

**INTERNATIONALE INVESTERINGSBESLECHTING**

**VAN AD HOC ARBITRAGE NAAR EEN  
PERMANENT INVESTERINGSHOF**

No. 95, april 2015

## **Leden Adviesraad Internationale Vraagstukken**

**Voorzitter** Prof.mr. J.G. de Hoop Scheffer

**Vicevoorzitter** Prof.dr. A. van Staden

**Leden** Mw. prof.dr. J. Gupta  
Prof.dr. E.M.H. Hirsch Ballin  
Mw. dr. P.C. Plooi-j-van Gorsel  
Mw. prof.dr. M.E.H. van Reisen  
LGen b.d. M.L.M. Urlings  
Prof.dr.ir. J.J.C. Voorhoeve

**Secretaris** Drs. T.D.J. Oostenbrink

Postbus 20061  
2500 EB Den Haag  
telefoon 070 - 348 5108/6060  
fax 070 - 348 6256  
aiv@minbuza.nl

## **Gecombineerde Commissie Internationale Investeringsbeslechting**

<b>Voorzitter</b>	Prof.mr. B.E.P. Myjer
<b>Leden</b>	Prof.dr. M.T. Kamminga Prof.dr. J.B. Opschoor Mr. W.L.E. Quaedvlieg Mr. C.G. Trojan
<b>Expertlid</b>	Mw. mr. H.M. Verrijn Stuart
<b>Secretaris</b>	Drs. J. Smallenbroek

# Inhoudsopgave

## Woord vooraf

<b>I</b>	<b>Inleiding</b>	<b>6</b>	
<b>II</b>	<b>Het internationale stelsel van ISDS</b>	<b>12</b>	
	<b>II.1</b>	<b>Materieel recht</b>	<b>12</b>
	<b>II.2</b>	<b>Procedureel recht</b>	<b>15</b>
	<b>II.3</b>	<b>ISDS en het nationale niveau</b>	<b>19</b>
	<b>II.4</b>	<b>ISDS en investeringen: enkele gegevens</b>	<b>21</b>
<b>III</b>	<b>Overzicht van zorgen over en kritiek op ISDS</b>	<b>25</b>	
	<b>III.1</b>	<b>Het recht te reguleren en regulatory chill</b>	<b>25</b>
	<b>III.2</b>	<b>Onpartijdigheid en onafhankelijkheid van arbiters</b>	<b>30</b>
	<b>III.3</b>	<b>Transparantie</b>	<b>32</b>
	<b>III.4</b>	<b>Coherentie, consistentie, rechtszekerheid</b>	<b>33</b>
	<b>III.5</b>	<b>Naar een Internationaal Investeringshof</b>	<b>37</b>
<b>IV</b>	<b>Samenvatting, conclusies en aanbevelingen</b>	<b>39</b>	
<b>Bijlage I</b>	Lijst met gebruikte afkortingen		
<b>Bijlage II</b>	Enkele bepalingen uit CETA over investeringsbescherming		

## Woord vooraf

Vele landen hebben verdragen gesloten met andere landen om hun wederzijdse buitenlandse investeringen te beschermen. Deze verdragen bieden bescherming aan buitenlandse investeerders tegen ongerechtvaardigd overheidsingrijpen door het land waar zij investeren. Vrijwel altijd bevatten zij bepalingen over de wijze waarop geschillen tussen staten en buitenlandse investeerders kunnen worden beslecht en meestal is één van de mogelijkheden dergelijke geschillen te beslechten via internationale arbitrage.

De beslechting van geschillen tussen investeerders en staten via internationale arbitrage (investor-state dispute settlement, ISDS) heeft in diverse opzichten behoorlijk gefunctioneerd. Niettemin zijn er zorgen over en is er terechte kritiek op het huidige stelsel van ISDS. Het is momenteel wereldwijd onderwerp van discussie. De onderhandelingen over het Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) hebben de maatschappelijke discussies over ISDS aangewakkerd, ook in Nederland. Een aantal landen heeft investeringsbeschermingsovereenkomsten (IBO's) opgezegd vanwege deze zorgen en gesignaleerde tekortkomingen, andere streven naar verbetering van ISDS. Tegelijkertijd stelt het bedrijfsleven dat ISDS een noodzakelijk instrument is voor effectieve investeringsbescherming.

De discussie vindt ook in Nederland plaats. Naar aanleiding van discussies in de Tweede Kamer heeft de minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelings-samenwerking een onderzoek laten instellen door de onderzoekers Tietje en Baetens en heeft zij in een brief aan de Tweede Kamer van 25 juni 2014 haar reactie gegeven op een aantal door de onderzoekers gedane suggesties om de risico's van ISDS te mitigeren.<sup>1</sup> Ook het bedrijfsleven, vakbonden, civil society en media hebben zich in de discussie gevoegd.

Er is geen discussie over de vraag of buitenlandse investeringen bescherming verdienen. Wel zijn vragen aan de orde of de modaliteiten van ISDS voldoen aan eisen van rechtsstatelijkheid en of de mogelijkheid van een ISDS-procedure staten terughoudend kan maken beleid te voeren en regels te stellen uit vrees voor aanzienlijke claims van investeerders. Samen betekenen deze ontwikkelingen dat er alle aanleiding is te komen tot herbezinning op de vormgeving van dit soort geschillenbeslechting en dat er een momentum is voor verandering.

Gezien de mondiale en maatschappelijke discussies over ISDS besloot de AIV in zijn vergadering van 7 november 2014 een advies uit te brengen over internationale arbitrage inzake geschillen tussen investeerders en staten, vanuit een rechtsstatelijk perspectief. De AIV hoopt met dit advies bij te dragen aan de politieke en maatschappelijke discussie over ISDS.

De AIV heeft op 7 november 2014 een gecombineerde commissie ingesteld onder voorzitterschap van prof.mr. B.E.P. Myjer om dit advies voor te bereiden. De leden van de commissie waren prof.dr. M.T. Kamminga (Commissie Mensenrechten, CMR), prof.dr. J.B. Opschoor (Commissie Ontwikkelingssamenwerking, COS), mr. W.L.E. Quaadvlieg (Commissie Europese Integratie, CEI), mr. C.G. Trojan (CEI) en

1 Tweede Kamer der Staten-Generaal 21501-02 nr. 1397.

mw. mr. H.M. Verrijn Stuart (CMR). Drs. J. Smallenbroek was de secretaris van de gecombineerde commissie. De commissie werd verder ondersteund door mw. L. Warnier en mw. E. Smit (stagiaires). Mw. mr. S.A. Blank (Ministerie van Buitenlandse Zaken) was de ambtelijke contactpersoon van de gecombineerde commissie.

De gecombineerde commissie heeft enkele deskundigen geconsulteerd, aan wie de commissie veel dank is verschuldigd. De geraadpleegde deskundigen waren prof.mr. A.J. van den Berg (arbitrator en partner bij Hanotiau & van den Berg), mr. H.H. Siblesz (Secretaris-Generaal van het Permanent Hof van Arbitrage) en de heer B.W. Daly (plaatsvervangend Secretaris-Generaal van het Permanent Hof van Arbitrage).

De gecombineerde commissie heeft mogen ervaren dat TTIP en ISDS ineens in een vrijwel constante belangstelling van de politiek, civil society en de media staan. Tijdens de voorbereidingen van dit advies verschenen niet alleen veel nieuwe publicaties. Zowel op Europees niveau, als via de eigen minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking werden nadere standpunten verkend of ingenomen.<sup>2</sup> De minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking en haar collega's uit Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Luxemburg en Zweden publiceerden een plan waarin onder meer staat dat overheden beleidsvrijheid hebben en houden en hoge eisen moeten worden gesteld aan de kwaliteit en de onafhankelijkheid van arbiters. Verder wordt gepleit voor een permanent secretariaat voor geschillenbeslechting.<sup>3</sup> Dat heeft ertoe geleid dat de gecombineerde commissie op een aantal punten niet met nieuwe gezichtspunten komt, maar zich beperkt tot het geven van commentaar op die nadere standpunten.

De AIV heeft het briefadvies vastgesteld in zijn vergadering van 10 april 2015.

2 Tweede Kamer der Staten-Generaal 21501-02 nr. 1481.

3 Zie: bijlage bij Tweede Kamer der Staten-Generaal 21501-02 nr. 1465.

# I Inleiding

In de geschiedenis van investeringsbescherming zijn diverse fasen te onderscheiden. Tot 1959 waren er geen specifieke investeringsbeschermingsverdragen. In 1959 is de eerste IBO tot stand gekomen. Vanaf het einde van de jaren zestig werd internationale arbitrage voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten in IBO's opgenomen. Geleidelijk werd er steeds meer gebruik gemaakt van ISDS. Momenteel staat de vraag centraal welke wijzigingen van het stelsel van investeringsbescherming nodig zijn. In dit advies wordt met ISDS alleen bedoeld geschillenbeslechting via internationale arbitrage, niet de geschillenbeslechting via nationale rechters.

## *Geschiedenis*

Reeds in de 17de eeuw sloten staten onderling *Friendship, Commerce and Navigation*-verdragen die economische relaties tussen staten in brede zin regelden. In de 19de en in het begin van de 20ste eeuw waren er verschillende opvattingen over de norm voor bescherming van buitenlandse investeringen. Westerse landen meenden dat het internationaal recht een minimumstandaard kent. Alle staten moeten die handhaven, ook als die meer bescherming biedt dan het nationale recht. Latijns-Amerikaanse landen echter volgden de Calvo-doctrine, volgens welke buitenlanders en hun eigendommen onderworpen waren aan het recht van het land waar zij verbleven. Zij kregen dezelfde bescherming als burgers van die staat. Dat sloot buitenlandse interventie en internationale arbitrage uit.

In 1959 werd de eerste IBO gesloten tussen Duitsland en Pakistan. Vervolgens is het aantal IBO's sterk gegroeid, bijvoorbeeld na het uiteenvallen van de Sovjet-Unie en de economische transitie in Oost-Europese landen. Ook waren steeds meer Latijns-Amerikaanse landen bereid IBO's af te sluiten.

De eerste IBO's bevatten geen bepalingen over beslechting van geschillen tussen staten en investeerders. In die periode kon een buitenlandse investeerder een geschil voorleggen aan een rechter in het gastland of hopen dat zijn eigen regering bereid was zijn belangen te verdedigen met diplomatieke middelen. Internationale arbitrage voor geschillen tussen investeerders en staten is een relatief nieuw verschijnsel. De verplichting nationale remedies uit te putten alvorens ISDS mogelijk was, raakte in onbruik. ISDS werd steeds meer gebruikt naast nationale rechtspraak. Kuijper geeft drie redenen voor de opkomst van ISDS.<sup>4</sup> In de eerste plaats waren investeerders afhankelijk van de bereidheid van hun thuisstaat om hun belangen te verdedigen tegen een andere staat. In de praktijk kwamen staten niet op voor al hun investeerders en leidde dit tot willekeur. In de tweede plaats vonden westerse overheden en investeerders dat rechters in kapitaalimporterende staten onvoldoende onafhankelijk waren en over te weinig deskundigheid beschikten en dat procedures te duur waren. In de derde plaats zou directe toegang tot ISDS de procedures sneller en efficiënter maken. Sinds de jaren

4 P.J. Kuijper, Study on investment protection agreements as instruments of international economic law. In: investor-state dispute settlement (ISDS), provisions in the EU's international investment agreements, volume 2, Policy Department DG External Policies, September 2014, p. 23.

negentig van de vorige eeuw is ISDS een min of meer vast onderdeel van alle IBO's.<sup>5</sup>

Deze verdragen bieden niet alleen voordelen aan investeerders, maar ook aan staten. Investeerders kunnen rekenen op betere bescherming. Voor staten is een IBO een aspect van een gunstig investeringsklimaat, waarmee buitenlandse investeringen kunnen worden aangetrokken. Dat leidt tot economische groei en werkgelegenheid.

In 1965 werd het opkomende stelsel van IBO's aangevuld met de *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (Washington Conventie); het eerste multilaterale raamwerk voor beslechting van geschillen tussen investeerders en staten. Dit verdrag trad op 14 oktober 1966 in werking, waarmee het *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) werd opgericht. Daarnaast nam de *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) in 1976 ook regels aan voor internationale commerciële arbitrage, die later ook werden toegepast voor geschillen tussen staten en investeerders.

ISDS is dus een relatief jong verschijnsel. Er wordt pas enkele decennia intensief gebruik van gemaakt. In 1972 werd de eerste zaak bij het ICSID geregistreerd en tot ongeveer de eeuwwisseling was het aantal nieuwe zaken per jaar op de vingers van één hand te tellen.<sup>6</sup> Er is een stijgende lijn in het aantal geschillen tussen investeerders en staten dat wordt beslecht via internationale arbitrage. Tegenwoordig zijn er jaarlijks enige tientallen nieuwe zaken. De toename van het aantal nieuwe zaken houdt waarschijnlijk verband met de wereldwijde toename van directe buitenlandse investeringen en de groei van het aantal IBO's. Het internationale arbitragerecht is dus nog volop in ontwikkeling en dat betekent dat diverse kwesties nog niet zijn uitgekristalliseerd.

Investeringsbescherming kan worden geregeld in diverse soorten verdragen. Sommige vrijhandelsverdragen bevatten bepalingen over investeringsbescherming. Er zijn ook investeringsverdragen die zowel investeringsbescherming als markttoegang omvatten. Verder zijn er die alleen betrekking hebben op investeringsbescherming. Hierna wordt de afkorting IBO gebruikt voor alle soorten verdragen die investeringsbescherming omvatten.

#### *Ontstaan van een momentum voor verandering*

Met de toename van ISDS bleken de tekortkomingen van het systeem. De kritiek op ISDS komt uit verschillende hoeken, van academici, praktijkjuristen (die als advocaat of arbiter ervaring met het systeem hebben), niet-gouvernementele en belangenorganisaties. De kritiek richt zich vooral op aspecten van rechtsstatelijkheid van ISDS. Daarnaast wijst men op het risico dat staten terughoudend worden beleid te voeren uit vrees geconfronteerd te worden met aanzienlijke financiële claims van investeerders. De vragen die rijzen ten aanzien van de rechtsstatelijkheid betreffen met name de consistentie van uitspraken van tribunalen, de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters en de transparantie van internationale arbitrage, die gezamenlijk de legitimiteit van ISDS beïnvloeden. Naar aanleiding van de zaken *Vattenfall* tegen Duitsland en *Philip Morris* tegen Australië, waarin overigens nog geen beslissingen genomen zijn, groeit onder delen van het

5 S. Hindelang, Study on investor-state dispute settlement ISDS and alternatives of dispute resolution in international investment law. In: investor-state dispute settlement (ISDS), provisions in the EU's international investment agreements, volume 2, Policy Department DG External Policies, September 2014, p. 48, met name voetnoot 29.

6 World Investment Report 2014, investing in SDG's: an action plan, p. 124.



maatschappelijk middenveld van diverse westerse landen de vrees dat investeerders aanzienlijke schadevergoedingen kunnen eisen naar aanleiding van democratisch genomen besluiten die het algemeen belang beogen te beschermen.

Een aantal landen heeft politieke conclusies verbonden aan de bezwaren tegen ISDS door af te zien van ISDS. Bolivia, Ecuador en Venezuela hebben de Washington Conventie opgezegd; Bolivia in 2007, Ecuador in 2009 en Venezuela in 2012. Venezuela heeft bovendien per 1 november 2008 de IBO met Nederland opgezegd. Australië heeft gedurende enkele jaren IBO's gesloten zonder de mogelijkheid tot ISDS, omdat de toenmalige regering geen bepalingen wenste te accepteren die de beleidsruimte van de regering op onder andere maatschappelijk en economisch terrein zou inperken.<sup>7</sup> De huidige Australische regering sluit internationale arbitrage niet uit als element van IBO's. Indonesië heeft de IBO's met onder andere Nederland niet verlengd per 1 juli 2015, maar is voornemens onderhandelingen te starten over modernisering van bilaterale IBO's. Zuid-Afrika heeft zijn IBO's met o.a. Nederland, Spanje, Duitsland en Zwitserland niet verlengd. In de meeste genoemde gevallen geven staten als motivering dat ISDS onwenselijk en niet noodzakelijk is en dat geschillen tussen staten en investeerders moeten worden beslecht via nationale rechters.

Ook in andere landen wordt de vraag gesteld of ISDS wenselijk en noodzakelijk is. Enkele decennia geleden werden IBO's gesloten tussen enerzijds kapitaalexporterende westerse landen met een goed ontwikkeld rechtssysteem en anderzijds kapitaalimporterende ontwikkelingslanden met een zwak rechtssysteem. Destijds was er geen debat over ISDS in westerse landen, omdat de noodzaak van ISDS evident leek. Tegenwoordig sluiten ook westerse landen IBO's met elkaar. Critici stellen dat ISDS in die relaties een overbodig instrument zou zijn omdat die landen goed functionerende rechtssystemen hebben. ISDS zou in hun ogen bovendien een rechtsgang bieden aan buitenlandse investeerders, die niet toegankelijk is voor binnenlandse investeerders.

Sinds de inwerkingtreding van het *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) in 1994 gaan ook in de Verenigde Staten steeds meer stemmen op voor wijziging van ISDS.<sup>8</sup> Zo is de Trade Act 2002 van kracht geworden, die de regering onder meer verplicht een beroepsorgaan voor ISDS na te streven en de regering een mandaat geeft transparant te zijn over alle geschillen tussen investeerders en de Amerikaanse overheid. Er is onder andere een publiek debat ontstaan over de mogelijke bedreiging van de beleidsvrijheid van de overheid. *Public Citizen* stelt bijvoorbeeld dat ISDS individuele buitenlandse bedrijven en investeerders bevordert tot dezelfde positie als soevereine regeringen, hen de macht geeft om naleving van een publiekrechtelijk verdrag op private wijze af te dwingen met voorbijgaan van nationale rechters en hen in staat stelt schadevergoeding te eisen omdat de bedrijven menen dat overheidsmaatregelen ten behoeve van bijvoorbeeld de volksgezondheid en het milieu hun rechten aantast.<sup>9</sup>

7 Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity, April 2011, p. 14.

8 G.A. Alvarez, W.W. Park, The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11, 28 Yale Journal of International Law 365 (2003). Zie: <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Chapter\\_IV-D-2\\_Investment\\_Arbitration.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Chapter_IV-D-2_Investment_Arbitration.pdf)>.

9 Public Citizen, Myths and Omissions: Unpacking Obama Administration Defenses of Investor-State Corporate Privileges, oktober 2014, p. 2. Zie: <<http://www.citizen.org/documents/ISDS-and-TAFTA.pdf>>. Geraadpleegd op 30 maart 2015.

In de Europese Unie (EU) is het maatschappelijke en politieke debat over ISDS vooral ontstaan naar aanleiding van de onderhandelingen tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten over het TTIP, een breed economisch akkoord dat onder andere beoogt regelgeving te harmoniseren, handelstarieven te minimaliseren en investeringen te beschermen. ISDS wordt waarschijnlijk een onderdeel van dat verdrag. De Unie heeft recent vrijhandelsovereenkomsten gesloten met Singapore (het *EU-Singapore Free Trade Agreement*) en Canada (het *Comprehensive Economic and Trade Agreement*, hierna: CETA) die bepalingen bevatten inzake ISDS. Beide verdragen zijn nog niet geratificeerd. Vanwege de maatschappelijke discussies over TTIP, in het bijzonder ISDS, besloot de Europese Commissie een online consultatie te houden in 2014, die tot ongeveer 150.000 reacties leidde. Een verslag van die consultatie werd gepubliceerd in januari 2015.<sup>10</sup> De EU zal de consultaties voortzetten.

Het debat over ISDS binnen de EU is bovendien om een andere reden van belang. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon zijn directe buitenlandse investeringen een competentie van de Unie en niet meer van de lidstaten (artikel 207 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie). Dit betekent onder andere dat op lange termijn een Europese IBO met derde landen in de plaats komt van de bilaterale IBO's van de lidstaten. Bestaande IBO's tussen een lidstaat en een derde land blijven in beginsel van kracht, totdat een IBO tussen de Unie met hetzelfde derde land in werking treedt. Omdat de EU deze nieuwe bevoegdheid heeft, zoekt zij naar een modern model voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten dat rekening houdt met nieuwe ervaringen en inzichten. De consultatie van de EU over ISDS als onderdeel van TTIP draagt daaraan bij.

De Europese Commissaris voor Handel, Cecilia Malmström, stelde in een toespraak tot het Europees Parlement op 18 maart 2015 dat de EU streeft naar opname van ISDS in het TTIP conform de wijze waarop dat is geregeld in de tekst van het CETA, met enkele aanvullingen. Zij suggereerde dat de beleidsvrijheid van staten beter beschermd kan worden, dat de keuze van arbiters beperkt moet zijn tot een lijst met hooggekwalificeerde juristen, dat in het TTIP een voorziening voor een beroepsorgaan moet worden getroffen en dat investeerders moeten worden gedwongen te kiezen tussen nationale procedures of internationale arbitrage. Ook informeerde zij het Europees Parlement dat haar staf onderzoek doet naar de mogelijkheden van de oprichting van een multilateraal permanent investeringshof.<sup>11</sup>

Ook in Nederland is TTIP aanleiding tot politieke en maatschappelijke discussies over internationale arbitrage voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten. Zo werd met een brede meerderheid een motie<sup>12</sup> aangenomen, waarin de minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking onder andere werd verzocht onderzoek te laten doen naar de potentiële sociale en milieurisico's en de gevolgen van ISDS voor Nederland en naar de financiële risico's voor de Nederlandse overheid. In juni 2014 zond de minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking een onderzoeksrapport aan de Tweede Kamer der

10 Zie: <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153044.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf)>.

11 Zie: <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-15-4624\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-4624_en.htm)>. Geraadpleegd op 30 maart 2015.

12 Tweede Kamer der Staten-Generaal, 33750-XVII, nr. 42.

Staten-Generaal,<sup>13</sup> dat werd opgesteld door de onderzoekers Tietje en Baetens. In de aanbiedingsbrief aan de Tweede Kamer nam de minister reeds een aantal standpunten in over modernisering van ISDS. In februari 2015 sprak minister Ploumen zich onder andere uit voor een permanent hof voor de beslechting van geschillen tussen staten en investeerders.<sup>14</sup>

Het Platform voor Authentieke Journalistiek, het Transnational Institute en de Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen stellen in een brochure dat ISDS aan vele tekortkomingen lijdt.<sup>15</sup> Buitenlandse investeerders hebben onder ISDS het recht staten aan te klagen als de zakelijke belangen van een bedrijf te lijden hebben van regeringsbeleid. Een ad hoc tribunaal van commerciële juristen zou de claim dan beoordelen zonder te kijken naar het algemene belang en schadevergoedingen toekennen die in de vele honderden miljoenen euro's zouden lopen.

De *European Trade Union Confederation* stelde in een gesprek met Eurocommissaris Malmström dat gezien de aanzienlijke investeringen over een weer, nieuwe procedures voor ISDS in TTIP overbodig zijn.<sup>16</sup> De Federatie van Nederlandse Vakverenigingen vreest dat ISDS zal leiden tot ondermijning van wet- en regelgeving die werknemers beschermt. Als de winst dreigt te worden aangetast door regels en wetten, zouden bedrijven via ISDS overheden onder druk kunnen zetten om die wetten en regels in te trekken of aan te passen.<sup>17</sup>

In academische kringen, onder praktijkjuristen en onder beleidsmakers wordt het debat over ISDS al veel langer gevoerd.<sup>18</sup> Op de websites van de *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) en de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) zijn vele documenten te vinden die daarvan getuigen. Deze bieden aanknopingspunten voor verbeteringen van ISDS. Dat debat heeft in de afgelopen jaren reeds tot aanzienlijke aanpassingen in IBO's geleid. Een voorbeeld is de model-IBO van de Verenigde Staten. Ook het CETA tussen de EU en Canada is daarvan een voorbeeld: dit conceptverdrag bevat veel meer bepalingen over investeringsbescherming en ISDS dan oudere IBO's. Bovendien zijn de meeste begrippen duidelijker gedefinieerd. Ook de beleidsvrijheid van staten is beter beschermd in het CETA dan in oudere IBO's. Over dit verdrag is sinds 2009 onderhandeld. De onderhandelingen over de tekst zijn afgesloten en momenteel vindt een juridische controle van de tekst plaats (*legal scrubbing*), waarbij nog ruimte bestaat om technische verbeteringen op te nemen.

13 Tweede Kamer der Staten-Generaal, 21501-02, nr. 1397.

14 Tweede Kamer der Staten-Generaal, 21501-02, nr. 1465.

15 Platform Authentieke Journalistiek, TNI en SOMO, Feiten of fabels, 7 claims over TTIP, juni 2014, <[http://somo.nl/publications-nl/Publication\\_4085-nl](http://somo.nl/publications-nl/Publication_4085-nl)>, pp. 22-26.

16 Zie: <<http://www.etuc.org/press/level-trans-atlantic-investment-shows-isds-not-necessary>>.

17 Zie: <[http://www.fnv.nl/site/nieuws/webassistent/l.vermeulen/meer\\_beroepsziekten\\_door\\_handelsverdrag\\_ttip/ttip\\_de\\_snelweg\\_naar\\_slechtere\\_arbeidsomstandigheden\\_in\\_europa.pdf](http://www.fnv.nl/site/nieuws/webassistent/l.vermeulen/meer_beroepsziekten_door_handelsverdrag_ttip/ttip_de_snelweg_naar_slechtere_arbeidsomstandigheden_in_europa.pdf)>.

18 Zie bijvoorbeeld: M. Waibel (ed.), *The backlash against investment arbitration: perceptions and reality*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008.

### *Investerings en ISDS: het Nederlandse belang*

Voor Nederland heeft geschillenbeslechting tussen staten en investeerders een bijzondere betekenis. Wereldwijd behoort Nederland tot de top 20 van bronnen en van ontvangers van directe buitenlandse investeringen. Volgens gegevens van UNCTAD stond Nederland in 2013 met US\$ 37 miljard op de negende plaats van investeerders in het buitenland. Nederland is ook een van de grootste ontvangers van directe buitenlandse investeringen; in 2013 bedroegen die US\$ 24 miljard, waarmee Nederland op de 16de plaats stond.<sup>19</sup> Nederland heeft een groot aantal IBO's met andere landen gesloten, ongeveer 90. Nederlandse investeerders dienen relatief vaak claims in tegen staten die via internationale arbitrage worden beslecht, mede omdat Nederland de zetel is van de hoofdkantoren van relatief veel grote multinationale bedrijven. Omgekeerd heeft Nederland zich nog niet hoeven verweren tegen een claim van een investeerder voor een internationaal arbitragetribunaal.

### *Opzet van dit advies*

Vrijwel alle IBO's bieden buitenlandse investeerders de mogelijkheid geschillen met gastlanden te beslechten via internationale arbitrage. In hoofdstuk II zal worden toegelicht hoe het internationale stelsel voor ISDS werkt. De materiële normen, de procedures en de fora worden besproken. In dat hoofdstuk wordt ook de relatie met het nationale niveau toegelicht. Aan het slot van dit hoofdstuk worden statistische gegevens gepresenteerd.

In hoofdstuk III worden de belangrijkste zorgen over en kritiekpunten op ISDS besproken die zijn opgekomen in de internationale discussie, vanuit het perspectief van de rechtsstaat. Ook wordt bij elk onderwerp aangegeven welke oplossingen in de literatuur worden aangedragen. Bovendien wordt de oprichting van een internationaal investeringshof besproken, als mogelijk alternatief voor ISDS op langere termijn.

In hoofdstuk IV volgen de samenvatting, conclusies en aanbevelingen.

Dit advies maakt geen systematische vergelijking tussen beslechting van geschillen over buitenlandse investeringen door nationale rechters enerzijds en door ISDS anderzijds. Het advies heeft vooral tot doel bij te dragen aan de discussie over verbetering van het stelsel van ISDS. Aangezien het TTIP mede aanleiding was tot het uitbrengen van dit advies, zal op diverse plaatsen aandacht worden geschonken aan ISDS in de context van TTIP en de investeringsrelatie tussen de Verenigde Staten en de EU.

<sup>19</sup> World Investment Report 2014, investing in SDG's: an action plan, p. xv.

## II Het internationale stelsel van ISDS

In het internationale recht worden twee soorten van internationale geschillenbeslechting onderscheiden: diplomatieke (zoals onderhandeling of bemiddeling) en juridische (arbitrage en rechtspraak). Juridische vormen van geschillenbeslechting leiden tot een voor partijen bindende uitspraak. Arbitrage onderscheidt zich van rechtspraak door het ad hoc karakter en doordat partijen zelf de arbiters aanstellen en tot op zekere hoogte zelf mogen bepalen welke procedures worden gevolgd. Arbitrage wordt daarom vaak aangeduid als partijenrechtspraak.

ISDS onderscheidt zich van commerciële arbitrage doordat het geen betrekking heeft op geschillen tussen private partijen, maar op geschillen tussen investeerders en staten. Dit verleent ISDS arbitrage een bijzonder en gevoelig karakter.

### II.1 Materieel recht

Het wereldwijde juridische raamwerk voor bescherming van investeringen tegen ongerechtvaardigd gedrag van overheden is zeer gefragmenteerd. Er is geen multilateraal verdrag dat materiële normen vastlegt voor de bescherming van investeringen. In het kader van de OESO werd in 1995 besloten een *Multilateral Agreement on Investment* te formuleren, maar de onderhandelingen hebben uiteindelijk niet geleid tot een multilateraal verdrag inzake investeringsbescherming. De bronnen van het internationaal arbitragerecht zijn in de eerste plaats de IBO's. Er zijn meer dan drieduizend bilaterale IBO's. Daarnaast zijn er enkele regionale IBO's, zoals het NAFTA tussen Canada, Mexico en de Verenigde Staten en het *Comprehensive Investment Agreement* van de *Association of Southeast Asian Nations*. Ook het Energy Charter verdrag beschermt investeringen.

Op hoofdlijnen komen de materiële bepalingen van IBO's sterk overeen, maar er is wel variatie. De kern van dergelijke verdragen bestaat uit drie elementen: de plicht tot eerlijke en billijke behandeling, het verbod op discriminatie tussen enerzijds buitenlandse investeerders en anderzijds binnenlandse investeerders en/of investeerders uit derde landen en het stellen van voorwaarden aan onteigening. Het verbod van discriminatie beoogt een gelijk speelveld te creëren voor alle investeerders. Daarnaast biedt een IBO wederkerige rechtsbescherming voor investeerders. IBO's verschillen in de toegang die zij bieden tot ISDS (bijvoorbeeld door de wijze waarop de begrippen investering en investeerder in het verdrag zijn gedefinieerd), procedures en gevolgen van inbreuken op het verdrag.

Gewoonlijk definiëren IBO's geen norm voor de mate van bescherming van investeringen, maar verwijst de IBO naar normen van nationaal recht en/of van internationaal recht. In een IBO wordt meestal minstens één van de drie volgende begrippen genoemd als norm voor de bescherming van investeringen: *National Treatment*, *Most Favoured Nation treatment* (MFN) en/of *Fair and Equitable Treatment* (FET). IBO's bepalen verder dat onteigening onder bepaalde voorwaarden is toegestaan. Het internationaal recht verbiedt onteigening van buitenlandse investeringen niet. Een staat mag buitenlandse eigendommen onteigenen mits dat geschiedt in het algemeen belang, op niet-discriminatoire wijze, volgens de wettelijke procedure en de schade wordt gecompenseerd. Onteigening kan geschieden door de juridische titel af te nemen (eigendom) of de investering fysiek over te nemen. Van indirecte onteigening kan sprake zijn als een staat maatregelen neemt die de eigenaar belemmeren zijn investering

te beheren of te gebruiken, zodat de economische waarde permanent sterk wordt aangetast.<sup>20</sup> In paragraaf III.1 wordt dit nader toegelicht.

*National Treatment* houdt in dat buitenlandse investeerders gelijk worden behandeld aan binnenlandse investeerders. Ze mogen niet worden gediscrimineerd ten opzichte van binnenlandse investeerders. *National Treatment* impliceert niet dat de nationale rechter bevoegd is, dat hangt van andere factoren af. Het is een vergelijkende norm; de inhoud hangt af van de behandeling die een binnenlandse investeerder ten deel valt in een vergelijkbaar geval. *National Treatment* kan naar internationale normen onvoldoende bescherming bieden, bijvoorbeeld als het nationale recht ruime mogelijkheden zou kennen voor onteigening zonder adequate compensatie. Een voorbeeld daarvan zijn de onteigeningen van boerderijen in Zimbabwe.

MFN<sup>21</sup> verplicht de staat investeerders minstens even goed te behandelen als een investeerder uit het meest gunstig behandelde derde land. Het is dus ook een vergelijkende norm. In dit geval hangt de inhoud af van de behandeling die een andere buitenlandse investeerder zou krijgen in vergelijkbare gevallen. Het bereik van deze norm wordt door tribunalen op verschillende wijze geïnterpreteerd.<sup>22</sup> Sommige tribunalen beperken toepassing tot de inhoudelijke beschermingsnormen, andere laten ook de procedures van IBO's met derde landen eronder vallen, als deze een gunstiger bescherming van de investeerder zouden bieden.<sup>23</sup>

UNCTAD stelt dat de historische oorsprong van FET refereert aan de minimale bescherming die volgens internationaal gewoonterecht moet worden geboden aan buitenlanders. In vele IBO's wordt FET echter genoemd zonder verwijzing naar het internationaal recht en hebben arbitrage-tribunalen het in sommige gevallen als zelfstandige norm gezien. In plaats van de inhoud van het begrip af te leiden van internationaal gewoonterecht, hebben deze tribunalen de inhoud afgeleid van de letterlijke betekenis. Tribunalen interpreteren FET soms als de verwachting van een investeerder dat een wettelijk kader stabiel blijft. De staat zou geen substantiële wijzigingen mogen aanbrengen in het beleid en regelingen die de economische waarde van de investering beïnvloeden. Een dergelijke interpretatie staat op gespannen voet met het recht van de staat om te reguleren.

Volgens UNCTAD ontstaat in de praktijk een zekere convergentie in de interpretatie van FET, los van de specifieke bewoordingen in de IBO. Vijf concepten staan centraal:

- verbod van willekeur;
- recht op een eerlijk proces;

20 UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Expropriation, United Nations, New York and Geneva, 2012, p. xi.

21 Most-Favoured-Nation Treatment: A Sequel. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva.

22 O.K. Fauchald, The legal reasoning of ICSID tribunals – an empirical analysis, The European Journal of International Law, volume 19 no. 2, p. 338.

23 Most-Favoured-Nation Treatment: A Sequel. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, p. xiv.

- verbod van discriminatie op manifest onredelijke gronden, zoals sexe, geloof en ras;
- verbod van corrupte praktijken;
- bescherming van gerechtvaardigde verwachtingen, in balans te brengen met het recht van de overheid om te reguleren.

Hoewel FET oorspronkelijk voortkomt uit de norm van internationaal gewoonterecht voor de minimale bescherming die moet worden geboden aan buitenlanders, is FET tegenwoordig dus vooral een procedurele norm, die refereert aan beginselen van een eerlijk proces. Naast de vijf centrale concepten beoordelen tribunalen volgens UNCTAD ook het gedrag van de investeerder. Als deze de risico's onvoldoende heeft onderzocht of fraude heeft gepleegd, dan kan dat een rechtvaardiging zijn geweest voor een staat om maatregelen te nemen.<sup>24</sup>

Het internationaal recht, waaronder de algemene beginselen van internationaal recht en internationaal gewoonterecht, beïnvloeden de toepassing en interpretatie van een IBO, aangezien een IBO onderdeel is van het internationale recht. De meeste IBO's bepalen dat tribunalen geschillen moeten beslechten in overeenstemming met de IBO en toepasselijke regels en beginselen van internationaal recht. Als een IBO verwijst naar een specifiek ander verdrag, dan wordt dat verdrag daarmee geïncorporeerd in de IBO.

Arbiters en rechters behoren IBO's te interpreteren volgens de regels van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, dat het internationaal gewoonterecht voor de interpretatie van verdragen codificeert. Artikel 31 van dat verdrag bepaalt dat een verdrag te goeder trouw moet worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag. Een IBO moet dus worden geïnterpreteerd op basis van de tekst en in het licht van het doel van het verdrag. Artikel 31 bepaalt ook dat rekening moet worden gehouden met iedere later tot stand gekomen overeenstemming tussen de partijen met betrekking tot de uitlegging van het verdrag of de toepassing van zijn bepalingen. Nadat een verdrag is geratificeerd kunnen verdragspartijen in aanvullende verklaringen duidelijk maken wat de juiste interpretatie is. Als deze interpretatiemethoden niet tot ondubbelzinnige resultaten leiden, dan mogen volgens artikel 32 aanvullende interpretatiemiddelen worden gebruikt. Rechters of arbiters kunnen dan ook de voorbereidende werkzaamheden en de omstandigheden waaronder het verdrag is gesloten in de beschouwing betrekken.

Het internationaal recht kent geen verplichting precedenten te volgen. In de praktijk verwijzen arbiters frequent naar uitspraken van andere tribunalen in eerdere zaken, zodat feitelijk wel sprake is van enige precedentwerking.<sup>25</sup>

Ook internationaal gewoonterecht vormt een bron van het materiële arbitragerecht. De minimale bescherming die volgens internationaal gewoonterecht moet worden geboden aan buitenlanders is niet duidelijk gedefinieerd. Daarnaast zijn andere leerstukken van internationaal publiekrecht relevant, zoals de leer ten aanzien van toerekening van

24 UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Fair and Equitable Treatment (UNCTAD/DIAE/IA/2011/5), New York and Geneva, 2012. Zie: <[http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf)>.

25 J.P. Commission, Precedent in investment treaty arbitration, a citation analysis of developing jurisprudence, *Journal of International Arbitration* 24(2), 2007, pp. 149-151.

gedrag aan staten, *denial of justice* en de minimale standaard voor bescherming van buitenlanders.<sup>26</sup>

Verder kunnen andere bronnen van materieel recht een rol spelen: het recht van het land waar de investering is gedaan (hierna: gastland), een overeenkomst tussen investeerder en staat inzake de investering waarover een geschil bestaat en een gezamenlijke interpretatie van het verdrag door de verdragsluitende partijen.

Uit een onderzoek van 1660 IBO's door de OESO blijkt dat slechts in 32% van de IBO's een bepaling is opgenomen over het toepasselijke recht. Deze IBO's noemen verschillende combinaties van rechtsbronnen: de IBO zelf, beginselen van internationaal recht, het recht van het land waar de investering is gedaan, overeenkomsten tussen staat en investeerder, interpretaties van het verdrag door de verdragsluitende partijen en andere relevante verdragen. Andere IBO's delegeren de keuze van het toepasselijk recht aan de partijen bij het geschil. Als de IBO niet voorschrijft welk recht van toepassing is, kan de keuze van een forum of procedureregels bepalend zijn.

## **II.2 Procedureel recht**

IBO's bieden de investeerder meestal een keuze uit verschillende procedures, waaronder beslechting van geschillen door een nationale rechter of ISDS. Daarnaast zijn andere regels van internationaal recht van toepassing. Een voorbeeld van een relevante regel van internationaal gewoonterecht is het beginsel dat een rechter zich niet zal uitspreken over een zaak die al aanhangig is bij een andere rechter (*litis pendens*). Dat zou *forumshopping* moeten voorkomen en komt aan de orde in paragraaf II.3.

Hieronder worden de drie meest gebruikte fora en procedures voor ISDS besproken. Het betreft arbitrage door het ICSID, arbitrage volgens de regels van UNCITRAL en door het Permanent Hof van Arbitrage (PHA). In meer dan de helft van de gevallen waarin geschillen worden beslecht door middel van ISDS worden de procedures van het ICSID gebruikt. Verder worden de procedures van UNCITRAL vaak gebruikt. Het ICSID biedt een forum en procedureregels, UNCITRAL alleen procedureregels en het PHA wordt primair als forum benut.

Daarnaast zijn er diverse instituten, vaak verbonden aan een Kamer van Koophandel, die faciliteiten aanbieden voor geschillenbeslechting. Aangezien deze instituten alleen incidenteel worden gebruikt voor ISDS, worden deze niet verder besproken. Daarbij zij aangetekend dat ISDS in het geheim kan plaatsvinden, zodat niet vaststaat of en hoe vaak deze instituten worden gebruikt. Niettemin zijn deskundigen van oordeel dat de meerderheid van de geschillen wordt beslecht volgens de regels van het ICSID en UNCITRAL.

ISDS heeft overigens als kenmerk dat – net als bij andere vormen van arbitrage – de partijen bij een geschil tot op zekere hoogte zelf mogen bepalen welke procedureregels zullen gelden. De verdragsluitende staten stellen daarvoor kaders (internationale verdragen, de nationale arbitragewet, het arbitragereglement en de arbitrageovereenkomst), maar daarbinnen kunnen de partijen bij het geschil nadere afspraken maken. In aanvulling daarop hebben ook arbiters een zekere vrijheid om de procedures naar eigen inzicht in te richten.

<sup>26</sup> UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Investor-State Dispute Settlement, A sequel, New York and Geneva, 2014, p. 132.



In ISDS kan sprake zijn van aanzienlijke machtsverschillen tussen de partijen bij het geschil. ISDS is ingevoerd om investeerders met weinig macht te beschermen tegen de willekeur van overheden of niet-onafhankelijke rechters. In de praktijk komt echter ook de situatie voor dat investeerders een zeer grote macht hebben en gastlanden relatief weinig. Beide situaties moeten meegenomen worden in de uitwerking van een goed ISDS systeem.

#### *International Centre for Settlement of Investment Disputes*

De *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (Washington Conventie) trad op 14 oktober 1966 in werking. Bij dit verdrag werd het ICSID opgericht, een onafhankelijk onderdeel van de Wereldbank Groep met eigen statuten, kapitaal, management en staf. Per 11 april 2014 hebben 159 staten het verdrag ondertekend, waarvan 150 het verdrag ook hebben geratificeerd. Polen is de enige EU-lidstaat die het verdrag niet heeft geratificeerd. Zoals hierboven vermeld hebben drie Zuid-Amerikaanse landen het verdrag inmiddels opgezegd: Bolivia in 2007, Ecuador in 2009 en Venezuela in 2012.

De regels van de Washington Conventie vormen een gesloten systeem; het staat los van nationale rechtspraak. Het verdrag legt de procedures vast, geen materieel recht. Het secretariaat van het ICSID faciliteert de tribunalen. De partijen bij het geschil bepalen hoeveel arbiters worden aangesteld en hoe zij worden benoemd. Als de partijen bij het geschil geen overeenstemming weten te bereiken over de samenstelling van het tribunaal, dan kan de voorzitter van de administratieve raad van het ICSID – die ook president van de Wereldbank is – op verzoek van minstens één van beide partijen de ontbrekende arbiters benoemen. Het centrum heeft dus een centrale logistieke rol.

Het tribunaal bepaalt zelf of het bevoegd is. Het tribunaal oordeelt op basis van het recht dat is overeengekomen door de partijen bij het geschil. Indien daarover geen overeenstemming bestaat, dan wordt het recht toegepast van de staat die partij is bij het geschil en eventuele andere toepasselijke regels van internationaal recht. Het tribunaal beslist met meerderheid van stemmen en legt het oordeel schriftelijk vast. De uitspraak wordt alleen met toestemming van beide partijen bij het geschil openbaar gemaakt.

Herziening van de uitspraak van het tribunaal is mogelijk op grond van nieuwe feiten, door een tribunaal van dezelfde samenstelling. Partijen mogen annulering van het oordeel vragen als gebleken is dat sprake was van corruptie bij een lid van het tribunaal, binnen 120 dagen na ontdekking van de corruptie. Verder kan annulering worden gevraagd binnen 120 dagen na bekendmaking van de uitspraak aan partijen indien een van beide partijen van oordeel was dat het tribunaal niet juist was samengesteld, het tribunaal zijn bevoegdheden heeft overschreden, het tribunaal procedureregels heeft geschonden of als het oordeel niet is gemotiveerd. Als annulering wordt verzocht, dan stelt de voorzitter van de administratieve raad een ad hoc commissie in van drie personen, gekozen uit een bestaande lijst van arbiters (het panel) waarop elke verdragspartij maximaal vier personen mag plaatsen. Als een uitspraak wordt geannuleerd, dan wordt een nieuw tribunaal samengesteld om een nieuw oordeel te vellen.

De uitspraak van een tribunaal is finaal en bindend. Alle partijen bij de Washington Conventie zijn verplicht de financiële gevolgen ervan af te dwingen; de uitspraken hebben dezelfde kracht als een finaal oordeel van een nationale rechter. Nationale rechters zijn niet bevoegd uitspraken van een ICSID-tribunaal te herzien of te vernietigen.

De regels van de Washington Conventie zijn bindend en een deel van de administratieve

en financiële voorschriften is dat ook. In de praktijk worden ook de regels gevolgd die niet bindend zijn, omdat de partijen bij een geschil meestal geen overeenstemming bereiken over alternatieve regels.

De regels van de Washington Conventie zijn alleen van toepassing voor geschillen waarbij beide betrokken staten (het thuisland van de investeerder en het gastland) partij zijn bij het verdrag. Het ICSID kan ook arbitrage faciliteren indien een van beide staten geen partij is bij het verdrag. In dat geval is de Washington Conventie niet van toepassing en gelden de *Additional Facility Rules*. Aangezien deze niet in een verdrag zijn vastgelegd, zijn deze niet bindend. Dat de Washington Conventie niet van toepassing is, heeft twee belangrijke gevolgen. In de eerste plaats heeft een uitspraak van een tribunaal dan niet dezelfde kracht als een vonnis van een nationale rechter in elk land dat partij is bij de Washington Conventie. Dat maakt de uitvoering van de uitspraak lastiger. In de tweede plaats is het dan niet mogelijk annulering van de uitspraak te eisen door een ad hoc tribunaal onder de Washington Conventie. Wel is vernietiging mogelijk bij de nationale rechter in de plaats van de arbitrage, volgens nationaal recht. Als geschillenbeslechting plaatsvindt onder de *Additional Facility Rules*, is er dus wel een verband met het nationale recht en nationale rechtspraak. Dit is van groot belang omdat enkele leden van de G-20 geen partij zijn bij de Washington Conventie, namelijk Brazilië, India, Mexico en Zuid-Afrika (stand van zaken per 11 april 2014).

Alleen staten kunnen partij worden bij de Washington Conventie; indien de EU en de Verenigde Staten het ICSID zouden willen kiezen als één van de fora voor ISDS in het TTIP, dan zouden de *Additional Facility Rules* gelden indien de EU de verwerende partij zou zijn in een geschil. Het vrijhandelsverdrag tussen de EU en Canada (CETA) noemt het ICSID als een van de fora voor ISDS.

#### *United Nations Commission on International Trade Law*

De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties heeft in 1966 UNCITRAL opgericht. UNCITRAL is dus een commissie van de VN. UNCITRAL richt zich onder andere op geschillenbeslechting, internationale handelscontracten, transport, faillissementen, elektronische handel, internationale betalingen en aanbestedingen. De commissie bestaat uit 60 leden, die de geografische regio's en belangrijkste rechtstradities vertegenwoordigen. De leden zijn geen individuen, maar staten. De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties kiest de leden, elk voor een termijn van 6 jaren.

UNCITRAL heeft onder andere procedureregels voor arbitrage geformuleerd. Ze zijn niet in een verdrag vastgelegd. Deze regels zijn geformuleerd voor geschillen tussen commerciële partijen, maar worden ook gebruikt voor geschillen tussen investeerders en staten. In IBO's kan worden vastgelegd dat geschillen tussen staten en investeerders volgens deze regels zullen worden beslecht. Ongeveer een derde van de bekende geschillen werd volgens de regels van UNCITRAL beslecht. UNCITRAL faciliteert de tribunaal onder deze procedures niet, meestal doet het PHA dat.

Indien een investeerder en een staat onder de regels van UNCITRAL een geschil beslechten, dan moeten zij een plaats kiezen voor de arbitrage. Dat bepaalt welk nationaal recht van toepassing is, niet alleen materieel, maar ook procedureel.

De afdwinging van de uitvoering van de uitspraak van het tribunaal geschiedt in het land van de plaats van de arbitrage volgens nationaal recht en in andere landen met een beroep op de *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (New York Conventie), die de tenuitvoerlegging van arbitrale uitspraken regelt. Bij dit

verdrag zijn 154 landen partij. Vrijwel alle landen die geen partij zijn bij dit verdrag liggen in Afrika.

Als de rechter in het land van de plaats van arbitrage uitvoering van de uitspraak van het tribunaal toestaat of verbiedt, dan heeft dat geen juridische gevolgen voor de eventuele uitvoering van de uitspraak in andere landen. Rechters in andere landen kunnen tot een ander oordeel komen. In artikel 5 van het verdrag wordt opgesomd in welke – zeer beperkte – gevallen erkenning van een uitspraak van een tribunaal mag worden geweigerd, zoals het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst. De autoriteiten mogen erkenning en uitvoering weigeren als het geschil niet in aanmerking komt voor arbitrage onder nationaal recht of als erkenning en uitvoering in strijd zou zijn met het beleid van het land.

De rechter in het land van de plaats van de arbitrage heeft exclusieve bevoegdheid de uitspraak van het tribunaal te vernietigen. Het nationale recht van de plaats van de arbitrage bepaalt op welke gronden vernietiging mogelijk is. Rechters in andere landen zijn daartoe niet bevoegd. Als een uitspraak van een tribunaal is vernietigd, heeft het geen rechtskracht meer in andere landen. Nationale rechters spelen dus een grote rol in het systeem van UNCITRAL, in tegenstelling tot de Washington Conventie.

UNCITRAL biedt partijen tamelijk veel vrijheid om de procedures naar eigen inzicht in te richten. Het arbitragerecht van de plaats van arbitrage is bepalend voor de vrijheid die de partijen bij het geschil genieten.

#### *Het Permanent Hof van Arbitrage*

Het PHA is opgericht tijdens de Haagse Vredesconferenties om te arbitrerem tussen staten bij de *1899 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes*. Momenteel zijn 117 staten aangesloten bij het PHA. In 1907 werd een nieuwe versie van dit verdrag aanvaard, dat uitgebreider is dan het verdrag uit 1899. Het verdrag van 1907 geeft in artikel 15 een definitie van internationale arbitrage: *International arbitration has for its object the settlement of differences between States by judges of their own choice, and on the basis of respect for law*. Tegenwoordig biedt het Hof faciliteiten voor arbitrage tussen diverse soorten partijen: staten, internationale organisaties en particuliere partijen, zoals investeerders. Ook de EU valt daar dus onder.

Het PHA is geen hof in de bekende zin van het woord. Het is een instituut dat velerlei faciliteiten biedt aan partijen, waaronder het voeren van de griffie, het bieden van ruimte en steun bij de samenstelling van het tribunaal. Het overgrote deel van de arbitrage die plaatsvinden onder auspiciën van het PHA betreffen geschillen tussen investeerders en staten.

Elke partij bij de conventies van 1899 en van 1907 mag maximaal 4 namen voordragen voor een panel van arbiters. Deze moeten competent zijn op het gebied van internationaal recht en een hoog zedelijk aanzien genieten. Partijen kunnen, als zij besluiten hun conflict onder auspiciën van het PHA te laten beoordelen, uit dit panel hun arbiters kiezen. Maar het staat partijen ook vrij hun arbiters van buitenaf te halen. Met name commerciële bedrijven geven de voorkeur aan juristen uit eigen kring of advocaten die zijn aangesloten bij grote advocatenkantoren die zijn gespecialiseerd in investeringsarbitrage. Tribunalen kunnen bestaan uit een of meer leden, mits het aantal oneven is. Een arbiter wordt dus voor de duur van één zaak aangewezen. Of de documenten en zittingen openbaar zijn, hangt af van het onderliggende verdrag en de afspraken tussen partijen. Kenmerkend voor de arbitragepraktijk tot op heden is, dat partijen in de meeste gevallen van de

procedureregels kunnen afwijken en zelf ad hoc regels kunnen opstellen. Zo is ook de openbaarheid van de uitspraken geen regel, deze wordt per zaak bepaald door het verdrag en door de partijen. Bovendien kan het Hof ook arbitrage onder andere regels faciliteren, zoals die van UNCITRAL of ICSID. De Washington Conventie noemt het Hof expliciet als een mogelijke plaats waar de arbitrage kan plaatsvinden.

Beroep tegen de uitspraak is niet mogelijk. Wel is herziening mogelijk indien nieuwe feiten worden ontdekt en als de partijen bij het geschil vooraf zijn overeengekomen eventueel herziening toe te staan. In dat geval beslist een tribunaal van dezelfde samenstelling opnieuw over de zaak. De uitspraak bindt alleen de partijen bij het geschil. Het bureau van het PHA wordt gefinancierd uit contributies: alle partijen bij de verdragen van 1899 en 1907 moeten jaarlijks een vast bedrag betalen. De partijen bij een geschil dragen hun eigen kosten en een deel van de kosten van de procedures. In deel III van het verdrag van 1907 staan optionele procedureregels.

### **II.3 ISDS en het nationale niveau**

Nationaal recht speelt in ISDS een rol, omdat het één van de bronnen van arbitragerecht is. Een claim op basis van een IBO bij de nationale rechter is alleen mogelijk in het geval verdragen directe werking hebben in het nationale recht van het gastland. In sommige landen, zoals de Verenigde Staten, hebben verdragen echter geen directe werking en kan een nationale rechter regels van internationaal recht alleen toepassen als deze zijn opgenomen in een nationale wet. Een direct beroep op de IBO is dan niet mogelijk.

De meerderheid van de IBO's van westerse landen biedt de investeerder een keus om een geschil met een staat voor te leggen aan de nationale rechter van het gastland of aan een internationaal arbitrage-tribunaal. In moderne IBO's staat vrijwel altijd een bepaling die de investeerder de keus biedt tussen deze twee vormen van geschillenbeslechting.<sup>27</sup>

Als een IBO investeerders de mogelijkheid biedt om geschillen voor te leggen aan een nationale rechter en aan een arbitrage-tribunaal, moeten bepalingen worden opgenomen om gelijktijdige of achtereenvolgende *forumshopping* te voorkomen. Bekende voorbeelden zijn de *fork-in-the-road* clause en de *no-U-turn* clause. De *fork-in-the-road* clause houdt de verplichting in voor de investeerder om aan begin van de procedure definitief te kiezen voor een nationale of een internationale procedure. De *no-U-turn* clause staat een investeerder toe ISDS te starten nadat de zaak bij de nationale rechter aanhangig is gemaakt, maar de investeerder moet dan de nationale procedure afbreken.

In de praktijk is *forumshopping* lastig te voorkomen. Het leerstuk van *litis pendens* zegt dat de partijen, het object en de grond van een geschil identiek moeten zijn, anders is geen sprake van hetzelfde geschil. Bedrijven kunnen een lokale vestiging de zaak aanhangig laten maken bij de nationale rechter terwijl ISDS loopt, of een lagere overheid aanklagen in plaats van de staat, of tegelijk ISDS starten op grond van de IBO en een nationale procedure op grond van nationale wetgeving. Er zijn dus mogelijkheden om het leerstuk van *litis pendens* te ontwijken. In sommige IBO's is gepoogd dat te

27 Pohl, J., K. Mashigo and A. Nohen (2012), Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey, OECD Working Papers on International Investment, 2012/02, OECD Publishing, pp. 10-11. Dit is een onderzoek onder de IBO's van 54 landen die deelnemen aan de Friends of Investment Roundtables.

ondervangen. De *fork-in-the-road* bepaling ontmoedigt de gang naar de nationale rechter, hetgeen staten vaak onwenselijk vinden.

De OESO stelt dat in IBO's die werden gesloten in de jaren 70 en 80 van de vorige eeuw de verplichting tot uitputting van nationale remedies voordat toegang bestaat tot internationale arbitrage een gebruikelijke bepaling was, maar dat deze verplichting niet meer voorkomt in IBO's die na 2004 zijn gesloten.<sup>28</sup> In Nederlandse IBO's komt het vereiste van uitputting van lokale rechtsmiddelen niet voor. Het Europees Parlement verklaarde zich enkele jaren geleden voorstander van een dergelijke vereiste. Volgens een resolutie van 6 april 2011 *on the future European investment policy (the European Parliament)* "Believes that changes must be made to the present dispute settlement regime, in order to include the obligation to exhaust local judicial remedies where they are reliable enough to guarantee due process". De Europese Commissie heeft aan dit verzoek geen gevolg gegeven. Het CETA vereist geen uitputting van lokale rechtsmiddelen. Het vereiste van uitputting van nationale rechtsmiddelen voordat ISDS mogelijk is, maakt procedures langer en duurder.

#### *ISDS of nationale rechtspraak in TTIP?*

Zoals hiervoor is betoogd biedt een IBO buitenlandse investeerders vaak betere bescherming dan zij onder nationaal recht zouden hebben in landen waar discriminatie tegen buitenlanders op economisch terrein niet is verboden. In de Verenigde Staten is discriminatie van buitenlandse bedrijven niet expliciet verboden onder nationaal recht. Binnen de EU mag geen discriminatie plaatsvinden tussen bedrijven uit EU-lidstaten, maar EU-regelgeving verbiedt niet discriminatie van investeerders uit landen die niet tot de EU behoren. Weliswaar verbieden de verdragen van de *World Trade Organization* (WTO) discriminatie, maar die hebben voornamelijk betrekking op handel en daarnaast slechts op enige aspecten van buitenlandse investeringen. Een IBO verbiedt discriminatie tussen buitenlandse investeerders en binnenlandse investeerders en heeft daarom vaak toegevoegde waarde, los van de vraag of de IBO toegang biedt tot ISDS.

Van oorsprong werd ISDS ingevoerd voor landen met een zwak rechtssysteem. Door de mogelijkheid van ISDS was een investeerder niet aangewezen op nationale rechtspraak. Over het functioneren van de rechtsstaat in sommige EU-lidstaten bestaat twijfel, ook onder de organen en de andere lidstaten van de EU.<sup>29</sup> Dat zal in veel gevallen een reden zijn voor staten die met de EU een IBO sluiten, erop aan te dringen ISDS op te nemen in de IBO. In dat licht is het te verwachten dat de meeste IBO's die de EU in de nabije toekomst zal sluiten met derde staten, ISDS-bepalingen zullen bevatten, althans zolang er geen andere alternatieven zijn voor geschillenbeslechting door nationale rechters. Als alle landen goed functionerende rechtsstaten zouden zijn, dan zou één van de bestaansredenen van ISDS vervallen. Investeerders zouden dan meer vertrouwen hebben in nationale rechtspraak. Mede daarom is het van belang dat internationale samenwerking mede is gericht op versterking van de rechtsstaat in landen waar dat nodig is.

28 Pohl, J., K. Mashigo and A. Nohen (2012), *Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey*, OECD Working Papers on International Investment, 2012/02, OECD Publishing, pp. 13-14.

29 AIV, *De rechtsstaat: waarborg voor Europese burgers en fundament van Europese samenwerking*, advies nummer 87, Den Haag, januari 2014.

In een land met een goed functionerende rechtsstaat kan ISDS eveneens een nuttige aanvulling bieden als internationaal recht geen directe werking heeft in dat land. Als rechters niet verplicht zijn de materiële normen van internationaal recht toe te passen, dan lopen buitenlandse investeerders nog het risico gediscrimineerd te worden, zelfs als een IBO van kracht is die dat verbiedt. Zo heeft internationaal recht geen directe werking in de Verenigde Staten. De Europese Commissie stelde dat in enkele gevallen Amerikaanse rechters buitenlandse investeerders onvoldoende bescherming boden, ondanks het bestaan van een IBO. De Commissie sprak in die gevallen zelfs van *denial of justice*.<sup>30</sup> In Nederland hebben verdragen directe werking, maar dat is in de meeste EU-lidstaten niet het geval. Ook om deze reden is het te verwachten dat de meeste IBO's die de EU zal sluiten met derde staten, ISDS-bepalingen zullen bevatten.

#### **II.4 ISDS en investeringen: enkele gegevens**

##### *Geschillen tussen staten en investeerders over investeringen*

In dit advies worden diverse gegevens gepresenteerd over ISDS. Niet alle zaken worden echter openbaar gemaakt, zodat deze gegevens betrekking hebben op een deel van alle geschillen die worden voorgelegd aan internationale arbitragepanelen. De hieronder gepresenteerde gegevens moeten in dat licht worden gelezen.

Wereldwijd zijn er sinds 1966 per eind 2014 608 bekende geschillen voorgelegd aan internationale arbitragepanelen.<sup>31</sup> In totaal zijn claims ingediend tegen 101 staten. Argentinië heeft de meeste claims tegen zich (54), Venezuela volgt met 38. Verder staan in de top 10 Tsjechië, Egypte, Canada, Mexico, Ecuador, India, Oekraïne, Polen en de Verenigde Staten. Opvallend is dat de verwerende staten niet alleen ontwikkelingslanden zijn, maar ook rijke landen. Rijke landen hebben daarom steeds meer belang bij IBO's waarin een evenwicht wordt gevonden tussen bescherming van investeringen en hun beleidsvrijheid.

Deze gegevens weerspiegelen deels incidenten. De meerderheid van de geschillen tussen investeerders en Argentinië houden verband met de economische crisis in 2001-2002, waarna Argentinië ongeveer 40 claims tegen zich kreeg. In 2013 werden naar aanleiding van wijzigingen van regulering van de energiesector in Tsjechië 7 claims ingediend en naar aanleiding van wijzigingen van regulering van zonne-energie dienden investeerders tegen Spanje 6 claims in. Gezien de over het algemeen lage aantallen claims per land kunnen dergelijke gebeurtenissen de statistieken sterk beïnvloeden.

De investeerders die claims indienen zijn (per eind 2013)<sup>32</sup> vooral gevestigd in de Verenigde Staten (127 claims), Nederland (61), het Verenigd Koninkrijk (43), Duitsland (39), Frankrijk (31), Italië (26) en Spanje (25). Het totaal voor alle EU-lidstaten is 229, dat is 53% van alle bekende geschillen.

Van de 608 bekende geschillen zijn 356 zaken beslecht. De uitspraak van het arbitragepanel was in 37% van de gevallen in het voordeel van de staat, in 25%

30 Parliamentary questions, 27 January 2014, E-013215/2013.

31 UNCTAD, Recent trends in IIA's and ISDS, IIA issues note, no. 1 February 2015.

32 UNCTAD, Recent developments in investor-state dispute settlement (ISDS), IIA issues note, no. 1, April 2014.

in het voordeel van de investeerder en in 28% werd het geschil geschikt voordat het tribunaal een uitspraak deed. In de geschikte zaken bleef de uitkomst geheim. 8% van de zaken werd afgebroken om onbekende redenen en in 2% van de gevallen werd wel een inbreuk op het verdrag geconstateerd, maar geen schadevergoeding toegekend aan de investeerder.

De meerderheid van de eisers zijn grote bedrijven uit westerse landen, maar lang niet allemaal. Uit een onderzoek van 50 ICSID-zaken en 45 UNCITRAL-zaken concludeert de OESO<sup>33</sup> dat 22% van de eisers kleine investeerders of individuen zijn, vaak met slechts één of twee buitenlandse activiteiten. Van een derde van de eisers is nauwelijks openbare informatie te vinden, zodat deze eisers niet te classificeren zijn. Ongeveer de helft van de overige eisers bestaat uit middelgrote bedrijven of grote multinationale bedrijven. De nationaliteit van de investeerder is niet altijd gemakkelijk vast te stellen, omdat sommige multinationals zijn en van ongeveer een derde informatie ontbrak. In 14 van de 95 onderzochte zaken was de eiser afkomstig uit een laag inkomensland of middeninkomensland.

De meeste uitspraken van arbitragepanelen worden geïmplementeerd. De OESO meldt dat een aantal landen, waaronder Argentinië en Rusland, recent uitspraken van arbitragepanelen niet heeft uitgevoerd. De OESO tekent daarbij aan dat staten schadevergoeding soms laat of ten dele betalen, zodat niet duidelijk is of sprake zou zijn van toenemende niet-naleving.<sup>34</sup>

Onderzoek naar de omvang van claims en toegewezen schadevergoedingen wordt bemoeilijkt door het gebrek aan transparantie. In veel gevallen is de omvang van de claim niet bekend en diverse uitspraken blijven geheim, ook als het bestaan van het geschil wel openbaar is gemaakt. Franck<sup>35</sup> heeft een studie gedaan naar 52 finale uitspraken van panelen. In 31 gevallen werd geen schadevergoeding toegekend. In 13 gevallen werd een schadevergoeding toegekend tussen USD 1 miljoen en USD 5 miljoen, in 4 gevallen tussen USD 5 miljoen en USD 10 miljoen en in 4 andere gevallen (veel) meer dan USD 10 miljoen. Het gemiddelde van de toegekende schadevergoeding bedraagt USD 10,4 miljoen.

In haar onderzoek betrok zij ook zaken die nog niet zijn afgesloten. Zij merkt op dat in slechts 44 van de 82 onderzochte geschillen enige informatie beschikbaar was over de (gehele of gedeeltelijke) eis van de investeerder. De gemiddelde eis bedroeg USD 343 miljoen. Hoewel deze 44 zaken maar gedeeltelijk overlappen met de 52 zaken waarin een finale uitspraak was gedaan, concludeert zij dat het gat tussen de eis van USD 343 miljoen en de gemiddeld toegekende schadevergoeding van USD 10,4 miljoen zeer groot is.

Er is dus slechts onvolledige informatie beschikbaar over de omvang van claims en van toegewezen schadevergoedingen, zodat niet is vast te stellen of het bestaande

33 Organisation for Economic Co-operation and Development, investor state dispute settlement, public consultation: 16 May - 9 July 2012.

34 Organisation for Economic Co-operation and Development, investor state dispute settlement, public consultation: 16 May - 9 July 2012, pp. 29-30.

35 S.D. Franck, Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration, North Carolina Law Review, volume 86, 2007, pp. 57-62. Zie: <<http://ssrn.com/abstract=969257>>.

empirisch onderzoek een representatief beeld schetst. De redenen waarom claims en toegewezen schadevergoedingen geheim blijven zijn ook onbekend. Zo kan het zeer wel mogelijk zijn dat juist uitspraken waarin aanzienlijk hogere schadevergoedingen zijn toegewezen, geheim zijn gebleven.

*Investerings en ISDS: de Verenigde Staten en de EU*<sup>36</sup>

Nederland is een van de grootste investeerders in de Verenigde Staten en omgekeerd is de Verenigde Staten een van de grootste investeerders in Nederland, al is er geen bilaterale IBO. Volgens UNCTAD is 14,5% van de Amerikaanse directe buitenlandse investeringen gedaan in Nederland. Nederland is daarmee de belangrijkste bestemming van Amerikaanse directe buitenlandse investeringen. Nederland is de derde investeerder in de Verenigde Staten (10,4% van het totaal aan directe buitenlandse investeringen), na het Verenigd Koninkrijk (18,4%) en Japan (11,6%).<sup>37</sup>

Multinationale ondernemingen maken vaak gebruik van speciale juridische constructies voor het kanaliseren van investeringen. Dezelfde investeringen worden dan tegelijk als inkomend en uitgaand kapitaal geteld. Om deze dubbeltellingen te voorkomen heeft UNCTAD de gegevens over directe buitenlandse investeringen voor onder andere Nederland gecorrigeerd.<sup>38</sup> In dit advies zijn deze gecorrigeerde cijfers van UNCTAD gebruikt.

De totale investeringen in de Verenigde Staten zijn voor 62% afkomstig uit lidstaten van de EU. Omgekeerd is dat percentage 50.<sup>39</sup> Dat is relatief veel gezien de omvang van de onderlinge handel en het aandeel van de EU en de Verenigde Staten in de mondiale productie.

De Verenigde Staten hebben met de meeste EU-lidstaten geen IBO's, maar wel met Bulgarije, Kroatië, Tsjechië, Estland, Letland, Litouwen, Polen, Roemenië en Slowakije. Deze landen vertegenwoordigen slechts 1% van de Amerikaanse buitenlandse investeringen en maar 0,1% van de buitenlandse investeringen in de Verenigde Staten.

Investeerders hebben 16 zaken aangespannen tegen de Verenigde Staten voor beslechting via ISDS. Geen enkele daarvan is aangespannen door een bedrijf uit een lidstaat van de EU. Op één na gaat het om Canadese investeerders, de andere betreft een Mexicaans bedrijf. Alle 16 zaken zijn aangespannen onder het NAFTA. In 9 van de 16 zaken tegen de Verenigde Staten is een uitspraak gedaan en is de Verenigde Staten in het gelijk gesteld.

De EU-lidstaten hebben zich wereldwijd moeten verweren in 117 zaken, waarvan een kwart Tsjechië betreft. De overgrote meerderheid (88 zaken) betreft geschillen tussen een EU-lidstaat en een investeerder uit een andere lidstaat. Amerikaanse investeerders hebben 9 zaken aangebracht voor internationale arbitrage tegen een EU-lidstaat. Deze

36 UNCTAD, IIA issues note June 2014, no. 2, Investor-state dispute settlement: an information note on the United States and the European Union.

37 World Investment Report 2014, investing in SDG's: an action plan, pp. 79-80.

38 World Investment Report 2014, investing in SDG's: an action plan, p. 3.

39 World Investment Report 2014, investing in SDG's: an action plan, p. xxii.



hebben betrekking op lidstaten die relatief kort geleden zijn toegetreden tot de EU. EU-lidstaten winnen ongeveer de helft van de zaken en een kwart van de claims wordt geschikt. Als de investeerder wint, lopen de toegewezen bedragen sterk uiteen.

Een aantal Europese landen heeft zich nog niet hoeven te verweren in geschillen inzake investeringen, maar dat kan snel veranderen. Meer en meer worden westerse landen aangeklaagd wegens inbreuken op een IBO. Dat blijkt uit de recente claims tegen de Verenigde Staten, Spanje en Tsjechië. Voor de onderhandelingen over TTIP betekent dit dat zowel aan Europese zijde als aan Amerikaanse zijde belang bestaat bij een verdrag dat een goede bescherming van investeerders combineert met goede mogelijkheden voor staten om zich te verweren tegen claims van investeerders. Overigens kunnen staten, ook als er geen IBO van kracht is, worden gedwongen zich te verweren tegen een claim van een investeerder via nationale procedures.

### III Overzicht van zorgen over en kritiek op ISDS

In dit hoofdstuk worden zorgen over en kritiek op ISDS besproken, vanuit een rechtsstatelijke invalshoek. In de maatschappelijke discussie wordt onder meer als een punt van zorg aangedragen dat ISDS kan resulteren in uitkomsten die op gespannen voet staan met democratische besluitvorming en die tot aanzienlijke aanslagen op publieke middelen kan leiden.<sup>40</sup> Verder komt als rechtsstatelijke kritiek naar voren dat ISDS vaak gaat over publieke belangen terwijl de arbitrale procedure zich afspeelt achter gesloten deuren en dat arbitrage in incidentele gevallen heeft geleid tot tegenstrijdige uitspraken. Voorts worden kanttekeningen geplaatst bij de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters. De legitimiteit van ISDS is mede afhankelijk van oplossingen voor deze vraagstukken. Mogelijke oplossingen worden ook besproken, waaronder de instelling van een permanent hof voor geschillen tussen staten en investeerders. Overigens tekent de AIV hierbij aan dat in de kritiek vaak geen onderscheid wordt gemaakt tussen bepalingen uit oude eerste generatie IBO's en de bepalingen uit recente verdragsteksten zoals de Amerikaanse model-IBO en het CETA die reeds in allerlei opzichten tegemoet komen aan de kritiekpunten.

Dit overzicht is met name ontleend aan publicaties van UNCTAD<sup>41</sup> en van de OESO<sup>42</sup>, aangevuld met andere literatuur en informatie uit de gesprekken met deskundigen.

#### III.1 Het recht te reguleren en *regulatory chill*

Het recht te reguleren (beleidsvrijheid) moet worden onderscheiden van *regulatory chill*. Staten hebben het recht te reguleren, ook als dat schade doet aan investeringen. Als een staat eigendom onteigent, dan heeft een investeerder recht op een schadevergoeding. Bij het recht te reguleren is de kernvraag wanneer er een plicht bestaat schade van een investeerder te vergoeden. De term *regulatory chill* wordt gehanteerd om aan te geven dat een staat uit vrees voor claims van buitenlandse investeerders terughoudend is of wordt om nadere regels te stellen dan wel wordt aangespoord bestaande regels in te trekken, ook als dat gaat om de noodzakelijke of gewenste bescherming van publieke belangen als milieu, volksgezondheid en dergelijke.

##### *Het recht te reguleren*

Staten hebben het recht te reguleren; dat vloeit voort uit de soevereiniteit van staten, zo lang zij daarbij niet in strijd handelen met hun internationale verplichtingen. ISDS mag het recht om te reguleren niet aantasten en doet dat ook niet. Staten moeten altijd maatregelen kunnen nemen om het milieu te beschermen, de kwaliteit van arbeid te reguleren, toezicht op het bankwezen uit te oefenen, de volksgezondheid te bevorderen

40 Zie bijvoorbeeld: Platform Authentieke Journalistiek, TNI en SOMO, Feiten of fabels, 7 claims over TTIP, juni 2014, <[http://somo.nl/publications-nl/Publication\\_4085-nl](http://somo.nl/publications-nl/Publication_4085-nl)>.

41 UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Investor-State Dispute Settlement, A sequel, New York and Geneva, 2014 en UNCTAD 2013: Reform of Investor-State Dispute Settlement: in search of a roadmap. IIA Issues Note No. 2, June 2013.

42 OESO, Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04.

et cetera. Het eigendomsrecht van de investeerder verdient eveneens bescherming. Als staten gebruik maken van hun recht om te reguleren, kunnen situaties ontstaan waarin investeerders recht hebben op een schadevergoeding. Het gaat erom een evenwicht te vinden tussen het recht om te reguleren van de staat en het eigendomsrecht van de investeerder. Beide zijn legitieme belangen.

Het internationaal recht ten aanzien van het recht op schadevergoeding bij daadwerkelijke (zogenaamd directe) onteigening is helder.<sup>43</sup> Volgens het internationaal recht mag een staat buitenlandse eigendommen onteigenen mits dat geschiedt in het algemeen belang, op niet-discriminatoire wijze, volgens de wettelijke procedure en met vergoeding van de schade aan de investeerder. Van indirecte onteigening kan sprake zijn als een staat maatregelen neemt die de eigenaar belemmeren zijn investering te beheren of te gebruiken, zodat de economische waarde permanent sterk wordt aangetast.<sup>44</sup> Om vast te stellen of sprake is van indirecte onteigening – en of dus recht bestaat op schadevergoeding – moet een tribunaal van geval tot geval onderzoek doen in het licht van de feiten, de precieze formulering van de IBO en ander relevant recht. Daarbij zijn drie criteria relevant: de mate van inbreuk op het eigendomsrecht, het doel en de context van de overheidsmaatregel en de mate waarin de overheidsmaatregel inbreuk maakt op redelijke verwachtingen.<sup>45</sup> Sommige tribunalen nemen alleen het effect van de maatregel op de waarde van de investering in beschouwing (*sole effect*), andere betrekken ook het doel en de proportionaliteit van de maatregel bij hun oordeel over de vraag of er een recht bestond op schadevergoeding. In de praktijk halen claims inzake indirecte onteigening het zelden; zij slagen alleen als er van de eigendom weinig of niets meer over is.<sup>46</sup> De bepalingen van de meeste IBO's geven arbiters onvoldoende criteria om onderscheid te maken tussen gevallen waarin wel of niet recht bestaat op een schadevergoeding; door scherpere formuleringen in IBO's kan meer duidelijkheid worden geschapen.

Verder kan het voorkomen dat een staat in een noodsituatie wordt gedwongen bepaalde maatregelen te nemen. In een noodsituatie weegt het recht om te reguleren zwaarder dan in normale omstandigheden. Als de genomen maatregelen in normale omstandigheden zouden leiden tot een plicht tot schadevergoeding, hoeft dat in een noodsituatie niet zonder meer het geval te zijn. Volgens het internationaal gewoonterecht mag een staat internationale verplichtingen opschorten indien er een noodsituatie is (artikel 25 van de *International Law Commission's Articles on State Responsibility*). Aanvankelijk werd een noodsituatie geïnterpreteerd als een militaire noodsituatie, maar de moderne visie is dat de noodsituatie ook een economisch karakter kan hebben. Argentinië voerde dat

43 UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Expropriation, United Nations, New York and Geneva, 2012.

44 UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Expropriation, United Nations, New York and Geneva, 2012, p. xi.

45 Zie onder andere: OESO, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, en Prof.dr. C. Tietje and Prof.dr. F. Baetens, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, bijlage bij Tweede Kamer der Staten-Generaal 21501-02 nr. 1397, pp. 51-56.

46 UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Expropriation, United Nations, New York and Geneva, 2012, p. xii.

argument aan in het verweer tegen claims ingediend naar aanleiding van maatregelen om de economische crisis in 2001-2002 te bestrijden (zie III.4). Het is denkbaar dat dit begrip in de toekomst ruimer wordt geïnterpreteerd en bijvoorbeeld ook ecologische noodsituaties zal omvatten.

Het recht te reguleren is overigens onderhevig aan beperkingen, omdat staten vrijwillig partij zijn geworden bij verdragen die de beleidsvrijheid van staten beperken. Zo mogen leden van de WTO geen maatregelen nemen die handel belemmeren of tot protectionisme leiden. De beleidsvrijheid van EU-lidstaten is ingeperkt door EU-regelgeving op uiteenlopende terreinen zoals de interne markt en politie- en justitiesamenwerking.

Uit het *World Investment Report 2014* blijkt dat nieuwe regelgeving soms leidt tot claims van investeerders.<sup>47</sup> Ongeveer een kwart van de 56 bekende zaken die zijn gestart in 2013 zijn zaken tegen Tsjechië en Spanje vanwege nieuwe regulering van de duurzame energiesector. Voor Tsjechië gaat het om een (in 2011 ingevoerde) heffing op zonne-energie. Investeerders stellen dat daarmee de winstgevendheid wordt bedreigd en de prikkels voor bevordering van duurzame energie worden gewijzigd. De claims tegen Spanje betreffen een belastingheffing van 7% op inkomsten uit energieopwekking en vermindering van subsidies voor producenten van hernieuwbare energie.

In het CETA zijn belangrijke stappen gezet om claims van buitenlandse investeerders te voorkomen als een staat gebruik maakt van het recht om te reguleren, bijvoorbeeld door een meer nauwkeurige omschrijving op te nemen van indirecte onteigening. In de omschrijving (Annex X.11 van het CETA) wordt de *sole effect doctrine* afgewezen en worden enkele criteria voor het vaststellen van indirecte onteigening expliciet genoemd: de duur van de maatregel, de mate waarin de maatregel interfereert met redelijke verwachtingen en het doel, de context en de intentie van de maatregel. Artikel X.11 van CETA bepaalt onder meer dat dit artikel moet worden geïnterpreteerd in het licht van de verheldering van het begrip onteigening in Annex X.11. Derhalve bevat deze annex bindende bepalingen voor arbiters. Relevante passages uit het CETA zijn opgenomen in bijlage II.

Verder kunnen in IBO's uitzonderingen op bescherming van investeringen worden gedefinieerd, bijvoorbeeld bij maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid of het milieu. In Annex X.11 van het CETA is vastgelegd dat niet-discriminatoire maatregelen die zijn ontworpen om legitieme publieke belangen te beschermen, geen indirecte onteigening vormen, met uitzondering van zeldzame omstandigheden waar het effect van een maatregel zo ernstig is in het licht van zijn doelstelling dat deze manifest excessief is. Deze uitzondering is zo geformuleerd dat deze zeer weinig aanknopingspunten biedt voor claims. Zij is te zien als een redelijkheidsclausule.

Ten slotte kunnen in de preambule en in de bepalingen van de IBO het recht te reguleren of (specifieke) publieke belangen expliciet worden genoemd. Arbiters moeten een verdrag interpreteren mede in het licht van de preambule. In een preambule van een verdrag kan het recht om te reguleren worden genoemd, maar de preambule is niet de plaats om een begrip nauwkeurig te omschrijven. Alleen opname van specifieke bepalingen in het verdrag over het recht te reguleren kan afdoende bescherming bieden.

47 UNCTAD, *World Investment Report 2014*, p. 125.

Bij de bescherming van het recht om te reguleren moet ook rekening worden gehouden met toekomstige ontwikkelingen. Als een verdrag over klimaatverandering tot stand komt, dan zal dat in vele landen tot nationale maatregelen leiden die de rechten van buitenlandse investeerders in de fossiele brandstoffensector zullen aantasten. Buitenlandse investeerders zouden dan aanzienlijke schadevergoedingen kunnen eisen.

#### *Regulatory chill*

Een van de punten van kritiek op ISDS betreft het risico dat investeerders aanzienlijke claims tegen staten indienen, waardoor het recht tot reguleren van de overheid in het gedrang komt. De overheid zou beperkt kunnen worden publieke belangen te dienen uit vrees voor aanzienlijke schadeclaims van particuliere partijen. Daarbij zij aangetekend dat arbitrage-tribunalen staten niet kunnen dwingen regelgeving in te trekken. Als een tribunaal een schending van de IBO constateert, dan kan het tribunaal wel een schadevergoeding toekennen aan de buitenlandse investeerder.

Het zou niet aanvaardbaar zijn als staten zouden nalaten te reguleren uit angst voor schadeclaims van buitenlandse investeerders, waar dat een groot maatschappelijk goed zou dienen. Regulering kan echter leiden tot aantasting van eigendomsrechten en dan kan een schadeloosstelling passend zijn. Buitenlandse investeerders zouden in deze gevallen geen aanspraak moeten kunnen maken op meer bescherming dan binnenlandse investeerders.

Tietje en Baetens definiëren *regulatory chill* als het afzien door een overheidsactor om bona fide regulatoire maatregelen te treffen vanwege een gepercipieerde of werkelijke dreiging van arbitrage vanwege een investeerder.<sup>48</sup> De toevoeging van bona fide is essentieel, omdat maatregelen die beogen afbreuk te doen aan de belangen van buitenlandse investeerders of protectionisme nastreven, niet bona fide zijn en een inbreuk vormen op de IBO. Zij onderscheiden drie vormen van *regulatory chill*. *Anticipatory chill* houdt in dat overheden geen regelgeving gaan formuleren uit vrees voor potentiële geschillen met investeerders. In deze variant zijn overheden passief. Aangezien deze vorm van *regulatory chill* niet of moeilijk aan te tonen zou zijn, laten zij deze verder buiten beschouwing. De tweede vorm is *specific response chill*, waarbij een overheid een specifieke regulering niet tot stand brengt, nadat ze kennis hebben genomen van het risico van een geschil met een investeerder. De overheid verandert het beleid naar aanleiding van een (gepercipieerd) risico. De derde vorm is *precedential chill*, waarbij een staat het beleid aanpast naar aanleiding van de uitspraak van een arbitrage-tribunaal. In dit geval slaagt het beroep van het gastland op het recht te reguleren niet, moet dat land een schadevergoeding betalen aan een investeerder en besluit dat (of een ander) land naar aanleiding daarvan de maatregel in te trekken.

Tietje en Baetens beperken zich tot bespreking van mogelijke voorbeelden van de laatste twee varianten van *regulatory chill* en tot geschillen onder het NAFTA en het *Central America Free Trade Agreement*. Zij menen dat het aanwijzen van ISDS als oorzaak van *regulatory chill* voorbij gaat aan het feit dat in het politieke proces vaak vele factoren een rol spelen. Meestal spelen diverse overwegingen een rol om af te zien van regelgeving of deze in te trekken, bijvoorbeeld omdat de regelgeving in het land zelf controversieel is. In dergelijke situaties zou niet goed vast te stellen zijn dat ISDS de

48 Prof.dr. C. Tietje en Prof.dr. F. Baetens, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, bijlage bij Tweede Kamer der Staten-Generaal 21501-02 nr. 1397, paragrafen 67-73.

reden was dat een overheid regelgeving aanpaste of introk. Verder wijzen zij erop dat ook onder nationaal recht investeerders schadevergoeding kunnen claimen naar aanleiding van overheidsmaatregelen. Dat zou ook tot *regulatory chill* kunnen leiden.

Tietje en Baetens<sup>49</sup> bespreken drie gevallen die naar hun oordeel op het eerste gezicht een geloofwaardig voorbeeld zijn voor het optreden van *regulatory chill*, maar zij stellen dat het vanuit een juridisch en feitelijk oogpunt moeilijk is aan te tonen dat ISDS inderdaad de oorzaak van *regulatory chill* was. Zij concluderen dat er onvoldoende empirisch bewijs is om *regulatory chill* aan te tonen. Daarbij tekent de AIV aan dat er evenmin empirisch bewijs is dat *regulatory chill* niet optreedt. De conclusies van Tietje en Baetens inzake *regulatory chill* en mogelijke druk op de beleidsvrijheid van overheden als gevolg van ISDS neigen tot een onderschatting van de risico's, die deels is te herleiden tot door henzelf gekozen inperkingen in hun onderzoek. De AIV is van mening dat het niet duidelijk is in welke mate *regulatory chill* optreedt.

In de literatuur wordt vaak verwezen naar de zaak van sigarettenfabrikant Philip Morris tegen Australië als voorbeeld van *regulatory chill*. Philip Morris heeft Australië gedaagd voor een internationaal arbitrage-tribunaal onder de IBO tussen Hong Kong en Australië. In Australië mogen sigaretten sinds 1 december 2012 alleen worden verkocht in verpakkingen met de waarschuwing dat roken de gezondheid schaadt en zonder beeldmerk (*plain packaging*). Philip Morris eist een aanzienlijke schadevergoeding omdat het bedrijf zijn producten op deze wijze niet kan differentiëren van de concurrentie en daardoor schade oploopt, terwijl niet aangetoond zou kunnen worden dat deze wijze van verpakking roken ontmoedigt. Het tribunaal heeft nog geen uitspraak gedaan en het is dus te vroeg om te oordelen of dit al dan niet een geval van *regulatory chill* is.

In december 2013 heeft de regering van Nieuw Zeeland de *Smoke-free Environments (Tobacco Plain Packaging) Amendment Bill* aan het parlement voorgelegd. Het wetsvoorstel is nog in parlementaire behandeling. De regering kondigde eerder aan dat de afkondiging van de wet kan worden uitgesteld, afhankelijk van de uitkomst van de beslechting van het geschil tussen Philip Morris en Australië.<sup>50</sup> Als de regering van Nieuw Zeeland daadwerkelijk zal afzien van afkondiging van deze wet vanwege de uitkomst van het geschil tussen Australië en Philip Morris, dan zou dat een voorbeeld van *anticipatory chill* zijn.

Inmiddels hebben Oekraïne, Honduras, de Dominicaanse Republiek, Cuba en Indonesië elk een klacht ingediend bij de WTO omdat de wettelijke maatregel van Australië inbreuk zou maken op de overeenkomsten inzake intellectueel eigendom (*Trade Related Intellectual Property Rights*) en op de overeenkomst inzake technische handelsbelemmeringen.<sup>51</sup> De uitspraken van het panel dat deze vijf zaken behandelt, zullen op zijn vroegst in de eerste helft van 2016 bekend worden. Uitspraken van

49 Prof.dr. C. Tietje en Prof.dr. F. Baetens, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, bijlage bij Tweede Kamer der Staten-Generaal 21501-02 nr. 1397, paragrafen 74-79.

50 Turia, T., *Government moves forward with plain packaging of tobacco products*, [Beehive.govt.nz: The Official Website of the New Zealand Government](http://www.beehive.govt.nz/release/government-moves-forward-plain-packaging-tobacco-products), 19 February 2013, available at <<http://www.beehive.govt.nz/release/government-moves-forward-plain-packaging-tobacco-products>>. Geconsulteerd op 16 februari 2015.

51 De nummers van deze zaken zijn DSB-434, DSB-435, DSB-441, DSB-458 en DSB-467.

WTO-panelen kunnen niet leiden tot schadevergoedingen, maar wel tot de verplichting regulering aan te passen of in te trekken. Langs deze weg zou Australië dus gedwongen kunnen worden de wet op *plain packaging* in te trekken. Hieruit blijkt dat het recht om te reguleren van Australië wordt beperkt door de verdragen waarbij Australië partij is geworden in het kader van de WTO. Er is evenwel geen claim van een buitenlandse investeerder in het spel en dus is er geen sprake van *regulatory chill*, zoals hiervoor gedefinieerd.

In de literatuur treft men diverse mogelijkheden aan om *regulatory chill* te verminderen of te voorkomen. In wezen gaat het om dezelfde maatregelen die kunnen worden genomen om de beleidsvrijheid van staten te beschermen tegen claims van buitenlandse investeerders: indirecte onteigening scherp definiëren, *sole effect* doctrine afwijzen, uitzonderingen op bescherming van investeringen onder de IBO definiëren en het recht om te reguleren opnemen in de bepalingen van de IBO.

### III.2 Onpartijdigheid en onafhankelijkheid van arbiters

Daly wijst op de kritiek van academici en praktijkjuristen, die stellen dat te vaak arbiters worden gezocht die hun plicht verzaken om geschillen onafhankelijk en onpartijdig te beslechten en in plaats daarvan pleitbezorger zijn voor de partij die hen benoemde. Deze zorg over de neutraliteit van arbiters die door partijen worden aangezocht is al oud.<sup>52</sup>

De Venetië Commissie<sup>53</sup> en de *Consultative Council of European Judges*<sup>54</sup> hebben criteria geformuleerd voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht. Een van de kenmerken van een rechtsstaat is dat de rechtssubjecten toegang hebben tot onafhankelijke en onpartijdige rechters. Dat geldt des te meer in gevallen waarbij de staat een van de partijen bij een geschil is. Rechters moeten dus worden beschermd tegen druk en intimidatie. Dat heeft implicaties voor de procedure voor benoeming van rechters, hun opleiding, het dienstverband, regels voor hun bevordering, overplaatsing en schorsing en voor de beëindiging van hun functies. De benoeming van rechters dient te geschieden op basis van objectieve criteria, zoals integriteit en verdienste. Rechters dienen over de juiste kwalificaties te beschikken, zoals een gedegen opleiding. Een vaste aanstelling, tot aan de pensioengerechtigde leeftijd of tot het eind van een vaste termijn, versterkt de onafhankelijkheid van rechters.

Rechters moeten niet alleen onafhankelijk zijn van de uitvoerende en wetgevende macht, zij moeten ook onafhankelijk zijn van andere belangen. Rechters moeten zelf belangenverstrengeling vermijden en terughoudend zijn met het aannemen van (betaalde) nevenfuncties. Zelfs de schijn van partijdigheid moet worden vermeden.

52 B.W. Daly, *The Abyei Arbitration: procedural aspects of an intra-state border arbitration*, *Leiden Journal of International Law*, 23, (2010), p. 811.

53 European Commission for Democracy through Law, *Report on the Rule of Law*, Strasbourg, CDL-AD(2011)003rev., 4 april 2011.

54 Opinion no 1 (2001) of the Consultative Council of European Judges (CCEJ) for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges, (Recommendation No. R (94) 12 on the independence, efficiency and role of judges and the relevance of its standards and any other international standards to current problems in these fields).

De onpartijdigheid van rechters veronderstelt ook dat zij geen vooringenomen mening mogen hebben over de zaak die ze behandelen. Als er aanwijzingen zijn dat zij die wel hebben, dan moeten ze van die zaak worden gehaald, of zij moeten zichzelf verschonen. Gebeurt dat niet, dan kunnen partijen bij een geschil vragen een rechter te vervangen. In de praktijk vertoont de naleving van deze vereisten van onafhankelijkheid in sommige landen gebreken. De AIV merkt op dat de positie van arbiters in deze opzichten verschilt van die van rechters. Arbiters worden benoemd door de partijen bij het geschil en hebben geen vaste aanstelling, die bij wet of in een internationale regeling is beschermd. Omdat de arbiter geen vaste aanstelling heeft, heeft hij een belang om later weer een opdracht te krijgen. Het ligt voor de hand dat partijen een arbiter voordragen die hun belangen goed zal verdedigen, ook al wordt een arbiter geacht recht te spreken. In dit verband is de rolwisseling van vele arbiters een probleem. Soms treden zij op als arbiter, dan weer als advocaat van een staat, of als advocaat van een investeerder: als arbiter moeten zij een objectief oordeel vellen, terwijl ze eerder of later specifieke belangen hebben verdedigd of zullen verdedigen. Deze omstandigheden kunnen de schijn wekken dat arbiters niet onafhankelijk en onpartijdig zijn.

De Washington Conventie en de UNCITRAL-regels bevatten slechts algemene eisen waaraan een arbiter moet voldoen. Artikel 14 van de Washington Conventie stelt dat arbiters een hoog zedelijk aanzien moeten genieten en deskundigheid moeten bezitten op de terreinen van het recht, handel, industrie of financiën en in staat moeten worden geacht tot een onafhankelijk oordeel te komen. Artikel 57 bepaalt dat arbiters kunnen worden gewraakt als zij manifest niet aan deze eisen voldoen. Artikel 12 van de UNCITRAL-regels stelt dat arbiters kunnen worden gewraakt als zij niet onafhankelijk en onpartijdig zijn. Artikel X.25 van het CETA bepaalt dat arbiters onafhankelijk moeten zijn en geen instructies aanvaarden van anderen. Zij moeten de gedragscode van de *International Bar Association* naleven.

Er zijn verschillende manieren om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters te versterken. Zo hanteert het ICSID lijsten van bemiddelaars en van arbiters (panels), waarvoor de partijen bij het verdrag vier personen kunnen voordragen. In de praktijk dragen staten ook personen voor die waarschijnlijk niet over de noodzakelijke kwalificaties beschikken om als arbiter op te treden. Er is echter geen selectiecomité dat voordrachten beoordeelt en kandidaten kan afkeuren. Een dergelijk comité zou noodzakelijk zijn om te verzekeren dat alle personen die lid zijn van de panels over de gewenste kwaliteiten beschikken. Als de kwaliteit van de panels verzekerd is, zou ook een verplichting kunnen worden ingevoerd om leden van het panel te benoemen als arbiters, met uitsluiting van anderen.

Daarnaast kunnen gedragscodes voor arbiters een functie vervullen, al zijn deze meestal moeilijk af te dwingen. Er bestaan al een aantal gedragscodes, zoals de *International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*. In het algemeen beogen deze rolwisseling te beperken en regels te stellen voor incompatibele nevenfuncties.

Een speciaal woord van aandacht verdient het fenomeen wraking. Het aantal wrakingsprocedures in internationale arbitrage is in de afgelopen jaren toegenomen. Dat heeft deels te maken met het toegenomen aantal zaken, niet alleen in absolute zin, maar vooral ook omdat het aantal gekwalificeerde arbiters, die op geen enkele manier bij een van de partijen of de onderliggende belangen van de zaak betrokken zijn of zijn geweest, niet navenant is gegroeid. Hoewel het probleem van een gebrek aan onpartijdigheid van arbiters algemeen wordt onderkend, heeft zich nog geen



stabiele jurisprudentie ontwikkeld ten aanzien van de gronden voor wraking. In een aantal belangrijke arbitrages is getracht de schijn van partijdigheid of afhankelijkheid tot grond te verklaren.<sup>55</sup> Deze norm is vastgelegd in de *International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration* van oktober 2014, maar is nog lang niet door alle tribunalen als algemeen rechtsbeginsel geaccepteerd. De test of er een schijn is van partijdigheid of afhankelijkheid, is gebaseerd op UNCITRAL. Deze norm gaat veel verder dan het door veel partijen geprefereerde criterium dat er een belangenconflict aanwezig is dat bestaat uit eerdere betrokkenheid bij het onderwerp van de zaak in kwestie. De *Optional Rules for Arbitrating Disputes between two States* van het PHA, houden in dat een arbiter kan worden gewraakt als er omstandigheden zijn die aanleiding geven tot gerechtvaardigde twijfels over zijn/haar onpartijdigheid of onafhankelijkheid. Deze *justifiable doubts* norm lijkt enige ingang te vinden. Over het algemeen moet echter worden geconstateerd, dat in een slechts klein aantal internationale arbitrages de het wrakingsverzoek succes heeft. In de praktijk leidt wraking tot opschorting van de procedure en daarmee niet alleen tot tijdverlies, maar vooral ook tot hogere kosten.

### III.3 Transparantie

Hiervoor is al opgemerkt dat ISDS in het geheim kan plaatsvinden. Dat staat op gespannen voet met de verantwoordingsplicht van democratisch tot stand gekomen regeringen. De vertrouwelijkheid zou het regeringen onmogelijk kunnen maken verantwoording af te leggen over zaken waar publieke belangen zoals volksgezondheid of milieu worden geraakt, waarover in een democratisch proces besluiten zijn genomen. Dat wringt. Vergroting van transparantie is een belangrijk middel om de legitimiteit van ISDS te vergroten.

Transparantie kan vorm krijgen in het openbaar maken van alle geschillen, het verlenen van toegang tot documenten (inclusief de uitspraken), de openbaarheid van de (hoor-)zittingen en het toelaten van *amicus curiae*-deelname. Het bestaan van sommige geschillen en procedures wordt nooit openbaar. In de praktijk is toegang tot documenten en zittingen meestal afhankelijk van toestemming van de partijen bij het geschil. Openbaarheid van processen is een aspect van een eerlijk proces. Alleen in bijzondere omstandigheden zijn processen niet openbaar, zoals in het geval de staatsveiligheid in het geding is. Ook de bescherming van bedrijfsgeheimen kan en dient een reden te zijn om (delen van) een proces achter gesloten deuren te voeren. Grotere transparantie biedt derden de mogelijkheid vast te stellen of hun belangen in het geding zijn in een geschil. Via een *amicus curiae*-brief zouden zij dat onder de aandacht kunnen brengen van het tribunaal dat de zaak behandelt, zodat de arbiters die belangen kunnen meewegen. Diverse tribunalen hebben *amicus curiae*-interventies toegelaten.

Het ICSID kent van alle instituten en regels het hoogste niveau van transparantie. Het ICSID vermeldt alle geregistreerde zaken op de website, waarbij aangegeven is wie de partijen zijn. De uitspraken van de tribunalen worden echter alleen gepubliceerd met instemming van alle partijen.

Recent heeft UNCITRAL regels vastgesteld voor vergroting van de transparantie van arbitrageprocedures. Deze regels zijn van toepassing op geschillen in relatie tot IBO's

55 American Society of International Law Insights, volume 16, issue 20, 6 June 2012.

Zie: <<http://www.asil.org/sites/default/files/insight120606.pdf>>. Geraadpleegd op 1 april 2015.

die na 1 april 2014 in werking zijn getreden, tenzij de staten die partij zijn bij het IBO anders beslissen. Ten aanzien van een geschil dat valt onder een verdrag dat voor 1 april 2014 in werking is getreden, moeten beide staten en de betrokken investeerder akkoord gaan met toepassing van de transparantieregels. Een arbitragetribunaal heeft in bepaalde gevallen de bevoegdheid van de transparantieregels af te wijken, met name om gevoelige informatie of de integriteit van het arbitrageproces te beschermen.

De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties heeft eind 2014 de *Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration* aangenomen. Als staten toetreden tot dit verdrag, dan worden onder bepaalde voorwaarden de UNCITRAL transparantieregels automatisch van kracht. Het moet gaan om ISDS op grond van een IBO tussen staten die alle zijn toegetreden tot het genoemde VN-verdrag en de IBO moet voor 1 april 2014 in werking zijn getreden. Als de verwerende staat is toegetreden en de investeerder akkoord gaat met toepassing van de transparantieregels, dan zijn deze eveneens van kracht.

### **III.4 Coherentie, consistentie, rechtszekerheid**

Rechtszekerheid is een van de kenmerken van een rechtsstaat. Uitspraken van arbitrage-tribunalen moeten consistent zijn (vergelijkbare oordelen in vergelijkbare gevallen). Het is echter voorgekomen dat tribunalen tegenstrijdige oordelen vellen in vergelijkbare gevallen. In de literatuur worden als voorbeelden aangehaald uitspraken van tribunalen die zijn ingesteld naar aanleiding van de economische crisis in 2001-2002 in Argentinië. Tegen de achtergrond van een economische crisis, oplopende werkloosheid en politieke onrust nam de regering maatregelen, die leidden tot ongeveer 40 arbitrageprocedures. Een aantal claims had betrekking op de regulering van de tarieven van nutsbedrijven, die enkele jaren eerder waren geprivatiseerd. Deze claims waren gebaseerd op de IBO tussen Argentinië en de Verenigde Staten. In de meeste gevallen was het verweer van Argentinië hetzelfde; het land beriep zich op een economische noodsituatie.<sup>56</sup> Het betreft hier dus zaken waarvoor dezelfde materiële normen gelden, waarin de omstandigheden identiek zijn en toch kwamen tribunalen en annuleringstribunalen tot uiteenlopende conclusies. Alvarez stelt dat de uitspraken in 10 van deze zaken zorgwekkende inconsistenties in feitenvinding, logica en het recht tonen.<sup>57</sup> Franck bespreekt diverse inconsistenties onder het NAFTA.<sup>58</sup> Dit wekt de indruk dat het recht tot onvoorspelbare uitkomsten leidt en dat ondermijnt de legitimiteit van ISDS.

Een deel van de inconsistenties vindt zijn oorzaak in onduidelijkheid van het recht. Begrippen zoals MFN of FET zijn meestal niet duidelijk gedefinieerd in een IBO en er is geen overeenstemming tussen arbiters over deze begrippen. Dit is in hoofdstuk II.1 toegelicht ten aanzien van MFN en FET. Sommige tribunalen nemen niet alleen de materiële normen van andere IBO's over op grond van de MFN-bepaling, maar ook procedurele bepalingen. Dit opent de deur voor *ISDS-shopping*; procedureregels waarnaar in de IBO niet wordt verwezen, zouden toch van toepassing worden verklaard.

<sup>56</sup> Zie voor een uitgebreide bespreking: J.E. Alvarez, *The public international law regime governing international investment*, Hague Academy of International Law, 2011, pp. 247-339.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 263.

<sup>58</sup> S.D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, 73 *Fordham Law Review*, 1521 (2004-2005), pp. 1558-1581.

In artikel X.7 lid 4 van de tekst van het CETA worden ISDS-bepalingen uitgesloten van de toepassing van MFN. Ook over de reikwijdte van de beleidsvrijheid van staten wordt verschillend gedacht. Arbitrage-tribunalen hebben veel ruimte om verdragen te interpreteren en moeten gissen naar de bedoelingen van de staten die de IBO sloten.<sup>59</sup>

Daarbij zij aangetekend dat er meer dan 3000 IBO's zijn, die niet identiek aan elkaar zijn. Verschillen in formuleringen impliceren verschillen in toepasselijk recht. Bovendien zijn ook andere internationale verplichtingen van staten relevant, zodat ook in dat opzicht het toepasselijke recht verschilt van geval tot geval. Verder zullen ook de feiten per geval verschillen. Kortom, er is zelden sprake van vergelijkbare geschillen. De eerder genoemde claims tegen Argentinië zijn een uitzondering: die gevallen zijn zeer goed vergelijkbaar. De inconsistentie en onvoorspelbaarheid kunnen daarom groter lijken dan deze feitelijk is, maar dat neemt niet weg dat er wel een probleem is ten aanzien van de voorspelbaarheid van het internationaal arbitragerecht.

Een mogelijke oplossingsrichting is begrippen in IBO's beter te definiëren. Er is inderdaad een trend om in nieuwe IBO's begrippen duidelijker te omschrijven. Tietje en Baetens geven enkele voorbeelden hoe FET beter is omschreven in recente IBO's.<sup>60</sup> Ook kan MFN zo worden gedefinieerd, dat dit begrip uitsluitend betrekking heeft op materiële normen voor de bescherming van investeringen en niet op de procedures die in andere IBO's met derde landen worden genoemd.<sup>61</sup>

Een tweede mogelijke oplossing is de juiste interpretatie van een IBO te verhelderen. Staten bepalen de inhoud van het internationaal recht en kunnen expliciet maken wat de bedoeling van de verdragsluitende partijen is.<sup>62</sup> Zoals uiteengezet in paragraaf II.1 moeten tribunalen bij de interpretatie van een verdrag onder meer rekening houden met later tot stand gekomen overeenstemming tussen de partijen met betrekking tot de uitlegging van het verdrag of de toepassing van zijn bepalingen. De verdragsluitende partijen kunnen in het verdrag een commissie van verdragsluitende partijen oprichten die bevoegd is bindende uitspraken te doen over de interpretatie van het verdrag. In het NAFTA is daarvoor een orgaan voorzien, dat éénmaal een verklaring heeft uitgegeven over de uitleg van het begrip FET. De aanleiding was dat tribunalen FET een ruimere

59 UNCTAD, International Investment Agreements issues note, no. 3, December 2011, interpretation of IIA's: what states can do, pp. 3-4. Zie: <[http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia2011d10\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia2011d10_en.pdf)>.

60 Prof.dr. C. Tietje and Prof.dr. F. Baetens, The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership, bijlage bij Tweede Kamer der Staten-Generaal, 21501-02, nr. 1397, paragrafen 121-124.

61 International Institute for Sustainable Development 2014: A Response to the European Commission's December 2013 Document 'Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)', N. Bernasconi-Osterwalder en H. Mann, February 2014.

62 UNCTAD, International Investment Agreements issues note, no. 3, December 2011, interpretation of IIA's: what states can do. Zie: <[http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia2011d10\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia2011d10_en.pdf)>.

uitleg hadden gegeven dan de verdragsluitende partijen wenselijk vonden.<sup>63</sup> In de literatuur wordt verder het voorbeeld genoemd van Nederland en Tsjechië, die naar aanleiding van de zaak CME tegen de Republiek Tsjechië een gezamenlijke verklaring uitgaven.<sup>64</sup>

Soms wordt precedentwerking gezien als een mogelijkheid om de voorspelbaarheid te verhogen. In het internationaal recht is er geen verplichting voor rechters of arbiters eerdere uitspraken te volgen. Niettemin verwijzen tribunalen regelmatig naar elkaars uitspraken. Uit een onderzoek van 98 uitspraken van ICSID-tribunalen bleek dat in 92 uitspraken een of meer verwijzingen waren opgenomen naar uitspraken van eerdere ICSID-tribunalen.<sup>65</sup> Ten Cate verzet zich tegen het streven naar grotere consistentie in ISDS. Zij meent dat het toepasselijke recht teveel gefragmenteerd is (er zijn immers meer dan 3000 IBO's) en arbitrage geen geschikt middel is voor harmonisering van het recht. Zij stelt dat arbiters zich niet moeten conformeren aan eerdere uitspraken, maar zich moeten richten op de ontwikkeling van het recht. Tribunalen zouden moeten uitleggen waarom hun interpretatie van het recht de juiste is en waarin deze verschilt van de interpretatie van andere tribunalen. Precedenten behoren daarom niet doorslaggevend te zijn in internationale arbitrage van geschillen tussen staten en investeerders.<sup>66</sup>

Als vierde mogelijkheid om de consistentie van uitspraken te bevorderen is de instelling van een beroepsorgaan. Herziening van uitspraken van arbitrage-tribunalen via een beroepsprocedure wordt wel gezien als een oplossing van het probleem dat tribunalen soms inconsistente of zelfs onjuiste beslissingen nemen. Onder de regels van de Washington Conventie en UNCITRAL bestaan geen beroepsmogelijkheden. De Washington Conventie staat wel herziening van een uitspraak toe op grond van nieuwe feiten. Herziening geschiedt dan door hetzelfde tribunaal dat de uitspraak tot stand bracht. Daarnaast kunnen partijen vernietiging van de uitspraak vragen als gebleken is dat sprake was van corruptie bij een lid van het tribunaal, indien een van beide partijen van oordeel was dat het tribunaal niet juist was samengesteld, of het tribunaal zijn bevoegdheden heeft overschreden, dan wel als het tribunaal procedureregels heeft geschonden of als het oordeel niet is gemotiveerd. Uitspraken die onder andere regels dan die van het ICSID tot stand zijn gekomen, kunnen worden vernietigd op gronden die zijn genoemd in het nationale recht van de plaats van arbitrage.

Sinds 2004 bevat de model-IBO van de Verenigde Staten bepalingen waarin de intentie

63 S. Hindelang, Study on investor-state dispute settlement (ISDS and alternatives of dispute resolution in international investment law. In: investor-state dispute settlement (ISDS), provisions in the EU's international investment agreements, volume 2, Policy Department DG External Policies, September 2014, p. 62.

64 UNCTAD, IIA issues note, no. 3, December 2011, p. 11.

65 O.K. Fauchald, The legal reasoning of ICSID tribunals – an empirical analysis, The European Journal of International Law, volume 19 no. 2, p. 335. Zie ook: J.P. Commission, Precedent in investment treaty arbitration, a citation analysis of developing jurisprudence, Journal of International Arbitration 24 (2), 2007, pp. 129-158.

66 I.M. Ten Cate, The costs of consistency: precedent in investment treaty arbitration, 51 Columbia Law Review (2013), pp. 418-478. Zie: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2149245](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2149245)>.

wordt uitgesproken een toekomstig multilateraal verdrag over een beroepsorgaan voor ISDS van toepassing te verklaren op de IBO. Daarnaast bevat de model-IBO een bepaling dat partijen zullen streven naar een bilateraal beroepsorgaan. Het ICSID heeft vervolgens een voorstel gedaan, maar uit informele gesprekken zou zijn gebleken dat onder de staten die partij zijn bij de Washington Conventie onvoldoende steun bestond voor de instelling van een beroepsorgaan onder de Washington Conventie.<sup>67</sup> Artikel X.43 van het CETA stelt het *Committee on Services and Investment* in, dat onder andere tot taak heeft te onderzoeken of een beroepsorgaan kan worden ingesteld en onder welke voorwaarden.

#### *Knelpunten voor instellen van een beroepsorgaan*

Een beroepsinstantie zou kunnen worden opgericht bij een van de bestaande instituten, zoals het ICSID of het PHA, afhankelijk van de vormgeving. Een beroepsinstantie kan alleen bij verdrag worden opgericht. Oprichting van een beroepsinstantie bij het ICSID zou voor de EU geen voor de hand liggende oplossing zijn. Een complicatie betreft het feit dat de EU geen partij kan worden bij de Washington Conventie. Bovendien is Polen geen partij bij de Washington Conventie.

Een beroepsmogelijkheid invoegen in een bilateraal verdrag leidt alleen tot consistentie in die bilaterale relatie. Dat is niet voldoende, omdat het dan om een gering aantal zaken zal gaan. Een nieuw multilateraal investeringsverdrag tot stand brengen kost veel tijd en lijkt vooralsnog niet op voldoende steun te kunnen rekenen, mede gelet op de vergeefse pogingen van het ICSID in 2004 te komen tot de instelling van een beroepsorgaan via een aanvulling op de Washington Conventie. Het is daarom de vraag of er voldoende politiek draagvlak is voor een multilateraal beroepsorgaan.

Een mogelijke rol van het WTO-beroepsorgaan (*appellate body*) is alleen mogelijk ten aanzien van de verdragen die onder de WTO vallen. Investeringsbescherming is daarvan geen onderdeel en bovendien is de geschillenbeslechting binnen de WTO beperkt tot geschillen tussen staten. Alle andere partijen bij het WTO-verdrag zouden akkoord moeten gaan met het benutten van de beroepsprocedure van de WTO voor TTIP (of andere IBO's). Een voordeel van deze optie is dat zowel de EU als lidstaten zijn aangesloten bij de WTO.

Een beroepsinstantie zou ook kunnen worden ingebouwd in het TTIP-verdrag. Dan is deze uiteraard alleen van toepassing in de relatie tussen verdragspartijen. Men kan echter nog een stap verder gaan en bijvoorbeeld in een verklaring een aanzet geven tot een internationale beroepsinstantie. Het ICSID zou daar het meest voor in aanmerking komen bijvoorbeeld door een verbreding van de reeds bestaande annuleringsgronden. Dit vergt een verdragswijziging waar de EU als zodanig ook partij bij zou moeten zijn. Dat is wellicht op langere termijn te realiseren. Een alternatief zou kunnen zijn een protocol waarbij een beroepsinstantie wordt gecreëerd waar niet-verdragspartijen zich bij kunnen aansluiten.

<sup>67</sup> C.J. Tams, an appealing option? The debate about an ICSID appellate structure, *Essays in transnational economic law*, no. 56, June 2006, pp. 5-6.

### III.5 Naar een Internationaal Investeringshof

Van Harten<sup>68</sup> betoogt dat arbitrage geen geschikt middel is voor de beslechting van geschillen tussen staten en investeerders. Hij voert daarvoor de volgende argumenten aan. Er is geen sprake van een relatie met wederzijdse rechten en plichten, zoals bij geschillen tussen particuliere partijen of bij geschillen tussen staten, maar van een geschil over de wijze waarop een staat gebruik maakt van zijn soevereine recht om te reguleren. Het gaat om een geschil tussen de staat en een entiteit die daaraan onderschikt is. Verder kunnen alleen investeerders claims indienen. Meestal zijn ook de belangen van consumenten, belastingbetalers en andere derde partijen in het geding. In het nationaal recht is het equivalent van dergelijke geschillen rechterlijke toetsing in de context van publiekrecht, bestuursrechtspraak.

Van Harten merkt op dat de beslechting van geschillen tussen staten en onderdanen gewoonlijk wordt overgelaten aan rechters en dat deze onpartijdig en onafhankelijk moeten zijn. Om hun onafhankelijkheid te waarborgen hebben rechters bijvoorbeeld een vaste aanstelling, een vast salaris en kunnen ze niet gemakkelijk worden ontslagen. Arbiters daarentegen worden op ad hoc basis benoemd. Hij benadrukt dat de kwestie niet is of arbiters al dan niet onpartijdig of onafhankelijk zijn, maar dat waarborgen ontbreken om hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid te garanderen. Hij wijst erop dat bij wraking gewoonlijk niet vereist is dat aangetoond wordt dat een arbiter of rechter partijdig is of onvoldoende onafhankelijk is, maar dat de schijn daarvan voldoende is om een arbiter of rechter van een zaak te halen. In arbitrage ontbreken de waarborgen voor onpartijdigheid en onafhankelijkheid die eigen zijn aan rechtspraak. Van Harten trekt daaruit een aantal conclusies. Hij stelt dat geschillenbeslechting tussen staten en investeerders plaatsvindt in de context van internationaal publiekrecht, dat ISDS niet voldoet aan de standaarden voor onafhankelijkheid en onpartijdigheid en dat de oprichting van een internationaal hof voor geschillenbeslechting tussen staten en investeerders deze tekortkomingen zou opheffen.

De AIV merkt op dat een verdrag nodig is om een dergelijk hof een juridische basis te geven en de rechtspositie van de rechters afdoende te regelen. Dat is op korte termijn niet te realiseren, maar het kan wel een langetermijndoelstelling zijn. De mislukte pogingen van de OESO en het ICSID om tot een multilateraal investeringsverdrag te komen wijzen erop dat het niet eenvoudig zal zijn om op internationaal niveau tot overeenstemming te komen.

Een dergelijk hof zou tegemoet komen aan veel van de geuite bezwaren tegen het bestaande stelsel van ISDS. Een permanent hof kan in vier opzichten verschillen van ISDS: instelling van een permanente griffie, aanstelling van vaste rechters in plaats van ad hoc benoemde arbiters, uniform materieel recht en uniform procedureel recht. Het ICSID en het PHA bieden al een permanente griffie; oprichting van een nieuw permanent hof dat alleen griffiediensten vervult, heeft in dat opzicht geen toegevoegde waarde.

De eerste stap is de aanstelling van vaste rechters. De benoeming van rechters met een permanente en voltijdse aanstelling biedt meer waarborgen voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid dan de ad hoc benoemingen van (commerciële) arbiters.

68 G. Van Harten, a case for an international investment court, inaugural conference for international economic law, Geneva, 16 July 2008. Zie: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1153424](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424)>.

plegen te wisselen tussen de rollen van arbiter, advocaat van staten en advocaat van investeerders en kunnen andere functies vervullen, die mogelijk een belangenconflict opleveren. Een permanent internationaal investeringshof zou voldoende werklust moeten hebben om rechters een voltijdse aanstelling te kunnen bieden. Op die manier kunnen betere waarborgen worden gecreëerd voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van rechters.

Aangezien er jaarlijks tientallen nieuwe zaken zijn, is het totale volume van (bekende) arbitragezaken voldoende om een permanent hof (economisch) bestaansrecht te bieden, maar dat veronderstelt dat vrijwel alle staten en investeerders hun geschillen aan dat hof voorleggen. Dat is evenwel niet waarschijnlijk. Het volume aan zaken zou voorlopig wel eens zo laag kunnen zijn, dat een investeringshof te weinig werk zal hebben voor voltijds aangestelde rechters. Een oplossing zou kunnen zijn rechters aan te stellen die in hun eigen land een rechtersfunctie vervullen. Op deze wijze zou het hof uit vaste rechters bestaan, die niet genoodzaakt zijn niet-rechterlijke nevenfuncties te accepteren die mogelijk belangenconflicten opleveren. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens functioneerde ook op deze wijze in zijn beginjaren. Een andere mogelijkheid is dat alle aangesloten landen een aantal rechters (of anderszins gekwalificeerde personen) voordragen voor een lijst, waaruit het investeringshof een kamer kan samenstellen voor de behandeling van een specifiek geschil.

Een ander voordeel is dat een hof met vaste rechters beter in staat zal zijn de eenheid van het recht te bewaken, al is er geen uniform internationaal investeringsrecht. Gezien de ervaringen in het recente verleden zal het niet mogelijk zijn om op korte termijn te komen tot uniform materieel en procedureel recht.

De EU heeft met het Verdrag van Lissabon de bevoegdheden gekregen inzake directe buitenlandse investeringen en onderhandelt daarom met vele landen over af te sluiten IBO's. Dat biedt kansen voor de oprichting van een permanent investeringshof, desnoods op bilaterale basis. Het hof zou in eerst instantie in het kader van het TTIP kunnen worden opgezet, maar het zou op den duur kunnen gaan functioneren als geschillen-beslechtsorgaan voor alle IBO's. Er zou dus een *opt in* mogelijkheid voor andere staten moeten zijn. De bepalingen van IBO's zijn voldoende eenvormig om dit realistisch te doen zijn.

Een internationaal investeringshof (met vaste rechters) zou in Den Haag kunnen worden opgericht onder auspiciën van het PHA. De staf van het PHA heeft ruime ervaring met de beslechting van geschillen tussen staten en investeerders en zou uitstekend een ondersteunende rol kunnen vervullen, in ieder geval in de beginfase. Een andere optie is aansluiting bij het ICSID.

## IV Samenvatting, conclusies en aanbevelingen

### *ISDS: historie en discussie*

Sinds 1959 hebben staten onderling meer dan 3000 verdragen afgesloten die bepalingen bevatten over de wederzijdse bescherming van investeringen (hierna worden deze verschillende soorten verdragen afgekort tot IBO). Beslechting van geschillen tussen staten en investeerders via internationale arbitrage (hierna: ISDS) biedt investeerders de mogelijkheid rechtstreeks een beroep te doen op deze verdragen. ISDS is een instrument dat investeerders beschermt tegen twee situaties: die waarin de eigen nationale overheid de investeerder niet effectief kan of wil bijstaan via de diplomatieke weg en die waarin het nationale rechtssysteem van het gastland om wat voor reden dan ook onvoldoende bescherming biedt aan buitenlandse investeerders. Daarnaast biedt ISDS een snelle en flexibele procedure. ISDS wordt daarom steeds meer gebruikt naast nationale rechtspraak en diplomatieke bescherming.

ISDS heeft lang een onopvallend bestaan geleid, maar is de laatste decennia volop in ontwikkeling. De bepalingen over ISDS in moderne verdragen, zoals het vrijhandelsverdrag tussen Canada en de EU (CETA), en ook in de model-IBO van de Verenigde Staten, verschillen aanzienlijk van wat daarover stond opgenomen in de IBO's uit de jaren 60. Ook het aantal aangebrachte zaken is sterk toegenomen (momenteel enkele tientallen per jaar), net als het totaal aan buitenlandse investeringen in de wereld.

Wereldwijd waren er tot en met 2014 cumulatief 608 bekende ISDS-zaken aanhangig of afgesloten. Hiervan zijn er 356 beslecht. De uitspraak van het arbitragetribunaal was in 37% van de gevallen in het voordeel van de staat, in 25% in het voordeel van de investeerder en in 28% werd het geschil geschikt voordat het tribunaal een uitspraak deed. In de geschikte zaken bleef de uitkomst geheim.

De meerderheid van de eisers zijn grote bedrijven uit westerse landen, maar lang niet allemaal. Op basis van een onderzoek van 95 zaken concludeert de OESO dat 22% van de eisers kleine investeerders of individuen zijn, vaak met slechts één of twee buitenlandse activiteiten.

Onderzoek naar de omvang van claims en toegewezen schadevergoedingen wordt bemoeilijkt door het gebrek aan transparantie. In veel gevallen is de omvang van de claim niet bekend en diverse uitspraken blijven geheim, ook als het bestaan van het geschil wel openbaar is gemaakt. Uit onderzoek van schaarse gegevens (zie paragraaf II.4) blijkt dat de gemiddelde eis van investeerders USD 343 miljoen bedroeg en de gemiddeld toegekende schadevergoeding van USD 10,4 miljoen, maar het is niet zeker of dit beeld representatief is voor alle beslechte geschillen.

De totale hoeveelheid buitenlandse investeringen in de wereld bedroeg in 2014 meer dan USD 25.000 miljard. De Verenigde Staten en de EU zijn over en weer grote investeerders. Meer dan de helft van de buitenlandse investeringen in de Verenigde Staten is uit de EU afkomstig en dat geldt ook voor de omgekeerde richting.

IBO's dienen de belangen van de verdragsluitende staten en van investeerders. Investeerders kunnen zodoende rekenen op bescherming van hun investeringen, ook als het rechtssysteem van het gastland zwak is. Voor staten zijn IBO's een aspect van een gunstig investeringsklimaat, waarmee investeringen kunnen worden aangetrokken, die economische groei, innovatie en werkgelegenheid bevorderen.



Nederland heeft een aanzienlijk belang bij afdoende bescherming van buitenlandse investeringen. Nederland behoort tot de grootste ontvangers en bronnen van buitenlandse investeringen. Bekend is dat Nederlandse bedrijven relatief veel gebruik maken van ISDS.

Sinds kort (Verdrag van Lissabon, dat per 1 december 2009 in werking trad) heeft de EU de exclusieve competentie gekregen over directe buitenlandse investeringen, maar niet voor andere vormen van buitenlandse investeringen. De EU is daarmee bevoegd om IBO's te sluiten met derde landen, een bevoegdheid die wordt gedeeld met de lidstaten als de IBO een bredere strekking heeft.

Investeringsbescherming is de laatste tijd een actueel onderwerp van publieke en politieke discussie geworden, vooral naar aanleiding van de onderhandelingen tussen de EU en de Verenigde Staten over het *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP). Hierin komt onder andere de vraag aan de orde naar het evenwicht tussen de belangen van vrijhandel en investeringen enerzijds en het recht te reguleren van de Verenigde Staten, de EU en de EU-lidstaten anderzijds. Het gaat daarbij onder meer om regelgeving over fundamentele belangen als bescherming van het milieu en het klimaat, de wijze van energieopwekking, volksgezondheid, arbeidsomstandigheden, de regeling van intellectuele eigendom, telecommunicatie, *e-commerce* en dataprotectie. In die discussie wordt er voor gepleit dat in het TTIP het recht om te reguleren op dergelijke terreinen duidelijk moet worden gedefinieerd en vastgelegd, zodat de interpretatieruimte in geval van geschillenbeslechting via ISDS of de nationale rechter wordt beperkt.

De discussie richt zich verder op de vraag of ISDS voldoet aan eisen van rechtsstatelijkheid, zoals de gewenste consistentie van uitspraken van tribunalen, de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters en de transparantie van internationale arbitrage.

#### *De inhoud van investeringsbeschermingsregels*

In hoofdstuk II is het internationale stelsel voor ISDS beschreven. Het materiele recht in IBO's, de inhoudelijke regels voor investeringsbescherming, is op hoofdlijnen hetzelfde. Het doel is een eerlijke en billijke behandeling te waarborgen, discriminatie te voorkomen en voorwaarden te stellen aan onteigening. In dat soort verdragen komen termen aan de orde als *National Treatment*, *Most Favoured Nation treatment* (MFN) en *Fair and Equitable Treatment* (FET). *National Treatment* houdt in dat buitenlandse investeerders gelijk worden behandeld als binnenlandse investeerders. *Most Favoured Nation treatment* verplicht de staat investeerders minstens even goed te behandelen als een investeerder uit het gunstigst behandelde derde land. Daarnaast is *Fair and Equitable Treatment* van oorsprong een inhoudelijke norm die refereert aan de minimale bescherming die volgens internationaal gewoonterecht moet worden geboden aan buitenlanders, maar tegenwoordig is de gebruikelijke interpretatie dat deze norm de gaststaat verplicht tot een eerlijk proces voor de investeerder.

ISDS bestaat nog maar enkele decennia en is een rechtsgebied dat nog volop in ontwikkeling is. Dat is een van de redenen waarom in de oudere IBO's vaak sprake is van een weinig gedetailleerde ISDS-regelgeving, waardoor de arbiters een grote interpretatieruimte en beleidsvrijheid wordt gelaten. De ervaringen met ISDS in die oudere IBO's hebben laten zien dat ISDS op zich een goede manier van internationale geschillenbeslechting kan zijn, maar ook dat het nu zaak is te leren van de onvolkomenheden in de oudere IBO's en een volgende stap te zetten in de ontwikkeling van ISDS. Een logische stap is om in nieuwe verdragen tot een meer gedetailleerde ISDS-regulering

te komen. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan het duidelijker formuleren van de bedoelingen van de verdragsluitende partijen in de materieelrechtelijke bepalingen van het verdrag (in plaats van in de meer algemeen geformuleerde preambule). Als alleen al begrippen zoals MFN en FET, die de kern vormen van veel IBO's, niet duidelijker worden gedefinieerd in IBO's, dan moeten arbiters blijven gissen naar de bedoelingen van de verdragsluitende partijen. Andere maatregelen, zoals het bevorderen van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters of de instelling van een beroepsinstantie, zullen dan niet de gewenste eenheid van het recht bieden. Ook is er een risico dat ISDS tot maatschappelijk ongewenste uitkomsten leidt als omschrijvingen in IBO's niet worden aangescherpt.

#### *Procedures voor investeringsbescherming*

Vaak kan de buitenlandse investeerder die partij is bij een geschil, kiezen uit diverse sets van procedureregels voor ISDS. De meest gebruikte regels zijn die van de Washington Conventie (1965). Zij voorzien in een procedure die geheel losstaat van nationale rechtspraak. Arbitrage onder deze regels kan worden gefaciliteerd door het *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), dat onderdeel is van de Wereldbankgroep. Daarnaast worden de regels van de *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) veel gebruikt. Die voorzien in een procedure die zwaar leunt op nationaal recht en nationale rechtspraak, bijvoorbeeld bij de uitvoering van arbitrage-uitspraken. Meestal faciliteert het Permanent Hof van Arbitrage (PHA) arbitrages onder deze regels. Het PHA biedt overigens ook faciliteiten voor arbitrage onder alle andere procedureregels.

#### *Oprichting van een permanent internationaal investeringshof*

In hoofdstuk III is gebleken dat het stelsel van ISDS tekortkomingen vertoont. Er is kritiek op de rechtsstatelijke aspecten van ISDS (onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters, transparantie en coherentie van uitspraken) en er zijn zorgen over de mogelijke aantasting van de beleidsvrijheid van staten. De beleidsvrijheid van staten komt hieronder nog aan de orde.

De AIV is van mening dat een permanent internationaal investeringshof, met rechters met een vaste aanstelling, vanuit een rechtsstatelijk perspectief beter geëquipeerd is om te oordelen over geschillen waarin (aanzienlijke) publieke belangen spelen, dan ad hoc arbitrage-tribunalen. Deze oplossing heeft dan ook de voorkeur van de AIV. In het ideale geval zou een permanent internationaal investeringshof beschikken over vaste rechters, zou het materiële recht voor alle staten hetzelfde zijn, zouden alle geschillen volgens dezelfde procedures worden beslecht en zou een groot aantal staten partij zijn bij het oprichtingsverdrag. Echter, oprichting van een permanent hof, voor zaken in eerste instantie of eventueel slechts als beroepsinstantie, is een zaak van lange adem. De AIV wil zijn taak daarom niet te licht opvatten en draagt hieronder ook bouwstenen aan om het uiteindelijke onderhandelingsresultaat ten aanzien van de ISDS-bepalingen in het TTIP, alsmede andere toekomstige verdragen waarin bepalingen over ISDS worden opgenomen, zo optimaal mogelijk te laten zijn. De AIV beschouwt modernisering van het stelsel van ISDS als een *second best* optie.

De oprichting van een permanent internationaal investeringshof met rechters met een vaste aanstelling zal een aantal punten van rechtsstatelijke kritiek op ISDS kunnen ondervangen. De benoeming van rechters met een permanente en voltijdse aanstelling biedt meer waarborgen dat de geschillenbeslechting plaatsvindt op een onafhankelijke en onpartijdige manier dan de ad hoc benoemingen van (commerciële) arbiters. Arbiters plegen in de huidige praktijk nog al eens te wisselen tussen de rollen van arbiter,

advocaat van staten en advocaat van investeerders en kunnen andere functies vervullen, die mogelijk een belangenconflict opleveren. In tegenstelling tot arbitrage zouden niet de partijen bij het geschil de scheidsrechters aanwijzen, maar zou het hof beslissen welke rechters een zaak zullen behandelen.

De oprichting van een permanent internationaal investeringshof kan ook de consistentie van uitspraken bevorderen. Vaste rechters zullen zich eerder gebonden weten aan precedentes en zullen, als er aanleiding is van een bestaande uitleg af te wijken, dat alleen doen als een wijziging in de interpretatielijlijn voldoende kan worden gemotiveerd. Coherentie en consistentie in de manier waarop een geschil wordt beslecht is uiteindelijk in het belang van alle partijen in het geschil.

In de praktijk is gebleken dat ISDS een flexibele en snelle manier is om geschillen te beslechten. Er dient voor te worden gewaakt dat dat voordeel met de instelling van een internationaal investeringshof niet verloren gaat.

#### *Aanbeveling 1*

De AIV adviseert de regering te onderzoeken of in het kader van het TTIP de oprichting van een internationaal investeringshof mogelijk is. Bij voorkeur zou de oprichting zo moeten worden geregeld, dat andere staten zich daarbij kunnen aansluiten. Als *second best* optie moet modernisering van het stelsel van ISDS worden nagestreefd.

#### *Het recht om te reguleren en regulatory chill*

Staten hebben het recht te reguleren; dat vloeit voort uit de soevereiniteit van staten, zo lang zij daarbij niet in strijd handelen met hun internationale verplichtingen. ISDS mag en kan het recht om te reguleren niet aantasten. Wel kan het voorkomen dat investeerders recht hebben op een schadevergoeding als staten gebruik maken van hun recht om te reguleren. Het internationaal recht ten aanzien van het recht op schadevergoeding bij (directe) onteigening is helder. Een staat mag buitenlandse eigendommen onteigenen mits dat geschiedt in het algemeen belang, op niet-discriminatoire wijze, volgens de wettelijke procedure en de investeerder schadeloos wordt gesteld. Van indirecte onteigening kan sprake zijn als een staat maatregelen neemt waardoor de economische waarde van een goed waarin een investeerder heeft geïnvesteerd, sterk wordt aangetast bijvoorbeeld omdat de eigenaar door die maatregelen wordt belemmerd in zijn mogelijkheden zijn eigendom te beheren of te gebruiken. Om vast te stellen of sprake is van indirecte onteigening – en of dus recht bestaat op schadevergoeding – moet een tribunaal van geval tot geval onderzoek doen in het licht van de feiten, de precieze formulering van de IBO en ander relevant recht. Een staat kan zich daarbij soms beroepen op een noodsituatie die maatregelen onontkoombaar kunnen maken. *Regulatory chill* betreft de mogelijke terughoudendheid van staten om te reguleren of intrekking van regulering uit vrees voor aanzienlijke claims van buitenlandse investeerders.

De AIV meent dat IBO's een evenwicht moeten bevatten tussen de bescherming van het particuliere belang van de investeerder en het publieke belang van de overheid om te kunnen reguleren. Beide zijn legitieme belangen. De beleidsvrijheid van staten kan op diverse manieren worden beschermd: door het recht om te reguleren te noemen in de bepalingen van de IBO, indirecte onteigening goed te definiëren en uitzonderingen op bescherming van investeringen onder de IBO te definiëren. De AIV bepleit opname van deze elementen in de bepalingen van IBO's. In de definitie van indirecte onteigening moet worden verwezen naar het recht om te reguleren. Een belangrijk aspect is dat uit de bepalingen van het verdrag duidelijk blijkt dat bij de beantwoording van de vraag of recht op een schadevergoeding bestaat niet alleen het effect van de maatregel

op de waarde van de investering in beschouwing (*sole effect*) moet worden genomen, maar ook het doel en de proportionaliteit van de maatregel ten opzichte van het beoogde doel. Dezelfde maatregelen kunnen het risico op *regulatory chill* verminderen. Deze elementen zijn terug te vinden in de tekst van Annex X.11 van het CETA, die bindende bepalingen bevat. Dit beperkt de mogelijkheden voor investeerders om met succes schadevergoeding te eisen naar aanleiding van een non-discriminatoire overheidsmaatregel gericht op openbare welzijnsdoelen. De AIV verwacht dat met deze elementen het risico op beperking van het recht om te reguleren en de risico's van *regulatory chill* daarmee aanzienlijk kunnen worden verminderd.

Op nationaal niveau wordt het recht om te reguleren veelal ingeperkt door *checks and balances* die voortvloeien uit de democratische rechtsstaat. Op internationaal niveau kan het recht om te reguleren worden ingeperkt door de verplichtingen die staten (vrijwillig) zijn aangegaan, bijvoorbeeld in het kader van de *World Trade Organization* (WTO), IBO's of andere verdragen.

De oprichting van een permanent hof zal de beleidsvrijheid van staten niet beter beschermen en zal het risico op *regulatory chill* niet verminderen. Deze kwesties moeten worden opgelost door betere formuleringen van de materiële bepalingen in IBO's.

#### *Aanbeveling 2*

De AIV adviseert in de bepalingen van IBO's de volgende elementen op te nemen: expliciete vermelding van het recht om te reguleren, een nauwkeurige definitie van indirecte onteigening en omschrijvingen van uitzonderingen op bescherming van investeringen onder de IBO.

#### *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters*

De AIV heeft hierboven een voorkeur uitgesproken voor het instellen van een permanent internationaal investeringshof. Het ligt in de lijn van de verwachtingen dat een dergelijke voorziening een project van langere adem zal zijn. Daarom is er uitdrukkelijk voor gekozen om in dit advies ook aandacht te besteden aan de manier waarop de bestaande vormen van internationale geschillenbeslechting via arbiters zou kunnen worden verbeterd. Daarbij wordt ook aandacht besteed aan verbeteringen in de procedure en aan het instellen van een beroepsinstantie. Die beroepsinstantie zou wellicht de voorloper kunnen zijn van een permanent internationaal investeringshof, en zou daarmee dan zelf als beroepsinstantie overbodig worden.

Arbiters moeten elke schijn van afhankelijkheid of partijdigheid vermijden. Dat is van groot belang voor de legitimiteit van ISDS. De bestaande ISDS-procedures bevatten weinig waarborgen voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters. De partijen bij het geschil kunnen arbiters kiezen en de bestaande regels stellen weinig eisen aan arbiters. Verder zijn gedragscodes voor arbiters niet bindend. Een verplichting voor de partijen bij het geschil om arbiters te kiezen uit een vaste lijst met gekwalificeerde kandidaten en een bindende gedragscode zouden toegevoegde waarde hebben. Ook mogelijkheden tot wraking van arbiters kunnen een rol spelen bij de versterking van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters.

De AIV steunt de opvatting van de minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelings-samenwerking om te komen tot een verbeterde gedragscode voor arbiters en het opstellen van een lijst van onafhankelijke en gekwalificeerde arbiters.

### *Aanbeveling 3*

De AIV adviseert bepalingen in IBO's op te nemen over een verplichting arbiters te kiezen uit een vaste lijst en nevenfuncties en rolwisseling van arbiters te beperken in een gedragscode. De bepalingen van het CETA zijn in dit opzicht een verbetering ten opzichte van oudere IBO's.

### *Transparantie*

ISDS kan in het geheim plaatsvinden. Dat staat op gespannen voet met de verantwoordingsplicht van democratisch tot stand gekomen regeringen. De vertrouwelijkheid zou het regeringen onmogelijk kunnen maken verantwoording af te leggen over zaken waar publieke belangen zoals volksgezondheid of milieu worden geraakt, waarover in een democratisch proces besluiten zijn genomen. Dat wringt. Vergroting van transparantie is een belangrijk middel om de legitimiteit van ISDS te vergroten.

### *Aanbeveling 4*

De AIV is van mening dat openbaarheid de norm moet zijn en vertrouwelijkheid moet worden gemotiveerd. In principe vormen staatsveiligheid en vertrouwelijkheid van bedrijfsinformatie belangen die de transparantie kunnen beperken. Het verdient aanbeveling transparantie te regelen in een IBO, alsmede de gevallen waarin kan worden afgeweken van openbaarheid. De minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking heeft zich reeds uitgesproken voor grotere transparantie.

### *Coherentie, consistentie en rechtszekerheid*

Er zijn enkele gevallen bekend waarin tribunalen tot inconsistente uitspraken kwamen in vergelijkbare gevallen. De belangrijkste oorzaken van inconsistentie zijn de gebrekkige formuleringen van bepalingen en tekortschietende definiëring van begrippen in IBO's, alsmede de uiteenlopende interpretaties die arbiters daaraan kunnen geven. De bekendste gevallen van inconsistentie hebben betrekking op ISDS naar aanleiding van de maatregelen van de Argentijnse regering om de economische crisis in de jaren 2001 en 2002 te bestrijden. Soms is het overigens moeilijk vast te stellen of inderdaad sprake is van inconsistenties, omdat de toepasselijke materiële normen en de feiten per zaak verschillen.

Een belangrijke maatregel om inconsistente uitspraken van arbiters te voorkomen is dan ook de tekst van IBO's ondubbelzinnig te formuleren. In moderne IBO's gebeurt dat al meer en meer. Daarnaast kunnen de verdragspartijen helderheid verschaffen over de juiste interpretatie van de IBO door gezamenlijke verklaringen te publiceren. Deze taak kan ook worden opgedragen aan een commissie met vertegenwoordigers van de verdragsluitende partijen, die bij de IBO wordt ingesteld.

### *Aanbeveling 5*

De AIV beveelt aan de consistentie van uitspraken van tribunalen te bevorderen door toekomstige IBO's beter te formuleren en waar nodig interpretatieve verklaringen over bestaande IBO af te geven, samen met de andere verdragsluitende partijen. In het kader van TTIP zou een commissie van de verdragsluitende partijen moeten worden ingesteld, die bindende verklaringen kan afgeven over de interpretatie van het verdrag.

### *Aanbeveling 6*

De AIV onderschrijft de opvatting van de minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking dat het begrip MFN alleen mag worden toegepast op materiële normen, niet op procedures, en bepleit dat dit in IBO's (waaronder het TTIP)

wordt vastgelegd. Ook adviseert de AIV dat het begrip FET nauwkeuriger moet worden omschreven om de interpretatieruimte voor tribunalen te beperken.

Uitspraken van tribunalen moeten duidelijk gemotiveerd zijn en toegankelijk zijn. Uitspraken die afwijken van de gangbare opvattingen moeten goed gemotiveerd zijn. De instelling van een beroepsorgaan is een mogelijkheid om uitspraken te corrigeren die sterk afwijken van de gebruikelijke afwegingen. De minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking heeft zich al uitgesproken voor instelling van een beroepsorgaan.

#### *Aanbeveling 7*

De AIV bepleit de instelling van een beroepsorgaan, waar staten en investeerders op beperkte gronden herziening van een uitspraak kunnen vragen. Dat kan de consistentie van uitspraken bevorderen. De AIV bepleit de beroepsgronden te beperken tot de volgende gevallen: als is komen vast te staan dat betrokken arbiters onvoldoende onafhankelijk stonden ten opzichte van partijen, dan wel als de beslissing in eerste instantie kennelijk arbitrair is genomen, dan wel dat aantoonbaar geen juiste weging van de relevante feiten heeft plaatsgevonden, dan wel dat sprake is geweest van een weging die strijdig is met hetgeen te doen gebruikelijk is in internationale arbitrage, dan wel als procedurele normen flagrant zijn geschonden. Een beroepsorgaan zou bij voorkeur moeten bestaan uit vaste rechters. Het risico op inconsistente uitspraken is immers groter bij een beroepsorgaan dat een wisselende samenstelling kent. De rechters zouden eventueel ad hoc oproepbaar kunnen zijn.

#### *CETA en TTIP*

De AIV is van mening dat opname van een vorm van ISDS in het TTIP wenselijk is. Betwijfeld kan worden of nationale rechters in de Verenigde Staten en in de diverse EU-lidstaten in de praktijk wel altijd voldoende rechtsbescherming kunnen (of willen) bieden aan buitenlandse investeerders. Zo blijkt dat een voorkeursbehandeling van binnenlandse investeerders in de Verenigde Staten niet verboden is. Ook hebben internationale verdragsverplichtingen niet in alle rechtssystemen van de verdragssluitende partijen directe werking. Daar komt bij dat er nog steeds aanmerkelijke verschillen bestaan in de manier waarop in diverse EU-landen de rechtspraak pleegt te functioneren. Het moet daarbij gaan om een vorm van ISDS waarin de bovengenoemde tekortkomingen zijn geadresseerd.

Naar het oordeel van de AIV zijn in het vrijhandelsverdrag tussen de EU en Canada (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, CETA) de hiervoor genoemde zorgen ten aanzien van de beleidsvrijheid van staten en *regulatory chill* en de rechtsstatelijke tekortkomingen van ISDS al veel beter geadresseerd dan in de IBO's van de eerste generatie. Zo zijn in het CETA de begrippen indirecte onteigening en FET beter gedefinieerd, zodat de beleidsvrijheid van staten beter is beschermd dan in oudere IBO's. Het verdrag biedt een opening voor de instelling van een beroepsorgaan. Dit verdrag stelt naleving van een bestaande gedragscode voor arbiters verplicht. Arbiters zullen worden gekozen uit een vaste lijst. Ten aanzien van transparantie volgt het CETA de regels van UNCITRAL, zodat de partijen bij het geschil bepalen welke mate van transparantie wordt betracht. De AIV beschouwt het CETA als een grote stap in de goede richting en een goed model voor het TTIP, al zijn verbeteringen op het punt van transparantie mogelijk. Openbaarheid zou de norm moeten zijn, vertrouwelijkheid de uitzondering.

*Tot slot*

Verandering van het stelsel van ISDS is een zaak van lange adem. Nieuwe IBO's kunnen worden geformuleerd aan de hand van de nieuwste inzichten, maar daarmee zijn die inzichten nog niet verwerkt in de meer dan 3000 bestaande IBO's. Nederland heeft circa 90 bilaterale IBO's afgesloten, waarvan de oudste dateren uit 1966. De EU zal binnen enkele jaren IBO's hebben afgesloten met derde landen, die sommige bilaterale IBO's tussen Nederland en derde landen zullen vervangen. Dat maakt modernisering van deze bestaande IBO's overbodig. De EU zal echter niet met alle landen waarmee Nederland een bilaterale IBO heeft, binnen afzienbare tijd een IBO sluiten. Voor die landen moet amendering van de IBO worden overwogen, anders blijven de zorgen over en kritiek op ISDS voor die IBO's bestaan. In sommige gevallen is het wellicht mogelijk samen met de andere verdragsluitende partij een verklaring uit te geven over de wenselijke interpretatie van het verdrag, als een geschil rijst tussen een investeerder en een van de verdragspartijen. Daarmee kunnen op korte termijn acute vragen worden opgelost.

## **Bijlagen**



**Lijst met gebruikte afkortingen**

<b>AIV</b>	Adviesraad Internationale Vraagstukken
<b>CEI</b>	Commissie Europese Integratie
<b>CETA</b>	Comprehensive Economic and Trade Agreement
<b>CMR</b>	Commissie Mensenrechten
<b>COS</b>	Commissie Ontwikkelingssamenwerking
<b>EU</b>	Europese Unie
<b>FET</b>	Fair and Equitable Treatment
<b>IBO</b>	Investeringsbeschermingsovereenkomst
<b>ICSID</b>	International Centre for Settlement of Investment Disputes
<b>ISDS</b>	beslechting van geschillen tussen staten en investeerders via internationale arbitrage
<b>MFN</b>	Most Favoured Nation treatment
<b>NAFTA</b>	North American Free Trade Agreement
<b>OESO</b>	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
<b>PHA</b>	Permanent Hof van Arbitrage
<b>TTIP</b>	Transatlantic Trade and Investment Partnership
<b>UNCITRAL</b>	United Nations Commission on International Trade Law
<b>UNCTAD</b>	United Nations Conference on Trade and Development
<b>WTO</b>	World Trade Organization

**Enkele bepalingen uit CETA over investeringsbescherming.**

**Article X.3: definitions**

For the purpose of this Chapter:

[.....]

'investment' means:

Every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

- an enterprise;
- shares, stocks and other forms of equity participation in an enterprise;
- bonds, debentures and other debt instruments of an enterprise;
- a loan to an enterprise;
- any other kinds of interest in an enterprise;
- an interest arising from:
  - a concession conferred pursuant to domestic law or under a contract, including to search for, cultivate, extract or exploit natural resources,
  - a turnkey, construction, production, or revenue-sharing contract, or
  - other similar contracts;
- intellectual property rights;
- any other moveable property, tangible or intangible, or immovable property and related rights;
- claims to money or claims to performance under a contract.

For greater certainty, 'claims to money' does not include claims to money that arise solely from commercial contracts for the sale of goods or services by a natural person or enterprise in the territory of a Party to a natural person or enterprise in the territory of the other Party, domestic financing of such contracts, or any related order, judgment, or arbitral award.

Returns that are invested shall be treated as investments. Any alteration of the form in which assets are invested or reinvested does not affect their qualification as investment.

'Investor' means a Party, a natural person or an enterprise of a Party, other than a branch or a representative office, that seeks to make, is making or has made an investment in the territory of the other Party.

For the purposes of this definition an 'enterprise of a Party' is:

- an enterprise that is constituted or organised under the laws of that Party and has substantial business activities in the territory of that Party; or
- an enterprise that is constituted or organised under the laws of that Party and is directly or indirectly owned or controlled by a natural person of that Party or by an enterprise mentioned under a).

[.....]

#### **Article X.6: National Treatment**

1. Each Party shall accord to investors of the other Party and to covered investments, treatment no less favourable than the treatment it accords, in like situations to its own investors and to their investments with respect to the establishment, acquisition, expansion, conduct, operation, management, maintenance, use, enjoyment and sale or disposal of their investments in its territory.

2. The treatment accorded by a Party under paragraph 1 means, with respect to a government in Canada other than at the federal level, or, with respect to a government of or in a European Member State, treatment no less favourable than the most favourable treatment accorded, in like situations, by that government to investors of that Party in its territory and to investments of such investors.

#### **Article X.7: Most-Favoured-Nation Treatment**

1. Each Party shall accord to investors of the other Party and to covered investments, treatment no less favourable than the treatment it accords in like situations, to investors and to their investments of any third country with respect to the establishment, acquisition, expansion, conduct, the operation, management, maintenance, use, enjoyment and sale or disposal of their investments in its territory.

2. For greater certainty, the treatment accorded by a Party under paragraph 1 means, with respect to a government in Canada other than at the federal level, or, with respect to a government of or in a European Member State, treatment accorded, in like situations, by that government to investors in its territory, and to investments of such investors, of any third country.

3. Paragraph 1 shall not apply to treatment accorded by a Party providing for recognition, including through arrangements or agreements with third parties recognising accreditation of testing and analysis services and service suppliers or repair and maintenance services and service suppliers, as well as the certification of the qualifications of or the results or work done by such accredited services and service suppliers.

4. For greater certainty, the “treatment” referred to in Paragraph 1 and 2 does not include investor-to-state dispute settlement procedures provided for in other international investment treaties and other trade agreements. Substantive obligations in other international investment treaties and other trade agreements do not in themselves constitute “treatment”, and thus cannot give rise to a breach of this article, absent measures adopted by a Party pursuant to such obligations.

#### **Article X.9: Treatment of Investors and of Covered Investments**

Each Party shall accord in its territory to covered investments of the other Party and to investors with respect to their covered investments fair and equitable treatment and full protection and security in accordance with paragraphs 2 to 6.

A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 where a measure or series of measures constitutes:

- Denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings;
- Fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency, in judicial and administrative proceedings.

- Manifest arbitrariness;
- Targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief;
- Abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment; or
- A breach of any further elements of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this Article.

The Parties shall regularly, or upon request of a Party, review the content of the obligation to provide fair and equitable treatment. The Committee on Services and Investment may develop recommendations in this regard and submit them to the Trade Committee for decision.

When applying the above fair and equitable treatment obligation, a tribunal may take into account whether a Party made a specific representation to an investor to induce a covered investment, that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain the covered investment, but that the Party subsequently frustrated.

For greater certainty, ‘full protection and security’ refers to the Party’s obligations relating to physical security of investors and covered investments.

For greater certainty, a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international Agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

#### **Article X.11: Expropriation**

1. Neither Party may nationalize or expropriate a covered investment either directly, or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as “expropriation”), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) under due process of law;
- (c) in a non-discriminatory manner; and
- (d) against payment of prompt, adequate and effective compensation.

For greater certainty, this paragraph shall be interpreted in accordance with Annex X.11 on the clarification of expropriation.

2. Such compensation shall amount to the fair market value of the investment at the time immediately before the expropriation or the impending expropriation became known, whichever is earlier. Valuation criteria shall include going concern value, asset value including the declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value.

3. The compensation shall also include interest at a normal commercial rate from the date of expropriation until the date of payment and shall, in order to be effective for the investor, be paid and made transferable, without delay, to the country designated by the investor and in the currency of the country of which the investor is a national or in any freely convertible currency accepted by the investor.

4. The investor affected shall have a right, under the law of the expropriating Party, to prompt review of its claim and of the valuation of its investment, by a judicial or other independent authority of that Party, in accordance with the principles set out in this Article.

5. This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights, to the extent that such issuance is consistent with the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights in Annex 1C to the WTO Agreements ('TRIPS Agreement').

6. For greater certainty, the revocation, limitation or creation of intellectual property rights to the extent that these measures are consistent with TRIPS and Chapter X (Intellectual Property) of this Agreement, do not constitute expropriation. Moreover, a determination that these actions are inconsistent with the TRIPS Agreement or Chapter X (Intellectual Property) of this Agreement does not establish that there has been an expropriation.

#### **Article X.15: Denial of Benefits**

A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of that Party and to investments of that investor if:

- investors of a non-Party own or control the enterprise; and
- the denying Party adopts or maintains measures with respect to the non-Party that:
- are related to maintenance of international peace and security; and
- prohibit transactions with the enterprise or would be violated or circumvented if the benefits of this Chapter were accorded to the enterprise or to its investments.

#### **Article X.25: Constitution of the Tribunal**

Unless the disputing parties have agreed to appoint a sole arbitrator, the Tribunal shall comprise three arbitrators. One arbitrator shall be appointed by each of the disputing parties and the third, who will be the presiding arbitrator, shall be appointed by agreement of the disputing parties. If the disputing parties agree to appoint a sole arbitrator, the disputing parties shall seek to agree on the sole arbitrator.

[.....]

Pursuant to Article X.42(2)(a), the Committee on Services and Investment shall establish, and thereafter maintain, a list of individuals who are willing and able to serve as arbitrators and who meet the qualifications set out in paragraph 5. It shall ensure that the list includes at least 15 individuals but may agree to increase the number of individuals. The list shall be composed of three sub-lists each comprising at least five individuals: one sub-list for each Party, and one sub-list of individuals who are neither nationals of Canada nor the Member States of the European Union to act as presiding arbitrators.

Arbitrators appointed pursuant to this Section shall have expertise or experience in public international law, in particular international investment law. It is desirable that they have expertise or experience in international trade law and the resolution of disputes arising under international investment or international trade agreements.

Arbitrators shall be independent of, and not be affiliated with or take instructions from, a disputing party or the government of a Party with regard to trade and investment matters. Arbitrators shall not take instructions from any organisation, government or disputing party

with regard to matters related to the dispute. Arbitrators shall comply with the International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration or any supplemental rules adopted pursuant to Article X.42(2)(b) (Committee on Services and Investment). Arbitrators who serve on the list established pursuant to paragraph 3 shall not, for that reason alone, be deemed to be affiliated with the government of a Party.

If a disputing party considers that an arbitrator does not meet the requirements set out in paragraph 6, it shall send a notice of its intent to challenge the arbitrator within 15 days after:

- the appointment of the arbitrator has been notified to the challenging party; or,
- the disputing party became aware of the facts giving rise to the alleged failure to meet such requirements.

[.....]

#### **Article X.27: Applicable Law and Interpretation**

A Tribunal established under this Chapter shall render its decision consistent with this Agreement as interpreted in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties, and other rules and principles of international law applicable between the Parties.

Where serious concerns arise as regards matters of interpretation that may affect investment, the Committee on Services and Investment may, pursuant to Article X.42(3)(a), recommend to the Trade Committee the adoption of interpretations of the Agreement. An interpretation adopted by the Trade Committee shall be binding on a Tribunal established under this Chapter. The Trade Committee may decide that an interpretation shall have binding effect from a specific date.

#### **Article X.29: Claims Manifestly Without Legal Merit**

The respondent may, no later than 30 days after the constitution of the tribunal, and in any event before the first session of the Tribunal, file an objection that a claim is manifestly without legal merit.

An objection may not be submitted under paragraph 1 if the respondent has filed an objection pursuant to Article X.30 (Claims Unfounded as a Matter of Law).

The respondent shall specify as precisely as possible the basis for the objection.

On receipt of an objection pursuant to this Article, the Tribunal shall suspend the proceedings on the merits and establish a schedule for considering any objections consistent with its schedule for considering any other preliminary question.

The Tribunal, after giving the disputing parties an opportunity to present their observations, shall at its first session or promptly thereafter, issue a decision or award, stating the grounds therefor. In doing so, the Tribunal shall assume the alleged facts to be true.

This Article shall be without prejudice to the Tribunal's authority to address other objections as a preliminary question or to the right of the respondent to object, in the course of the proceeding, that a claim lacks legal merit.

### **Article X.33: Transparency of Proceedings**

The UNCITRAL Transparency Rules shall apply to the disclosure of information to the public concerning disputes under this Section as modified by this Chapter.

The request for consultations, the notice requesting a determination of the respondent, the notice of determination of the respondent, the agreement to mediate, the notice of intent to challenge, the decision on an arbitrator challenge and the request for consolidation shall be included in the list of documents referred to in Article 3(1) of the UNCITRAL Transparency Rules.

Exhibits shall be included in the list of documents mentioned in Article 3(2) of the UNCITRAL Transparency Rules.

Notwithstanding Article 2 of the UNCITRAL Transparency Rules, prior to the constitution of the tribunal, Canada or the European Union as the case may be shall make publicly available in a timely manner relevant documents pursuant to paragraph 2, subject to the redaction of confidential or protected information. Such documents may be made publicly available by communication to the repository.

Hearings shall be open to the public. The tribunal shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements to facilitate public access to such hearings. Where the tribunal determines that there is a need to protect confidential or protected information, it shall make the appropriate arrangements to hold in private that part of the hearing requiring such protection.

Nothing in this Chapter requires a respondent to withhold from the public information required to be disclosed by its laws. The respondent should endeavour to apply such laws in a manner sensitive to protecting from disclosure information that has been designated as confidential or protected information.

### **Article X.42: Committee**

The Committee on Services and Investment shall provide a forum for the Parties to consult on issues related to this Section, including:

- difficulties which may arise in the implementation of this Chapter;
- possible improvements of this Chapter, in particular in the light of experience and developments in other international fora; and,
- whether, and if so, under what conditions, an appellate mechanism could be created under the Agreement to review, on points of law, awards rendered by a tribunal under this Section, or whether awards rendered under this Section could be subject to such an appellate mechanism developed pursuant to other institutional arrangements. Such consultations shall take into account the following issues, among others:
  - the nature and composition of an appellate mechanism;
  - the applicable scope and standard of review;
  - transparency of proceedings of an appellate mechanism;
  - the effect of decisions by an appellate mechanism;
  - the relationship of review by an appellate mechanism to the arbitration rules that may be selected under Article X.22 (Submission of a Claim to Arbitration); and
  - the relationship of review by an appellate mechanism to domestic laws and international law on the enforcement of arbitral awards.

The Committee shall, on agreement of the Parties, and after completion of the respective legal requirements and procedures of the Parties:

- establish and maintain the list of arbitrators pursuant to Article X.25(3)(Constitution of the Tribunal);
- adopt a code of conduct for arbitrators to be applied in disputes arising out of this Chapter, which may replace or supplement the rules in application, and that may address topics including:
  - disclosure obligations;
  - the independence and impartiality of arbitrators; and
  - confidentiality.

The Parties shall make best efforts to ensure that the list of arbitrators is established and the code of conduct adopted no later than the entry into force of the Agreement, and in any event no later than two years after the entry into force of the Agreement.

The Committee may, on agreement of the Parties, and after completion of the respective legal requirements and procedures of the Parties:

- recommend to the Trade Committee the adoption of interpretations of the agreement pursuant to Article X.27(2) (Applicable Law and Interpretation);
- adopt and amend rules supplementing the applicable arbitration rules, and amend the applicable rules on transparency. Such rules and amendments are binding on the members of a Tribunal established under this Section;
- adopt rules for mediation for use by disputing parties as referred to in Article X.19 (Mediation); and
- recommend to the Trade Committee the adoption of any further elements of the fair and equitable treatment obligation pursuant to Section 5, Article X.9(4) (Treatment of Investors and of Covered Investments).

#### **Annex X.11: Expropriation**

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Expropriation may be either direct or indirect:

direct expropriation occurs when an investment is nationalised or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure; and

indirect expropriation occurs where a measure or series of measures of a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment, without formal transfer of title or outright seizure.

2. The determination of whether a measure or series of measures of a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

- the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred;
- the duration of the measure or series of measures by a Party;



- the extent to which the measure or series of measures interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and
- the character of the measure or series of measures, notably their object, context and intent.

3. For greater certainty, except in the rare circumstance where the impact of the measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations.

## Door de Adviesraad Internationale Vraagstukken uitgebrachte adviezen\*

- 1 EUROPA INCLUSIEF, *oktober 1997*
- 2 CONVENTIONELE WAPENBEHEERSING: dringende noodzaak, beperkte mogelijkheden, *april 1998*
- 3 DE DOODSTRAF EN DE RECHTEN VAN DE MENS: recente ontwikkelingen, *april 1998*
- 4 UNIVERSALITEIT VAN DE RECHTEN VAN DE MENS EN CULTURELE VERSCHIEDENHEID, *juni 1998*
- 5 EUROPA INCLUSIEF II, *november 1998*
- 6 HUMANITAIRE HULP: naar een nieuwe begrenzing, *november 1998*
- 7 COMMENTAAR OP DE CRITERIA VOOR STRUCTURELE BILATERALE HULP, *november 1998*
- 8 ASIELINFORMATIE EN DE EUROPESE UNIE, *juli 1999*
- 9 NAAR RUSTIGER VAARWATER: een advies over betrekkingen tussen Turkije en de Europese Unie, *juli 1999*
- 10 DE ONTWIKKELINGEN IN DE INTERNATIONALE VEILIGHEIDSSITUATIE IN DE JAREN NEGENTIG:  
van onveilige zekerheid naar onzekere veiligheid, *september 1999*
- 11 HET FUNCTIONEREN VAN DE VN-COMMISSIE VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS, *september 1999*
- 12 DE IGC 2000 EN DAARNA: op weg naar een Europese Unie van dertig lidstaten, *januari 2000*
- 13 HUMANITAIRE INTERVENTIE, *april 2000\*\**
- 14 ENKELE LESSEN UIT DE FINANCIËLE CRISES VAN 1997 EN 1998, *mei 2000*
- 15 EEN EUROPEES HANDVEST VOOR GRONDRECHTEN?, *mei 2000*
- 16 DEFENSIE-ONDERZOEK EN PARLEMENTAIRE CONTROLE, *december 2000*
- 17 DE WORSTELING VAN AFRIKA: veiligheid, stabiliteit en ontwikkeling, *januari 2001*
- 18 GEWELD TEGEN VROUWEN: enkele rechtsontwikkelingen, *februari 2001*
- 19 EEN GELAAGD EUROPA: de verhouding tussen de Europese Unie en subnationale overheden, *april 2001*
- 20 EUROPESE MILITAIR-INDUSTRIËLE SAMENWERKING, *mei 2001*
- 21 REGISTRATIE VAN GEMEENSCHAPPEN OP HET GEBIED VAN GODSDIENST OF OVERTUIGING, *juni 2001*
- 22 DE WERELDCONFERENTIE TEGEN RACISME EN DE PROBLEMATIEK VAN RECHTSHERSTEL, *juni 2001*
- 23 COMMENTAAR OP DE NOTITIE MENSENRECHTEN 2001, *september 2001*
- 24 EEN CONVENTIE OF EEN CONVENTIONELE VOORBEREIDING: de Europese Unie en de IGC 2004,  
*november 2001*
- 25 INTEGRATIE VAN GENDERGELIJKHEID: een zaak van verantwoordelijkheid, inzet en kwaliteit, *januari 2002*
- 26 NEDERLAND EN DE ORGANISATIE VOOR VEILIGHEID EN SAMENWERKING IN EUROPA IN 2003:  
rol en richting, *mei 2002*
- 27 EEN BRUG TUSSEN BURGERS EN BRUSSEL: naar meer legitimiteit en slagvaardigheid voor  
de Europese Unie, *mei 2002*
- 28 DE AMERIKAANSE PLANNEN VOOR RAKETVERDEDIGING NADER BEKEKEN: voors en tegens van  
bouwen aan onkwetsbaarheid, *augustus 2002*
- 29 PRO-POOR GROWTH IN DE BILATERALE PARTNERLANDEN IN SUB-SAHARA AFRIKA: een analyse van  
strategieën tegen armoede, *januari 2003*
- 30 EEN MENSENRECHTENBENADERING VAN ONTWIKKELINGSSAMENWERKING, *april 2003*
- 31 MILITAIRE SAMENWERKING IN EUROPA: mogelijkheden en beperkingen, *april 2003*
- 32 *Vervolgadvies* EEN BRUG TUSSEN BURGERS EN BRUSSEL: naar meer legitimiteit en  
slagvaardigheid voor de Europese Unie, *april 2003*
- 33 DE RAAD VAN EUROPA: minder en (nog) beter, *oktober 2003*
- 34 NEDERLAND EN CRISISBEHEERSING: drie actuele aspecten, *maart 2004*
- 35 FALENDE STATEN: een wereldwijde verantwoordelijkheid, *mei 2004\*\**
- 36 PREËMPTIEF OPTREDEN, *juli 2004\*\**
- 37 TURKIJE: de weg naar het lidmaatschap van de Europese Unie, *juli 2004*
- 38 DE VERENIGDE NATIES EN DE RECHTEN VAN DE MENS, *september 2004*
- 39 DIENSTENLIBERALISERING EN ONTWIKKELINGSLANDEN: leidt openstelling tot achterstelling?,  
*september 2004*

- 40 DE PARLEMENTAIRE ASSEMBLEE VAN DE RAAD VAN EUROPA, *februari 2005*
- 41 DE HERVORMINGEN VAN DE VERENIGDE NATIES: het rapport Annan nader beschouwd, *mei 2005*
- 42 DE INVLOED VAN CULTUUR EN RELIGIE OP ONTWIKKELING: stimulans of stagnatie?, *juni 2005*
- 43 MIGRATIE EN ONTWIKKELINGSSAMENWERKING: de samenhang tussen twee beleidsterreinen, *juni 2005*
- 44 DE NIEUWE OOSTELIJKE BUURLANDEN VAN DE EUROPESE UNIE, *juli 2005*
- 45 NEDERLAND IN DE VERANDERENDE EU, NAVO EN VN, *juli 2005*
- 46 ENERGIEK BUITENLANDS BELEID: energievoorzieningszekerheid als nieuwe hoofddoelstelling, *december 2005\*\*\**
- 47 HET NUCLEAIRE NON-PROLIFERATIETREGIME: het belang van een geïntegreerde en multilaterale aanpak, *januari 2006*
- 48 MAATSCHAPPIJ EN KRIJGSMACHT, *april 2006*
- 49 TERRORISMEBESTRIJDING IN MONDIAAL EN EUROPEES PERSPECTIEF, *september 2006*
- 50 PRIVATE SECTOR ONTWIKKELING EN ARMOEDEBESTRIJDING, *oktober 2006*
- 51 DE ROL VAN NGO'S EN BEDRIJVEN IN INTERNATIONALE ORGANISATIES, *oktober 2006*
- 52 EUROPA EEN PRIORITEIT!, *november 2006*
- 53 BENELUX, NUT EN NOODZAAK VAN NAUWERE SAMENWERKING, *februari 2007*
- 54 DE OESO VAN DE TOEKOMST, *maart 2007*
- 55 MET HET OOG OP CHINA: op weg naar een volwassen relatie, *april 2007*
- 56 INZET VAN DE KRIJGSMACHT: wisselwerking tussen nationale en internationale besluitvorming, *mei 2007*
- 57 HET VN-VERDRAGSSYSTEEM VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS: stapsgewijze versterking in een politiek geladen context, *juli 2007*
- 58 DE FINANCIËN VAN DE EUROPESE UNIE, *december 2007*
- 59 DE INHUUR VAN PRIVATE MILITAIRE BEDRIJVEN: een kwestie van verantwoordelijkheid, *december 2007*
- 60 NEDERLAND EN DE EUROPESE ONTWIKKELINGSSAMENWERKING, *mei 2008*
- 61 DE SAMENWERKING TUSSEN DE EUROPESE UNIE EN RUSLAND: een zaak van wederzijds belang, *juli 2008*
- 62 KLIMAAT, ENERGIE EN ARMOEDEBESTRIJDING, *november 2008*
- 63 UNIVERSALITEIT VAN DE RECHTEN VAN DE MENS: principes, praktijk en perspectieven, *november 2008*
- 64 CRISISBEHEERSINGSOPERATIES IN FRAGIELE STATEN: de noodzaak van een samenhangende aanpak, *maart 2009*
- 65 TRANSITIONAL JUSTICE: gerechtigheid en vrede in overgangssituaties, *april 2009\*\**
- 66 DEMOGRAFISCHE VERANDERINGEN EN ONTWIKKELINGSSAMENWERKING, *juli 2009*
- 67 HET NIEUWE STRATEGISCH CONCEPT VAN DE NAVO, *januari 2010*
- 68 DE EU EN DE CRISIS: lessen en leringen, *januari 2010*
- 69 SAMENHANG IN INTERNATIONALE SAMENWERKING: reactie op WRR-rapport 'Minder pretentie, meer ambitie', *mei 2010*
- 70 NEDERLAND EN DE 'RESPONSIBILITY TO PROTECT': de verantwoordelijkheid om mensen te beschermen tegen massale wrede daden, *juni 2010*
- 71 HET VERMOGEN VAN DE EU TOT VERDERE UITBREIDING, *juli 2010*
- 72 PIRATERIJBESTRIJDING OP ZEE: een herijking van publieke en private verantwoordelijkheden, *december 2010*
- 73 HET MENSENRECHTENBELEID VAN DE NEDERLANDSE REGERING: zoeken naar constanten in een veranderende omgeving, *februari 2011*
- 74 ONTWIKKELINGSAGENDA NA 2015: millennium ontwikkelingsdoelen in perspectief, *april 2011*
- 75 HERVORMINGEN IN DE ARABISCHE REGIO: kansen voor democratie en rechtsstaat?, *mei 2011*
- 76 HET MENSENRECHTENBELEID VAN DE EUROPESE UNIE: tussen ambitie en ambivalentie, *juli 2011*
- 77 DIGITALE OORLOGVOERING, *december 2011\*\**
- 78 EUROPESE DEFENSIESAMENWERKING: soevereiniteit en handelingsvermogen, *januari 2012*

- 79 DE ARABISCHE REGIO, EEN ONZEKERE TOEKOMST, *mei 2012*
- 80 ONGELIJKE WERELDEN: armoede, groei, ongelijkheid en de rol van internationale samenwerking, *september 2012*
- 81 NEDERLAND EN HET EUROPEES PARLEMENT: investeren in nieuwe verhoudingen, *november 2012*
- 82 WISSELWERKING TUSSEN ACTOREN IN INTERNATIONALE SAMENWERKING: naar flexibiliteit en vertrouwen, *februari 2013*
- 83 TUSSEN WOORD EN DAAD: perspectieven op duurzame vrede in het Midden-Oosten, *maart 2013*
- 84 NIEUWE WEGEN VOOR INTERNATIONALE MILIEUSAMENWERKING, *maart 2013*
- 85 CRIMINALITEIT, CORRUPTIE EN INSTABILITEIT: een verkennend advies, *mei 2013*
- 86 AZIË IN OPMARS: strategische betekenis en gevolgen, *december 2013*
- 87 DE RECHTSSTAAT: waarborg voor Europese burgers en fundament van Europese samenwerking, *januari 2014*
- 88 NAAR EEN GEDRAGEN EUROPESE SAMENWERKING: werken aan vertrouwen, *april 2014*
- 89 NAAR BETERE MONDIALE FINANCIËLE VERBONDENHEID: het belang van een coherent internationaal economisch en financieel stelsel, *juni 2014*
- 90 DE TOEKOMST VAN DE ARCTISCHE REGIO: samenwerking of confrontatie?, *september 2014*
- 91 NEDERLAND EN DE ARABISCHE REGIO: principieel en pragmatisch, *november 2014*
- 92 HET INTERNET: een wereldwijde vrije ruimte met begrensde staatsmacht, *november 2014*
- 93 ACS-EU-SAMENWERKING NA 2020: op weg naar een nieuw partnerschap?, *maart 2015*
- 94 INSTABILITEIT ROND EUROPA: confrontatie met een nieuwe werkelijkheid, *april 2015*

### **Door de Adviesraad Internationale Vraagstukken uitgebrachte briefadviezen**

- 1 Briefadvies UITBREIDING EUROPESE UNIE, *december 1997*
- 2 Briefadvies VN-COMITÉ TEGEN FOLTERING, *juli 1999*
- 3 Briefadvies HANDVEST GRONDRECHTEN, *november 2000*
- 4 Briefadvies OVER DE TOEKOMST VAN DE EUROPESE UNIE, *november 2001*
- 5 Briefadvies NEDERLANDS VOORZITTERSCHAP EU 2004, *mei 2003\*\*\*\**
- 6 Briefadvies RESULTAAT CONVENTIE, *augustus 2003*
- 7 Briefadvies VAN BINNENGRENZEN NAAR BUITENGRENZEN - ook voor een volwaardig Europees asiel- en migratiebeleid in 2009, *maart 2004*
- 8 Briefadvies DE ONTWERP-DECLARATIE INZAKE DE RECHTEN VAN INHEEMSE VOLKEN. Van impasse naar doorbraak?, *september 2004*
- 9 Briefadvies REACTIE OP HET SACHS-RAPPORT: Hoe halen wij de Millennium Doelen, *april 2005*
- 10 Briefadvies DE EU EN DE BAND MET DE NEDERLANDSE BURGER, *december 2005*
- 11 Briefadvies TERRORISMEBESTRIJDING IN EUROPEES EN INTERNATIONAAL PERSPECTIEF, interim-advies over het folterverbod, *december 2005*
- 12 Briefadvies REACTIE OP DE MENSENRECHTENSTRATEGIE 2007, *november 2007*
- 13 Briefadvies EEN OMBUDSMAN VOOR ONTWIKKELINGSSAMENWERKING, *december 2007*
- 14 Briefadvies KLIMAATVERANDERING EN VEILIGHEID, *januari 2009*
- 15 Briefadvies OOSTELIJK PARTNERSCHAP, *februari 2009*
- 16 Briefadvies ONTWIKKELINGSSAMENWERKING: Nut en noodzaak van draagvlak, *mei 2009*
- 17 Briefadvies KABINETSFORMATIE 2010, *juni 2010*
- 18 Briefadvies HET EUROPESE HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS: beschermer van burgerlijke rechten en vrijheden, *november 2011*
- 19 Briefadvies NAAR EEN VERSTERKT FINANCIËEL-ECONOMISCH BESTUUR IN DE EU, *februari 2012*

- 20 Briefadvies NUCLEAIR PROGRAMMA VAN IRAN: naar de-escalatie van een nucleaire crisis, *april 2012*
- 21 Briefadvies DE RECEPTORBENADERING: een kwestie van maatvoering, *april 2012*
- 22 Briefadvies KABINETSFORMATIE 2012: krijgsmacht in de knel, *september 2012*
- 23 Briefadvies NAAR EEN VERSTERKTE SOCIALE DIMENSIE VAN DE EUROPESE UNIE, *juni 2013*
- 24 Briefadvies MET KRACHT VOORUIT: reactie van de Adviesraad Internationale Vraagstukken op de beleidsbrief 'Respect en recht voor ieder mens', *september 2013*
- 25 Briefadvies ONTWIKKELINGSSAMENWERKING: meer dan een definitiekwestie, *mei 2014*
- 26 DE EU-GASAFHANKELIJKHEID VAN RUSLAND: hoe een geïntegreerd EU-beleid dit kan verminderen, *juni 2014*

\* *Alle adviezen zijn ook beschikbaar in het Engels. Sommige adviezen ook in andere talen.*

\*\* *Gezamenlijk advies van de Adviesraad Internationale Vraagstukken (AIV) en de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV).*

\*\*\* *Gezamenlijk advies van de Adviesraad Internationale Vraagstukken (AIV) en de Algemene Energieraad (AER).*

\*\*\*\* *Gezamenlijk briefadvies van de Adviesraad Internationale Vraagstukken (AIV) en de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ).*