

Geannoteerde versie

Gedeeltelijk: alleen delen over EU-commissie ISDS-hervormingsvoorstel

Niet gerelateerde delen verwijderd

Ante Wessels (Vrijchrift)

Omdat een aantal institutionele waarborgen voor de onafhankelijkheid ontbreken (vast salaris, verbod op bijverdiensten, er is ook geen verbod op bijverdienste als arbiter) gebruik ik "arbiters" in plaats van "rechters".

## **VERSLAG VAN EEN SCHRIFTELIJK OVERLEG**

Vastgesteld op .....2015.

Binnen de algemene commissie voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking bestond bij de fracties van de VVD, PvdA, SP, GroenLinks en ChristenUnie de behoefte de minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking enkele vragen en opmerkingen voor te leggen inzake de geannoteerde agenda van de Raad Buitenlandse Zaken Handel van 27 november 2015 (Kamerstuk 21501-02, nr. 1548 ) alsmede het verslag van de Handelsraad van 7 mei 2015 (Kamerstuk 21501-02, nr. 1499) en het BNC-Fiche inzake de Mededeling van de Europese Commissie over de nieuwe handelsstrategie: "Handel voor Iedereen".

De minister heeft op de vragen en opmerkingen geantwoord bij brief van .... 2015. De vragen en opmerkingen van de fracties en de antwoorden van de minister zijn hieronder afgedrukt.

De voorzitter van de commissie  
De Roon

De adjunct-griffier van de commissie  
Wiskerke

### **Inbreng VVD-fractie**

[knip]

#### ***Voorstel Europese Commissie voor investeringsbescherming***

**De minister spreekt in de brief – in het gedeelte over het Europese voorstel voor investeringsbescherming – over het uitsluiten van parallelle claims. De leden van de VVD-fractie zijn verheugd te zien dat de minister zich daarvoor inspant en ziet dit als een manier om terechte zorgen over handelsverdragen zoals TTIP weg te nemen. De minister noemt in dat kader "no-U-turn" en "fork-in-the-road". Kan de minister beide opties verder toelichten en daarbij aangeven wat voor- en nadelen zijn van beide? Kan de minister eveneens uiteenzetten hoe de Amerikaanse delegatie tot nu toe heeft gereageerd op Europese voorstellen rondom investeringsbescherming, bijvoorbeeld het oprichten van een internationaal investeringshof? Is de kans dat beide partijen elkaar gaan vinden op dit terrein groot of klein te noemen? Wat zijn momenteel de grootste verschillen tussen beide partijen?**

Antwoord van het kabinet

De Nederlandse inzet is te voorkomen dat investeerders kunnen gaan 'shoppen' bij verschillende systemen. Parallelle claims moeten worden uitgesloten. Daarom moeten investeerders een keuze maken tussen de reguliere rechtsgang óf geschillenbeslechting via bijvoorbeeld een internationaal gerechtshof.

**Zij kunnen kiezen voor het systeem dat zich voor investeerders het gunstigst ontwikkelt.**

In de voorstellen die Nederland, samen met een aantal andere EU-lidstaten heeft gedaan, worden in dit kader twee mogelijke opties gegeven:

1. De 'fork in the road': investeerder moet de keuze maken óf nationale rechtsprocedures óf internationale arbitrage. Die keuze moet aan het begin van de procedure gemaakt worden.
2. De 'no U-turn': in bepaalde gevallen kan na het starten van een procedure onder nationale rechtsgang, wel een zaak voorgelegd worden aan een internationale

geschillenbeslechtsprocedure, maar de zaak onder de nationale rechter moet dan worden ingetrokken.

Bij een *'fork in the road'* bestaat de mogelijkheid dat de nationale rechtsgang bij voorbaat niet gebruikt wordt. Immers, als een investeerder één kans heeft om zijn recht te krijgen en op voorhand twijfelt aan de vraag of hij een eerlijke behandeling krijgt bij de nationale rechter, zal hij kiezen voor internationale arbitrage. Bij de *'no U-turn'* kan een investeerder wel kiezen voor het gebruik maken van nationaal recht, maar als hij twijfelt aan de onafhankelijkheid van het proces of aan de mate van rechtsbescherming, kan hij overstappen op internationale arbitrage, zonder daarmee het nationale rechtssysteem te doorkruisen.

Dit schept concurrerende systemen. De arbiters krijgen ook onder het hervormingsvoorstel per dag betaald. Om inkomen te genereren zullen zij de supranationale optie voor investeerders aantrekkelijker moeten maken dan de nationale rechter.

Op die manier worden investeerders aangemoedigd de nationale rechtsgang te volgen, maar blijft de mogelijkheid om naar het Investeringshof te stappen bestaan, indien blijkt dat de rechtsbescherming bij de nationale rechter onvoldoende is.

Of indien blijkt dat de rechtsbescherming bij het "hof" groter is. Vanwege het ontbreken van institutionele waarborgen voor de onafhankelijkheid is er van een echt hof geen sprake.

Deze benadering werkt ook het beste in onderhandelingen met andere partners (China, Vietnam etc.), waarin het een offensief belang is dat EU investeerders in het buitenland effectieve rechtsbescherming krijgen.

De EU wil investeringen aantrekken. Omdat de EU een van de beste rechtssystemen ter wereld heeft, heeft de EU in een wereld zonder investor-to-state dispute settlement (ISDS) een competitief voordeel. ISDS is in tegenspraak met dit EU belang. Een goed lokaal rechtssysteem is belangrijker dan ISDS.

ISDS is een offensief belang voor bedrijven die privileges willen, niet van de EU. ISDS is een privilege voor bedrijven dat voor de EU erg duur uit kan pakken en voor EU-landen al duur uitpakt.

<https://www.foeeurope.org/hidden-cost-eu-trade-deals>

In dat kader is de no U-turn in de ogen van Nederland de meest gepaste en gebalanceerde optie.

De EU-positie is op 12 november jl. gedeeld met de Verenigde Staten. Er is nog geen officiële reactie van de Verenigde Staten ontvangen op het voorstel. De volgende TTIP-onderhandelingsronde zal begin 2016 plaatsvinden. Hierin zal gesproken worden over het investeringshoofdstuk en zal meer bekend worden over de positie van de Verenigde Staten.

**Ten slotte hebben de leden van de VVD-fractie op dit terrein nog een vraag over het bijgevoegde concept paper 'Improvements to TTIP and beyond – Making a milestone for modern investment protection'. In de paper worden op vier belangrijke punten (verdere) hervormingen voorgesteld voor TTIP, waardoor belangrijke zorgen onder de bevolking (deels) kunnen worden weggenomen. Het gaat om de 'right to regulate', goed functionerende arbitragehoven, het inbouwen van beroep in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)-zaken en de relatie tussen ISDS en nationale rechtssystemen. Kan de minister haar reflectie geven op dit concept paper? In hoeverre acht zij het haalbaar dat genoemde hervormingen daadwerkelijk in het uiteindelijke TTIP-verdrag terecht komen?**

Antwoord van het kabinet

In het paper 'Improvements to CETA and beyond – Making a milestone for modern investment protection' heeft Nederland met een aantal EU-lidstaten voorstellen gedaan voor vernieuwing van

het mechanisme voor investeringsbescherming<sup>1</sup>. Die voorstellen zijn van belang voor alle verdragen die afspraken over investeringsbescherming bevatten. Deze voorstellen lopen langs de volgende 4 lijnen:

1. waarborgen voor beleidsvrijheid zonder risico van arbitrageclaims;

De right to regulate clause beschermt niet tegen schadevergoedingen inclusief verwachte winst en rente vanaf de betwiste beslissing. Dit vraagt om een uitgebreide uitleg. Zie Van Harten, punt 4 of FFII.

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2692122](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122)

<https://blog.ffii.org/eu-commission-isds-proposal-a-threat-to-democracy-and-civil-rights/>

2. het moderniseren van de geschillenbeslechtsprocedure (o.a. meer transparantie, verbeterde selectie van gekwalificeerde en onafhankelijke arbiters, een beroepsmechanisme, het oprichten van een permanente instantie);

Zowel in eerste instantie als in beroep bevat het voorstel perverse prikkels. De arbiters worden per dag betaald. Dit schept prikkels om zaken lang te laten duren, frivole zaken toe te laten en buitenlandse investeerders te bevoordelen omdat zij de enigen zijn die nieuwe zaken aan kunnen spannen.

<https://blog.ffii.org/eu-commission-isds-proposal-a-threat-to-democracy-and-civil-rights/>

het beperken van oneigenlijk gebruik van arbitrage (waaronder uitsluiten van brievenbusmaatschappijen);

Het uitsluiten van brievenbusmaatschappijen is zinvol. De bepaling helpt overigens niet tegen investeringsherstructurering door multinationals. Multinationals zullen door middel van een vestiging in Canada of Singapore de EU en EU-landen aan kunnen klagen indien de vestiging aan de minimumeisen voldoet (na ratificatie van verdragen met ISDS met deze landen).

3. het afbakenen en verduidelijken van de standaarden van investeringsbescherming.

Er is altijd ruimte voor interpretatie. Zeker omdat de tekst cumulatieve voorwaarden bevat waar staten aan moeten voldoen.

Deze voorstellen zijn door de Europese Commissie verder uitgewerkt in concrete tekstvoorstellen die als basis dienen voor de EU-inzet in de onderhandelingen over investeringsbescherming tussen de EU en derde landen, waaronder de VS. Het systeem is opgebouwd uit de hoofdelementen van nationale en internationale gerechtshoven, verankert het recht van staten om te reguleren in het publieke belang

De right to regulate clause beschermt niet tegen schadevergoedingen inclusief verwachte winst en rente vanaf de betwiste beslissing, zie hierboven.

en biedt waarborgen voor transparantie en verantwoording, inclusief de mogelijkheid van beroep.

Zowel in eerste instantie als in beroep bevat het voorstel perverse prikkels, zie hierboven.

Ook is de relatie tussen nationale procedures en internationale geschillenbeslechting verduidelijkt: forum-shopping is verboden

Buitenlandse investeerders kunnen zowel van nationale rechtbanken als van ISDS gebruik maken. Zij kunnen dus wel forum-shopperen. Indien er meerdere verdragen zijn kunnen zij hun investeringen herstructureren zodat zij van het meest gunstige verdrag gebruik kunnen maken. Ook in deze zin kunnen zij forum-shopperen. Daarnaast kunnen zij mogelijk door middel van most favoured nation (MFN) materiële bepalingen uit andere verdragen importeren. Zie MFN loophole:

<https://blog.ffii.org/eu-commission-isds-proposal-a-threat-to-democracy-and-civil-rights/>

en oneigenlijke (frivole) claims kunnen in een vroeg stadium worden verworpen.

<sup>1</sup>Zie bijlage bij Kamerstuk 21 501-02, nr. 1465

Arbiters hebben echter een financiële prikkel dit niet te doen.

Meervoudige en parallelle procedures zijn niet mogelijk: er moet een keuze gemaakt worden tussen het voortzetten van een nationale rechtsprocedure of internationale geschillenbeslechting onder het verdrag. In het laatste geval moet de procedure onder de nationale rechtsgang worden ingetrokken. Er wordt een duidelijke scheiding gemaakt tussen internationaal en nationaal recht, waarbij de rechters niet mogen treden in de interpretatie en toepassing van het nationale recht van de Verdragspartijen (waaronder dat van de EU-lidstaten en het EU-recht).

Het niet mogen treden in de interpretatie en toepassing van EU-recht is belangrijk omdat dat in strijd met de EU-verdragen zou zijn. Er zijn hier meerdere problemen.

Indien de ISDS-beroepsinstantie dat wel doet is er geen correctiemogelijkheid. De beroepsinstantie zal de hoogste instantie zijn.

Bovendien bevat het hervormingsvoorstel een umbrella clause (paraplu-clausule). ISDS-tribunalen zullen ook over contracten kunnen oordelen onder nationaal recht. Zij zullen dus nationaal (en betreffend EU) recht toe moeten passen, of het contract beoordelen onder een recht waaronder het contract niet gesloten is – internationaal recht. Dit laatste kan voor ongewenste en oneerlijke verrassingen zorgen. Zie ook de opmerkingen van Bernd Lange, voorzitter INTA, hierover.

<https://blog.ffii.org/bernd-lange-accepts-perverse-incentives-in-isds/>

Zie voor de onverenigbaarheid van ISDS met EU-recht ook:

<http://www.clientearth.org/health-environment/health-environment-publications/legality-of-investor-state-dispute-settlement-under-eu-law-3020>

<https://www.vrijschrift.org/serendipity/index.php?/archives/189-Privacy-and-ISDS-after-Safe-Harbour-invalidiation-Singapore-FTA.html>

Het kabinet steunt de inzet van de EU om deze hervormingen, die tot stand zijn gekomen met substantiële bijdragen van het Europees Parlement, EU-lidstaten, nationale parlementen en andere belanghebbenden, op te nemen in TTIP. De onderhandelingen hierover met de VS worden nu opgepakt. De reactie van de VS op de voorstellen moet nog worden afgewacht, maar de EU-positie is duidelijk: het systeem moet hervormd worden.

Het is de VS gelukt oneerlijke procedurele voordelen opgenomen te krijgen in NAFTA, andere investeringsverdragen en de ontwerp tekst van de TPP. De VS heeft nog nooit een ISDS-zaak verloren. Bedrijven hebben tot nog toe niets gehad aan ISDS-zaken tegen de VS.

De commissie heeft ongelukkigerwijze deze oneerlijke procedurele voordelen voor de VS ook in CETA en het ontwerpverdrag met Singapore gestopt.

De commissie heeft een aantal van deze voordelen voor de VS uit het hervormingsvoorstel verwijderd, maar niet allemaal. Verder zuiveren van de tekst op dit punt is nodig.

We kunnen verwachten dat de VS zullen trachten zo veel mogelijk van de oneerlijke procedurele voordelen te behouden. Het is te verwachten dat de VS een optionele tweede fase, die oneerlijke procedurele voordelen zou beperken, af zullen wijzen.

Voor details en bronnen zie: <https://blog.ffii.org/bernd-lange-accepts-perverse-incentives-in-isds/>

[knip]

**Inbreng PvdA-fractie**

[knip]

**De leden van de PvdA-fractie blijven de ontwikkelingen binnen het handelsverdrag tussen de EU en de VS (TTIP) kritisch volgen. Zij zijn verheugd dat de ontwikkelingen rondom de ISDS-clausule binnen de TTIP-onderhandelingen navolging lijken te krijgen in**

**andere handelsverdragen. Idealiter geldt dit ook voor bestaande handelsverdragen. Hoe kijkt de minister hier tegenaan? Is zij bereid om haar eerdere uitspraak 'ISDS is dood en begraven' ook te laten gelden in bestaande verdragen waar ISDS nog springlevend is?**

Antwoord van het kabinet

Het hervormingsvoorstel bevat nog vele karakteristieke en schadelijke elementen van het oude systeem dat "dood en begraven" zou zijn.

De Nederlandse inzet is gericht op het hervormen van het mechanisme van investeringsbescherming. Dit geldt voor toekomstige verdragen, maar ook voor bestaande verdragen. Deze akkoorden zullen dan ook in lijn gebracht moeten worden met de nieuwe standaard die in het kader van TTIP is ontwikkeld. Nederland zet zich er voor in dat deze standaard in alle lopende en toekomstige onderhandelingen van de EU met derde landen wordt ingebracht. De Europese Commissie doet dit nu ook.

Dit is specifiek van belang voor het uitonderhandelde Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) tussen de EU en Canada en het handelsakkoord met Singapore. Deze akkoorden zijn nog niet voor ondertekening en sluiting voorgelegd aan de Raad. De Europese Commissie zal, zonder de onderhandelingen te heropenen, met beide landen bespreken waar aanpassingen kunnen worden doorgevoerd om de tekst verder in lijn te brengen met de nieuwe EU-standaard over investeringsbescherming. Het kabinet verwacht niet dat Canada niet open staat voor een verbeterd mechanisme.

Het hervormingsvoorstel bevat een aantal verbeteringen. Zoals hierboven al opgemerkt bevat het nieuwe voorstel echter nog altijd perverse prikkels en oneerlijke procedurele voordelen voor de VS. Een verslechtering is de umbrella clause die niet in CETA maar wel in het hervormingsvoorstel te vinden is, zie hierboven.

Zoals aangegeven in de brief van 9 april jl. in reactie op de motie Maij c.s. inzake de ratificatie van TTIP (Kamerstuk 21501-02, nr.1481), wil Nederland de bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten (IBO's) moderniseren en herzien. Hierbij zal worden aangesloten op de EU-positie in TTIP, inclusief het verbeterde geschillenbeslechtsmechanisme.

[knip]

**Inbreng SP-fractie**

[knip]

**De leden van de SP-fractie vragen waarom de EU vasthoudt aan een apart rechtssysteem voor bedrijven. Waarom is de reguliere rechtsgang niet afdoende? De leden van de SP-fractie willen van het kabinet weten in hoeverre het ICS onderdeel uitmaakt van onderhandelingen over vrijhandelsakkoorden die zich in een vergevorderd stadium bevinden, dan wel afgerond zijn (onder andere de akkoorden met Japan, Mercosur, Vietnam en Canada). Hoe kijkt de nieuwe Canadese regering aan tegen het ICS-voorstel?**

Antwoord van het kabinet

De Nederlandse rechtsgang is van zeer hoge kwaliteit en biedt voldoende bescherming. Daarom kiest de Nederlandse regering voor de "no-U-turn" benadering. Omdat het investeringshoofdstuk in TTIP dient als blauwdruk voor lopende en toekomstige onderhandelingen en niet in alle landen eenzelfde kwaliteit geldt, is het van belang verder te kijken dan alleen de TTIP-onderhandelingen.

De VS zal de oneerlijke procedurele voordelen willen behouden. Door deze eerst volledig te verwijderen en dat met andere landen af te spreken had de commissie resultaten kunnen boeken. De commissie heeft deze kans laten lopen.

Nederland wil voorkomen dat investeerders soms lange, ondoorzichtige rechtsprocedures moeten doorlopen zonder resultaat. Rechtszekerheid is een essentiële voorwaarde voor betrouwbare internationale handel.

De VS heeft nog nooit een ISDS-zaak verloren. De commissie heeft niet alle oneerlijke procedurele voordelen voor de VS verwijderd. ISDS vergroot de rechtszekerheid voor bedrijven die in de VS

investeren niet. Wel loopt de EU veel risico. Rechtszekerheid hangt overigens niet af van ISDS. Lokale rechtbanken, contracten, en verzekeringen bieden ook zekerheid.

Het voorstel voor ICS wordt ingebracht in alle lopende en toekomstige onderhandelingen, zoals Japan, Vietnam, Myanmar en China. Investeringsbescherming maakt geen onderdeel uit van de onderhandelingen met Mercosur. Deze onderhandelingen zijn na een stilte sinds 2004, in 2010 weer hervat. De akkoorden met Canada en Singapore zijn gesloten. De Europese Commissie zal, zonder de onderhandelingen te heropenen, met beide landen bespreken waar aanpassingen kunnen worden doorgevoerd om de tekst verder in lijn te brengen met de nieuwe EU-standaard over investeringsbescherming. De Canadese regering is hiervan op de hoogte, maar heeft nog geen officiële reactie gegeven.

**Is Nederland voornemens om opmerkingen te plaatsen bij de adviesaanvraag van het Hof inzake het EU-Singapore verdrag, zo vragen de leden van de SP-fractie. Zo ja, welke? Kan Nederland daarbij het verzoek doen om te informeren naar de procedure indien een lidstaat een gemengd akkoord niet ratificeert?**

Antwoord van het kabinet

Het adviesverzoek van de Europese Commissie gaat in op de aard van de handelsakkoord met Singapore. Nederland is met vele andere lidstaten van mening dat het verdrag met Singapore een gemengd akkoord is, gegeven de verwachte reikwijdte van het verdrag en gelet op bijvoorbeeld specifieke onderdelen van het verdrag die niet onder een exclusieve EU-bevoegdheid vallen.

Bij een gemengd akkoord moeten ook de nationale parlementen het verdrag goedkeuren. In Nederland zal het verdrag door de Tweede en Eerste Kamer behandeld worden mede op basis van advies van de Raad van State.

Mocht een nationaal parlement geen goedkeuring geven, dan kan het akkoord niet in werking treden. Maar de afwijzing van een verdrag door een lidstaat tast de voorlopige toepassing van onderdelen van het akkoord niet aan. Die onderdelen van het akkoord gelden onverkort in alle lidstaten (zie ook de Kamerbrief 21 501-02, nr. 1499). Voor de volledigheid wil ik vermelden dat een besluit over de voorlopige toepassing van onderdelen van de handelsakkoord met Singapore slechts kan zien op de EU-delen van het akkoord en nog niet is vastgesteld.

Een openstaande vraag is of ISDS verenigbaar is met de EU-verdragen. Ook deze vraag dient gesteld te worden.

**De leden van de SP-fractie vragen of het klopt dat ICS meer mogelijkheden biedt om een zaak te beginnen dan in het geval van ISDS. Klopt het dat het criterium dat een investering bij moet dragen aan de economie van het ontvangende land hier geen onderdeel van uitmaakt? Hoe verhoudt dit zich tot het standpunt van de minister, die het belang van substance-eisen om misbruik van belasting- dan wel investeringsverdragen te voorkomen meermaals heeft onderstreept?**

Antwoord van het kabinet

Nee, dat klopt niet. ICS biedt niet meer mogelijkheden om een zaak te beginnen; het voorstel bevat juist minder mogelijkheden. Er gelden bijvoorbeeld strakkere termijnen, oneigenlijke claims kunnen in een vroeg stadium worden uitgesloten en dankzij het '*loser pays principe*' kunnen frivole claims worden vermeden.

Op dit moment kunnen Amerikaanse investeerders geen ISDS-zaken tegen de EU beginnen, met ISDS in TTIP wel: een uitbreiding met honderd procent. Op dit moment kunnen Amerikaanse investeerders geen ISDS-zaken tegen Nederland beginnen, met ISDS in TTIP wel: een uitbreiding met honderd procent. Op dit moment valt één procent van de Amerikaanse investeringen in de EU onder ISDS. Dit leidde tot 9 zaken. Met ISDS in TTIP zou dat honderd procent dekking worden: een uitbreiding met negenennegentig procent.

Ook is er een uitbreiding in de tijd. Losse Nederlandse investeringsverdragen zijn op te zeggen, we kunnen echter niet verwachten dat de EU TTIP op zal zeggen. De umbrella clause maakt het mogelijk contractbreuk voor te leggen aan ISDS-tribunalen. Dit is een grote uitbreiding ten opzichte van CETA. Tribunalen hoeven frivole claims niet opzij te leggen. – en dat is ook beter voor hun portomonnee. Tribunalen passen vaak het loser pays principe niet toe.

<http://ccsi.columbia.edu/files/2015/11/TPP-entrenching-flaws-18-Nov-FINAL.pdf>

Alleen investeerders die een substantiële bedrijfsactiviteit hebben, kunnen gebruik maken van investeringsbescherming.

Dit is onjuist. De vraag ging over het ontvangende land. De formulering over substantiële bedrijfsactiviteiten gaat niet over het ontvangende gastland maar heeft betrekking op de thuisstaat. De formulering is bedoeld om postbusmaatschappijen uit te sluiten.

CETA pagina 150: "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 (...)" (nadruk toegevoegd)

"Party" is de thuisstaat, "other Party" het ontvangende gastland. De substantiële bedrijfsactiviteiten moeten dus in de thuisstaat zijn, niet in het ontvangende gastland. Bijvoorbeeld, indien een Amerikaans bedrijf via Canada van investeringsbescherming in CETA gebruik zou willen maken, dan moet het Amerikaanse bedrijf eerst substantiële bedrijfsactiviteiten in Canada hebben om investeringen in de EU onder ISDS te laten vallen. (Voor multinationals overigens geen probleem, en er zijn al veel Amerikaanse bedrijven in Canada.)

De formulering heeft geen betrekking op investeringen in het ontvangende land. Dit blijkt ook uit de alinea hieronder.

Voor TTIP, zie Chapter 1 artikel 1-1 (3) (c)

[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc\\_153669.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153669.pdf)

De criteria voor een investering behelzen iedere vorm van vermogen met een zekere duur die in overeenstemming met nationaal recht in een land zijn gedaan.<sup>2</sup> Dit sluit aan bij het Nederlandse standpunt, zoals aangegeven in reactie op de motie Van Ojik (Kamerstuk 21501-02, nr. 1397). Op deze manier worden alleen bedrijven die daadwerkelijk investeren en bijdragen aan de economie van de verdragspartijen beschermd.

"[I]edere vorm van vermogen met een zekere duur die in overeenstemming met nationaal recht in een land zijn gedaan" is een ander criterium dan "daadwerkelijke bijdragen leveren aan de economie". Aandelen, staatsschulden die ver onder de waarde gekocht zijn of futiele octrooien waarmee bedrijven afgeperst worden vallen ook onder de definitie van investering.

**De leden van de SP-fractie vragen of het klopt dat het ondernemersrisico met behulp van ICS nog altijd kan worden afgewenteld op de burger. Deelt de minister de mening dat dit de rechtsongelijkheid tussen burgers en staten enerzijds, en bedrijven anderzijds vergroot, gezien burgers en staten geen beroep kunnen doen op ICS (noch op ISDS)?**

Antwoord van het kabinet

In investeringsverdragen gaat het niet om het afdekken van investeringsrisico's, maar over afspraken tussen staten over beginselen van goed bestuur. Deze regels zijn niet nieuw en niet anders dan wat al gebruikelijk is in onze Nederlandse wet.

Beginselen van goed bestuur zijn van kardinaal belang. Even belangrijk is wie deze beginselen van goed bestuur mag interpreteren, en in welke constitutionele omgeving.

Indien nationale wetten te expansief uitgelegd worden in het voordeel van een investeerder kan een nationale wetgever de wet aanpassen. Dit is op supranationaal niveau niet mogelijk. Op supranationaal niveau ben je van alle andere verdragspartijen afhankelijk. Het hervormingsvoorstel geeft geen werkbare bescherming tegen expansieve interpretatie door arbiters met perverse prikkels.

<https://blog.ffii.org/eu-commission-isds-proposal-a-threat-to-democracy-and-civil-rights/>

Zij geven dus geen extra rechten aan buitenlandse investeerders.

---

<sup>2</sup>Zie definitie art. X.1 en X. 2 TTIP voorstel.

Expansieve interpretatie creëert grotere rechten.

Wel hebben ze een forumkeuze om hun recht te halen: óf onder Nederlands recht bij de Nederlandse bestuursrechter óf bij een arbitraal tribunaal op basis van een investeringsverdrag.

Grotere procedurele rechten die toegang geven tot grotere materiële rechten.

In een investeringsverdrag staan basisregels voor de behandeling van buitenlandse investeerders tegen onrechtmatig handelen van overheden. De rechten die in het investeringshoofdstuk van TTIP worden opgenomen zijn basisregels die we ook terugvinden in de Nederlandse wet. Daarin staat bijvoorbeeld dat een staat een investeerder mag onteigenen, mits dit in het publieke belang gebeurt, met rechtswaarborgen omkleed is, zonder discriminatie gebeurt en tegen betaling van een redelijke schadevergoeding. Dit is een basisbescherming en staat sinds 1798 in onze Grondwet.

In het voorstel van de Europese Commissie zouden ook andere belanghebbenden toegang krijgen tot deze rechtsgang in TTIP. Via de voorgestelde *amicus curiae briefs* en *third party interventions* kan eenieder zich voegen in het proces.

Eenieder kan een brief schrijven. Eenieder kan zich niet voegen, zie de volgende alinea.

Als *amicus curiae* (vriend van het hof) zou een derde partij dan schriftelijk commentaar kunnen aanleveren om het hof te helpen met de beoordeling van de claim. Voor een *third party intervention* is een direct en aantoonbaar belang noodzakelijk.

**De leden van de SP-fractie vragen of het kabinet erkent dat het aantal beroepsmogelijkheden aanzienlijk kan stijgen door ICS omdat ook bedrijven in beroep kunnen gaan tegen een uitspraak. Wat zijn de criteria voor bedrijven om in beroep te kunnen gaan? Erkent het kabinet dat veel zaken om te zetten zijn in een claim door de breed geformuleerde bepalingen in ICS? Kan het kabinet daarbij ingaan op de termen "noodzakelijke" maatregel, "substantiële" ontneming van eigendomsrechten, "manifest arbitrair" en "legitieme verwachtingen"?**

Antwoord van het kabinet

Het kabinet is van mening dat een mogelijkheid van beroep van belang is voor een eerlijke, voorspelbare en onpartijdige rechtsgang.

Voorspelbaarheid kan toenemen door beroep. Eerlijk en onpartijdig zijn woorden die de minister ten onrechte gebruikt vanwege de perverse prikkels ook bij beroep en de oneerlijke procedurele voordelen voor de VS.

De mogelijkheid tot het instellen van beroep is dan ook een belangrijk aspect van effectieve rechtsbescherming. Dit is ook in de nationale rechtsgangen gewaarborgd.

De mogelijkheid tot het instellen van beroep acht ik ook van belang in het geval van geschilbeslechting tussen een investeerder en een Staat. Het draagt bij aan een zorgvuldige beoordeling van het geschil. Onder ICS kunnen zowel de Staat als de investeerder die onderling een geschil hebben beroep aantekenen tegen de uitspraak van het Tribunaal. Zoals ook gebruikelijk is in nationale en internationale rechtsgangen, is het aantal gronden op basis waarvan beroep mogelijk is, beperkt. Onder ICS kan beroep worden ingesteld op de volgende gronden:

- het hof in eerste aanleg het toepasselijk recht verkeerd heeft geïnterpreteerd of toegepast;
- het hof een manifest verkeerde interpretatie van de voorgelegde feiten geeft;
- het hof niet conform de regels is samengesteld;
- buiten zijn mandaat is getreden;
- er sprake is van corruptie van een van de leden van het hof;
- de procedureregels onjuist zijn gevolgd;
- de uitspraak niet met redenen omkleed is.

In de bepalingen die gebruikt zijn in ICS staan gebruikelijke begrippen en concepten in de nationale, Europese en internationale rechtsorde (bijvoorbeeld zoals gebruikt in het EU-Werkingsverdrag en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)).

Op nationaal niveau kan de hoogste rechter een te expansief interpreterend gespecialiseerd hof corrigeren. Ook kan de wetgever wetten aanpassen. Op supranationaal niveau is er geen hoogste rechter, en geen wetgever die de wet aan kan passen indien de interpretatie door rechters of arbiters te expansief is. Er moet dus op andere wijze een veilig systeem geschapen worden.

1. Begin met institutionele waarborgen voor de onafhankelijkheid,
2. beperk het supranationale hof tot een marginale toets:
  - a. eerst uitputting van lokale middelen,
  - b. beleidsruimte voor de staat,
3. mogelijkheid specifiek verdrag op te zeggen op korte termijn stimuleert dat het supranationale hof de beleidsruimte respecteert.

Het hervormingsvoorstel faalt op al deze punten. Wat betreft punt 3, we kunnen niet verwachten dat de EU het TTIP verdrag op zal zeggen.

Met de huidige formuleringen sluit het nieuwe ICS aan bij de wens om de standaarden van investeringsbescherming af te bakenen en te verduidelijken.

De arbiters krijgen met alle voorwaarden waar de staat aan moet voldoen juist veel discretionaire macht.

Dit om het risico weg te nemen dat een tribunaal de bepalingen te ruim interpreteert.

Er is altijd interpretatieruimte.

Zo geldt dat Staten het recht hebben om te reguleren in het publieke belang, indien de maatregel noodzakelijk is om het publieke doel te bereiken. Deze 'noodzakelijkheidstest' is een basisregel in de internationale en EU-rechtsorde.

De noodzakelijkheidstest wordt door ISDS-tribunalen strikter toegepast dan door nationale rechters, die vermijden "op de stoel van de bestuurder te gaan zitten".

Het EVRM bepaalt met betrekking tot eigendom: "*De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, **die hij noodzakelijk oordeelt** om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.*" (protocol 1 artikel 1, nadruk toegevoegd)

[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_NLD.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_NLD.pdf)

Hierbij geeft "*die hij noodzakelijk oordeelt*" het oordeel over de noodzakelijkheid aan de staat, niet aan het mensenrechtenhof. Het mensenrechtenhof respecteert een ruime beleidsruimte.

ISDS-tribunalen doen dat vaak niet. Het hervormingsvoorstel verlangt dit ook niet. Er is een groot verschil tussen het EVRM en het hervormingsvoorstel. Argentinië beriep zich er op dat maatregelen vanwege een financiële crisis noodzakelijk waren. Veel ISDS-tribunalen vonden de maatregelen niet noodzakelijk omdat Argentinië aan de crisis bijgedragen zou hebben. Zie bijvoorbeeld paragraaf 260

<http://www.italaw.com/documents/NGvArgentina.pdf>

Nu is het zo dat als een land zich in een existentiële economische crisis bevindt er altijd wel gezegd kan worden dat het land daar zelf een bijdrage aan leverde. De noodzakelijkheidstest wordt op deze wijze veel te strikt toegepast, en in elk geval strikter dan onder het EVRM en nationaal recht.

Ik merk op dat Argentijnse burgers en investeerders geen schadevergoedingen kregen, buitenlandse investeerders wel, deze hadden dus in de praktijk grotere rechten.

Met betrekking tot handel (WTO) komt de noodzakelijkheidstest voor in GATT artikel 20 en GATS artikel 14. Slechts in 2 van 45 zaken heeft een staat met succes beroep op de "general exception" waarborg gedaan. Zie, algemeen:

<https://www.citizen.org/documents/general-exception.pdf>

Toegang tot ISDS is breder en het financiële effect van ISDS is groter dan onder WTO-procedures. In plaats van staten kunnen private partijen ISDS-zaken beginnen. In WTO-procedures krijgen staten eerst nog kans om beleid aan te passen en zijn geen schadevergoedingen mogelijk, alleen handelsmaatregelen. ISDS-schadevergoedingen zijn inclusief verwachte winst en rente vanaf de betwiste beslissing. Tijdens de jarenlange procedures loopt eventuele rente op. De hoogst toegekende ISDS-schadevergoeding is 50 miljard USD.

De noodzakelijkheidstest wordt door ISDS-tribunalen veel te strikt toegepast. In plaats van deze interpretatie grotere werking te geven door meer investeringen onder ISDS te brengen zou hij ingeperkt moeten worden.

Hiermee wordt ook voorkomen dat het recht te reguleren Staten een *carte blanche* geeft om bijvoorbeeld discriminerende maatregelen te nemen, indien dat niet noodzakelijk is om het publieke belang te dienen.

Niet alleen *carte blanche* wordt voorkomen. De te strikte noodzakelijkheidstest hangt ook een prijskaart aan beleid dat volgens nationaal recht wel toegestaan is. De gelijke behandeling wordt door ISDS-tribunalen strenger toegepast dan door Nederlandse rechters, zie hieronder.

Een 'substantiële' ontneming van eigendomsrechten houdt in dat een maatregel een investeerder in grote mate de fundamentele eigenschappen van eigendom ontnemt, waaronder het recht op gebruik, genot en beschikking van zijn investering. Er moet hierbij dus sprake zijn van een zodanige aantasting van het eigendomsrecht, dat de investeerder niet meer over zijn investering kan beschikken.

"Grote mate" is een lagere drempel dan "niet meer over zijn investering kan beschikken".

Bij een inbreuk op eerlijke en billijke behandeling dient sprake te zijn van een 'manifest arbitraire' maatregel. In andere woorden, er moet sprake zijn van een willekeurig handelen van de Staat.

Staten handelen vaak willekeurig. Ze hebben bijvoorbeeld een discretionaire vervolgingsbevoegdheid. Niet in alle gevallen gaat de staat tot vervolging over. Nationale rechters respecteren deze vorm van willekeur. Het EVRM geeft zoals we hierboven zagen beleidsvrijheid.

ISDS-tribunalen kunnen deze vorm van noodzakelijke willekeur echter aan een "like circumstances" test onderwerpen, zoals in *Apotex II v. United States*. Lise Johnson and Lisa Sachs: "The risk of claims is particularly high in the context of administrative enforcement actions that often and, in some cases, necessarily result in disparate treatment of different actors." Pagina 9 en voetnoot 26:

<http://ccsi.columbia.edu/files/2015/11/TPP-entrenching-flaws-18-Nov-FINAL.pdf>

Bij het bepalen of de bepaling van eerlijke en billijke behandeling is geschonden, kan het tribunaal tevens kijken of de verdedigende Staat door het doen van een specifiek voorstel om de investering aan te trekken, 'legitieme verwachtingen' (in de Nederlandse rechtsorde ook wel 'gerechtvaardigd vertrouwen' genoemd) heeft gegeven aan een investeerder, op basis waarvan de investeerder vervolgens heeft besloten de investering daadwerkelijk te doen.

De tekst zegt "representation", niet voorstel. Sectie 2, artikel 3 (4).

[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf)

Er is echter pas sprake van een inbreuk op een dergelijke legitieme verwachting, als daarbij ook de andere voorwaarden voor eerlijke en billijke behandeling zijn geschonden. Het tribunaal kan dus bijvoorbeeld rekening houden met eventuele legitieme verwachtingen, indien de maatregel ook manifest arbitrair is genomen.

De Raad van State is zeer terughoudend wat betreft legitieme verwachtingen. Uitspraak 201113437/1/R2, 20 juni 2012:

"2.3.4. Met betrekking tot het beroep van [appellant] en anderen op het vertrouwensbeginsel overweegt de Afdeling dat voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel nodig is dat aan het desbetreffende bestuursorgaan toe te rekenen, concrete ondubbelzinnige toezeggingen

zijn gedaan door een daartoe bevoegde derde, waaraan rechtens te honoreren verwachtingen kunnen worden ontleend. In het algemeen kunnen geen rechten worden ontleend aan toezeggingen die zijn gedaan door niet ter zake beslissingsbevoegden.”

[https://www.raadvanstate.nl/uitspraken/zoeken-in-uitspraken/tekst-uitspraak.html?id=68501&summary\\_only=&q+=201113437%2F1%2FR2](https://www.raadvanstate.nl/uitspraken/zoeken-in-uitspraken/tekst-uitspraak.html?id=68501&summary_only=&q+=201113437%2F1%2FR2)

ISDS-tribunalen passen een veel ruimere interpretatie toe. In het hervormingsvoorstel is een “specific representation” genoeg, ook mondeling. Dit laat ruimte voor de interpretatie gebruikt in de Bilcon zaak. Lise Johnson and Lisa Sachs: “Under that approach, a tribunal identifies what it considers to be reasonable or legitimate expectations – which may have been generated by a wide range of even non-binding government conduct and need not rise to the level of actual ‘rights’ – and then strictly scrutinizes government actions or inactions to determine whether the investors’ expectations were wrongly frustrated.” De Bilcon-schadevergoeding was 300 miljoen USD.

<http://ccsi.columbia.edu/files/2015/11/TPP-entrenching-flaws-18-Nov-FINAL.pdf>

De vele vergelijkingen die de minister maakt met Nederlands en Europees recht zijn ten onrechte omdat de interpretatie verschilt.

**De leden van de SP-fractie vragen of al bekend is wat het oordeel is van de Verenigde Staten over ICS. Erkent het kabinet dat de Amerikanen concessies zullen verlangen in het onderhandelingsproces, waardoor het voorstel kan verwateren? De leden van de SP-fractie vragen wat respectievelijk Nederland en de Europese Commissie gaan doen indien het ICS voorstel wordt verworpen door de Amerikanen.**

Antwoord van het kabinet

De EU-positie is op 12 november jl. gedeeld met de Verenigde Staten en dat betekent dat het onderhandelingsproces na ruim anderhalf jaar weer opgestart kan worden. Er is nog geen officiële reactie van de Verenigde Staten op de EU-positie bekend. De volgende TTIP onderhandelingsronde zal begin 2016 plaatsvinden. Hierin zal gesproken worden over het investeringshoofdstuk en zal meer bekend worden over de positie van de Verenigde Staten.

**We kunnen verwachten dat de VS zal trachten oneerlijke procedurele voordelen te behouden.**

**Klopt het dat er in het EU-Myanmar akkoord wordt onderhandeld over de oude versie van ISDS, en niet over ICS, zo informeren de leden van de SP-fractie. Wat is de reden hiervan?**

Antwoord van het kabinet

Dit klopt niet. Het voorstel voor ICS wordt ingebracht in alle lopende en toekomstige onderhandelingen, dus ook in het EU-Myanmar akkoord. Hiermee wordt het eerste EU-voorstel over investeringsbescherming in deze onderhandelingen dus aangepast. Birma/Myanmar is daar steeds van op de hoogte geweest.

**Inbreng GroenLinks-fractie**

**De leden van de GroenLinks-fractie hebben met interesse kennis genomen van het EU-voorstel: Handel voor Iedereen en de beantwoording door de minister van de schriftelijke vragen van het lid Klaver over de door de Europese Commissie voorgestelde nieuwe handelsstrategie voor Europa.**

**Uit de beantwoording van onze vragen blijkt tot teleurstelling van de leden van de GroenLinks-fractie nog geen commitment van de minister om verouderde handelsverdragen actief open te breken, en doelstellingen als duurzame ontwikkeling veel meer juridische kracht te geven in de handelsverdragen. Zij hoopten op concretere plannen van de minister om eerlijke handel te bevorderen middels een nieuw model voor Investeringsbeschermings-overeenkomsten (IBO's). Wat betreft de leden van de GroenLinks-fractie worden sociale- en milieunormen een veel groter onderdeel van alle handelsverdragen die Nederland onderhoudt, en worden deze zaken niet slechts in preambules aangehaald. Zij zijn verheugd te horen dat de Europese Commissie werkt aan een plan van aanpak voor de implementatie van afspraken op het gebied van duurzame ontwikkeling, eerlijke handel en mensenrechten en wachten ook hier op**

**concrete invulling van waarden zoals duurzaamheid en transparantie. Volgens deze leden omvat het voorstel van de Europese Commissie voor een Investment Court System slechts kleine verbeteringen ten opzichte van het oorspronkelijke ISDS. Zij hebben nog steeds grote zorgen over de extra laag rechten voor buitenlandse investeerders middels deze nieuwe 'EU-standaard' van internationale geschillenbeslechting. Deze leden missen een argumentatie per handelsverdrag waarom een ISDS in verschillende verdragen nodig is.**

**De minister schrijft dat de invloed van handels- en investeringsakkoorden op mensenrechten moet worden meegenomen in de impact assessments van handelsakkoorden, en dat voor geïdentificeerde risico's geschikte maatregelen moeten worden genomen. Welke partij zal deze impact assessments uitvoeren? Welke maatregelen dienen er volgens de minister te worden genomen wanneer er schadelijke effecten worden blootgelegd?**

Antwoord van het kabinet

Sustainability Impact Assessments (SIA's) worden altijd uitgevoerd door een onafhankelijke organisatie. Welke dit is varieert per opdracht. Uiteindelijk moeten de Europese Commissie en EU-lidstaten gezamenlijk beoordelen voor welke bevindingen in deze SIA's flankerend beleid nodig is.

**De leden van de GroenLinks-fractie willen graag weten welke maatregelen de minister bereid is te nemen om ervoor te zorgen dat Nederland bedrijven zonder substantiële bedrijfsactiviteiten uit zal sluiten van voorzieningen in handelsverdragen, en hoopt dat de minister dit kan toelichten.**

Antwoord van het kabinet

Zoals aangegeven in de brief van 25 juni 2014 in reactie op de motie Van Ojik (Kamerstuk 21501-02, nr. 1397), acht Nederland het onwenselijk dat een investeringsbeschermingsovereenkomst (IBO) gebruikt kan worden door een bedrijf dat geen substantiële bedrijfsactiviteiten verricht.

Het is onduidelijk of de vraag van de GroenLinks-fractie betrekking heeft op het thuisland (postbusmaatschappij uitsluiten) of op het ontvangende land (vergelijk de vraag van de SP-fractie). Zoals hierboven uitgelegd sluiten de formuleringen in de CETA tekst en in de voorstellen voor TTIP postbusmaatschappijen uit, maar hebben zij geen betrekking op het ontvangende land. De investering zelf kan aandelen, staatsschulden die ver onder de waarde gekocht zijn of gammele octrooien, waarmee bedrijven afgeperst worden, betreffen.

En zoals aangegeven in de brief van 9 april jl. in reactie op de motie Maij c.s. inzake de ratificatie van TTIP (Kamerstuk 21501-02, nr.1481), wil Nederland de IBO's moderniseren en herzien. Hierbij zal worden aangesloten op de EU-positie in TTIP, inclusief het verbeterde geschillenbeslechtingsmechanisme.

Vervolgens zal een proces van heronderhandeling van de bestaande IBO's gestart worden. In de beantwoording van de Kamervragen Thieme van 19 mei jl. (Kamerstuk 2015- Z0, nr. 5826) wordt uitgelegd hoe dit proces eruit ziet.

**Tot slot vragen de leden van de GroenLinks-fractie naar de verenigbaarheid van ISDS met EU-wetgeving. Zij vragen de minister of zij uiterlijk begin december wil toelichten of zij hierover een vraag in zal dienen bij de behandeling van het handelsverdrag tussen de EU en Singapore bij het Europese Hof van Justitie. Dit stelt de Kamer in staat om voor de inbrengdatum zo nodig over de aangehouden motie Jasper van Dijk/Klaver (Kamerstuk 21501-02, nr.1540) te stemmen.**

Antwoord van het kabinet

Het kabinet zal de Kamer zo spoedig mogelijk informeren over de stand van zaken.

Zie ook de opmerking hierboven over umbrella clause en EU-recht.

**Inbreng ChristenUnie-fractie**

**De leden van de fractie van de ChristenUnie vragen naar de noodzaak van ICS in handelsverdragen als TTIP en CETA. Zij verwijzen ook naar de aangenomen motie-Segers c.s. (Kamerstuk 21501-20, nr. 964), die uitspreekt dat TTIP geen geschillenbeslechting mag bevatten die afbreuk doet aan ons nationale rechtssysteem en onze democratische besluitvorming. De motie verwijst bovendien naar de waarborging van onze democratische rechtsstaat en waarden zoals menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, rechtsgelijkheid en bescherming van milieu en mensenrechten. Hoe gaat de minister met deze motie om, aangezien ook ICS naast of zelfs boven ons nationale rechtssysteem functioneert en niet gebonden is aan onze wetgeving? Waarom wordt het recht om te reguleren niet eenduidig vastgelegd? Waarom is transnationale arbitrage noodzakelijk naast of zelfs boven ons eigen rechtssysteem? Kan de minister voorbeelden geven van situaties waarin ons nationale rechtssysteem tekortschiet om investeringsgeschillen te beslechten? Waarom is het nodig om buitenlandse investeerders exclusieve toegang tot transnationale arbitrage te geven, in tegenstelling tot Nederlandse MKB-bedrijven en burgers?**

Antwoord van het kabinet

Het kabinet heeft de motie Segers c.s. als ondersteuning van beleid beoordeeld.

Perverse prikkels, oneerlijke procedurele voordelen voor de VS en geen mogelijkheden om wetten aan te nemen die ongewenste interpretaties bijsturen doen afbreuk aan onze rechtsstaat en onze democratische besluitvorming.

Het Investment Court System (ICS) kan een alternatief worden voor de reguliere nationale rechtsgang bij investeringsgeschillen. Een claim onder het ICS zal op basis van internationaal recht, zoals onderschreven door Nederland, gevoerd worden.

Nederland raakt hiermee de democratische controle op de ontwikkeling van het recht kwijt. Nationale wetten kunnen door de nationale wetgever aangepast worden, internationale verdragen niet. Zoals hierboven beschreven, onderwerpen ISDS-tribunalen landen aan een striktere noodzakelijkheidstest dan Nederlandse rechters. Nederland onderschrijft hierdoor dat internationaal recht verder gaat dan Nederlands recht. Dit is onverstandig omdat Nederland nu naast uitgaande investeringen ook inkomende investeringen onder ISDS wil brengen.

De afspraken in handels- en investeringsverdragen over investeringsbescherming geven buitenlandse investeerders het recht een beroep te doen op de in het verdrag voorziene regeling voor de beslechting van geschillen. Een investeerder kan hier een beroep op doen indien hij meent schade te hebben geleden aan zijn investering door ongerechtvaardigd overheidsingrijpen.

Gezien de expansieve interpretaties door ISDS-tribunalen kan een investeerder ook bij wat nationaal gezien wordt als gerechtvaardigd overheidsingrijpen een claim indienen. Of er mee dreigen. Dit heeft een afschrikwekkend effect.

Er moet dan worden vastgesteld dat bepaald overheidshandelen in strijd is met de gemaakte internationale afspraken uit het verdrag. Hierbij gaat het om basisregels voor de behandeling van buitenlandse investeerders en hun investeringen, zoals wij die ook onder het nationale recht kennen.

Hierboven wees ik al op het belang van wie de regels mag interpreteren en de constitutionele omgeving waarin dat gebeurt.

Deze basisregels zien op een eerlijke en billijke behandeling van buitenlandse investeerders, non-discriminatoire behandeling, het onbeperkt overmaken van kapitaal en het stellen van voorwaarden op basis waarvan onteigend mag worden (alleen met gepaste schadevergoeding).

Schadevergoeding zal alleen van toepassing zijn indien er sprake is van schending van die standaarden en de staat derhalve onjuist heeft gehandeld.

Expansieve interpretatie van de rechten van investeerders maakt beleidsruimte kleiner.

Ons nationale rechtssysteem schiet daarin niet tekort, maar een dergelijke alternatieve route van internationale geschillenbeslechting is van belang, omdat de onafhankelijkheid en kwaliteit van de nationale rechtsgang in het buitenland niet overal gegarandeerd is.

Niemand verplicht investeerders in landen met slechte rechtssystemen te investeren. Bovendien kunnen investeerders naast gebruik maken van lokale rechtbanken ook contracten sluiten of een verzekering nemen. De meeste landen zien buitenlandse investeerders graag komen. Geen ISDS schept een positieve prikkel het lokale rechtssysteem te verbeteren. Hier hebben ook burgers en lokale bedrijven voordeel van.

Zoals ik ook heb aangegeven in mijn brief van 9 april jl. in reactie op de Motie Maij c.s. inzake de ratificatie van TTIP (Kamerstuk 21501-02, nr.1481), verlangt het kabinet de garantie dat nationale overheden volledige beleidsvrijheid behouden.

Volledige beleidsvrijheid is in tegenspraak met de hierboven genoemde noodzakelijkheidstest en andere testen. De minister spreekt zichzelf tegen.

Ook hier kan TTIP voor een eenduidige standaard zorgen. Voorts dient de toegang tot het rechtssysteem gewaarborgd te blijven, ook voor individuen en MKB-bedrijven die minder draagkrachtig zijn.

Gemiddeld kost een ISDS zaak zo'n 8 miljoen dollar. Dat is voor minder draagkrachtigen te veel. Advocatenkosten zijn een grote post.

Buitenlandse investeerders mogen geen hogere bescherming genieten dan consumenten, lokale overheden of nationale bedrijven.

Buitenlandse investeerders kunnen gebruik maken van ISDS, consumenten, lokale overheden en nationale bedrijven kunnen dat niet. Buitenlandse investeerders hebben grotere procedurele rechten.

ISDS-tribunalen interpreteren expansief. Er is dus een groot verschil. Om terug te komen op Argentinië: buitenlandse investeerders kregen schadevergoeding van ISDS-tribunalen. Burgers en lokale investeerders niet. Er was een groot verschil in bescherming. Niet omdat Argentinië geen rechtsstaat is, maar omdat ISDS-tribunalen de noodzakelijkheidstest zeer strikt toepasten, strenger dan de Nederlandse rechter zou doen.

Canada heeft een goed functionerende rechtsstaat maar verloor veel ISDS-zaken na het afsluiten van een verdrag met de VS dat ISDS bevat (NAFTA), waaronder de bovengenoemde Bilcon-zaak.