigheid, is voorts voorzien in een **solide mechanisme voor wraking**. Daarbij is de president van het Internationaal Gerechtshof in Den Haag een spilfunctie toebedeeld als extern toezichthouder c.q. ombudspersoon. Vermeende prikkels voor leden van het ICS om in het voordeel van investeerders te oordelen, worden hiermee krachtig ingedamd. Overigens is het veelgehoorde verwijt dat er onder hen een dergelijke *bias* zou bestaan niet aantoonbaar op grond van de cijfers.

V) In Nederland en elders leeft een ernstige vrees dat grote bedrijven een lawine aan claims zullen gaan indienen tegen staten die regels vaststellen in het algemeen belang, bijvoorbeeld waar het gaat om milieu, volksgezondheid of consumentenbescherming. Hieruit vloeit het populaire idee voort dat ICS met name ten dienste zal staan van multinationals (al dan niet actief in de fossiele-brandstoffensector). Er is echter voldoende reden om aan te nemen dat ook het midden- en kleinbedrijf er zijn voordeel mee zal doen, mede door de in CETA getroffen voorzieningen voor gefinancierde rechtshulp. Tegelijk zal ICS de **'groene' investeerders baten** die geconfronteerd worden met onbehoorlijk optreden van overheidsinstanties, vooral in landen waar een eerlijke en effectieve procedure naar nationaal recht niet of minder waarschijnlijk is.

VI) Malafide investeerders die voornemens zijn ICS voor hun kar te spannen op basis van gunstige ervaringen met ISDS, zouden met het nieuwe systeem wel eens van een **koude kermis** kunnen thuiskomen. Frivole, evident ongefundeerde claims zullen van meet af aan worden afgewezen. Artikel 8.22 CETA bevat daarnaast een zogeheten *fork-in-the-road*- of *no u-turn*-bepaling: wie gebruikt maakt van ICS dient af te zien van een procedure bij de nationale rechter, en vice versa. Overheden hebben bovendien het verdrag aan hun kant bij het introduceren en handhaven van regels in het algemeen

belang. Zolang zij redelijk en zorgvuldig te werk gaan, reduceert het op meerdere plaatsen onderstreepte *right to regulate* de kans op succesvolle claims tot nul. Hier komt het *loser-pays-principle* nog eens bij, het beginsel dat de verliezende partij alle proceskosten dient te betalen. De combinatie van deze vier elementen leidt potentieel tot een *chilling effect* voor bedrijven om al te lichtzinnig van ICS gebruik te gaan maken.

VII) Deze uitgekende opzet van ICS zal dus denkkelijk resulteren in een *litigatory chill*, en de procedeerlust van te kwader trouw opererende ondernemingen aanmerkelijk doen verminderen. Dit betreft voornamelijk een vermoeden; het is echter momenteel niet speculatiever dan het vaak genoemde risico van *regulatory chill* dat beweerdelijk van investeringsarbitrage zou uitgaan. Hard wetenschappelijk bewijs voor het bestaan van *regulatory chill* is evenmin voor handen. Volgens sommigen hebben de afgewezen miljardenclaims van Philip Morris tegen Uruguay en Australië in 2016 en 2017 (met veroordeling in de proceskosten) juist een *chilling effect* op de pogingen van investeerders om wetgeving in het algemeen belang te ondermijnen.

VIII) Het valt niet te ontkennen dat ICS **onvolmaakt** kent. Zo is aan derden niet de mogelijkheid toegekend om zich als volwaardig deelgenoot (interveniënt e.d.) in een procedure te voegen. Eveneens is het indienen van een tegenclaim door een verwerende staat uitgesloten. Ook had al direct gekozen kunnen worden voor vaste bezoldiging van de leden van het hof, losgekoppeld van de duur van het geding, in plaats van dit te laten afhangen van een later besluit van het Gemengd Comité. Tevens is het opzetten en in de lucht houden van ICS een kostbare aangelegenheid, zelfs wanneer geschillen veelvuldig in enkelvoudige formatie zouden worden afgedaan.

IX) De **economische meerwaarde** van het opnemen van regels over investeringsbescherming in een handelsakkoord lijkt zeer beperkt. Onderzoek wijst uit dat de aantrekkelijkheid van een land of regio voor investeerders bepaald wordt door meerdere factoren, waaronder de geografische ligging, kwaliteit van de infrastructuur en arbeidsmarkt / beroepsbevolking. Er is geen bewijs dat de geboden juridische bescherming voor investeerders hierbij een doorslaggevende rol speelt. De commerciële voordelen zijn kortom niet aanwijsbaar groot. De risico's echter evenmin.

De voorgaande overwegingen bieden, naar verwacht, nuttige aanvullende informatie voor een op feiten gebaseerde besluitvorming. Uiteraard dient u zelf de plus- en minpunten tegen elkaar af te zetten. Hoewel afspraken over investeringsbescherming tussen ontwikkelde landen op zichzelf geen *must* zijn, zal ICS naar verwachting de nodige inspiratie verschaffen op mondiaal niveau, en er op termijn toe bijdragen dat het inferieure ISDS tot het verleden gaat behoren. De voorgestelde 'gouden standaard' is echter niet 24-karaats. Terwijl deze zeker kan worden beschouwd als een flinke stap voorwaarts, blijft de oprichting van een *Multilateral Investment Court* het ideaal.