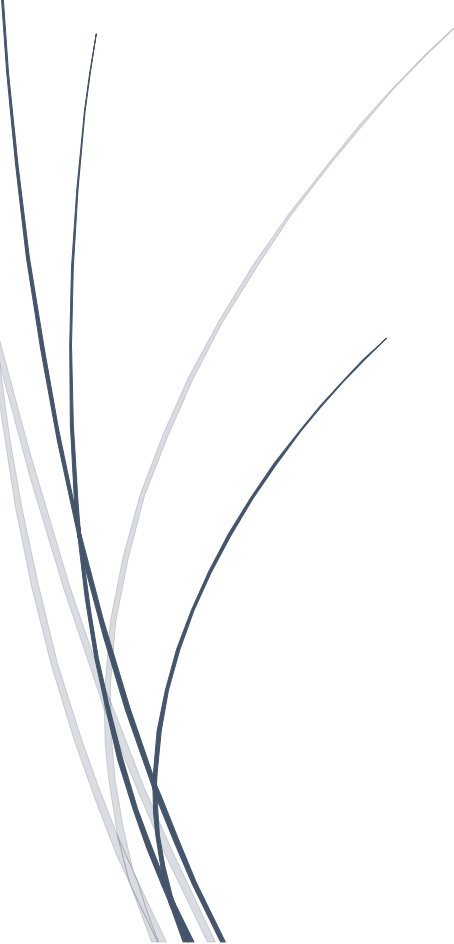




Regulatory chill binnen de Nederlandse overheid?

Een onderzoek naar de invloed van ISDS-
clausules in handelsverdragen op de
beleidsvrijheid van de Nederlandse staat



Auteur: Wirish Ganesh
Studentnummer: 1752308
E-mail: wirish.ganesh@outlook.com
Opleiding: Management van de Publieke Sector
Instituut: Universiteit Leiden
Faculteit Governance and Global Affairs
Begeleider: dr. S. Luitwieler
Datum: 9 juni 2016

Inhoudsopgave

Samenvatting	4
1. Inleiding	5
1.1 Achtergrond: Transatlantic Trade & Investment Partnership	5
1.2 Voorstanders van het Transatlantic Trade & Investment Partnership	6
1.3 Tegenstanders van het Transatlantic Trade & Investment Partnership	8
1.4 De positie van Nederland in relatie tot Investor-State Dispute Settlement	10
1.5 Vraagstelling	11
1.6 Wetenschappelijke en maatschappelijke relevantie van het onderzoek	12
1.7 Leeswijzer	13
2. Theoretisch kader	14
2.1 Achtergrond: Philip Morris International vs. Uruguay en Australië	14
2.2 Analyse van ISDS-arbitragezaken	15
2.3 Beleidsvrijheid	18
2.4 Convergence theory en divergence theory	19
2.5 Regulatory chill theory	20
2.6 Hypothese	22
3. Opzet van het onderzoek	24
3.1 Achtergrond	24
3.2 Onderzoeksontwerp	24
3.3 Afhankelijke, onafhankelijke en interveniërende variabele	24
3.4 Het meten van regulatory chill	26
4. Resultaten en analyse	28
4.1 Achtergrond: Ethyl Corporation vs. Canada	28
4.2 Plafond Groningenveld	30
4.3 Onderzoeksresultaten	32
4.4 Analyse	34
5. Conclusie	36
5.1 Achtergrond	36
5.2 Beantwoording vraagstelling	37
5.3 Reflectie	37
Literatuurlijst	40
Overzicht van de geraadpleegde websites	45
Bijlage 1: Overzicht van de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen	48
Bijlage 2: Wob-verzoek gericht aan de Nederlandse ministeries	52

Samenvatting

De Europese Unie onderhandelt sinds juni 2013 met de Verenigde Staten over het handelsverdrag dat bekendstaat als het *Transatlantic Trade & Investment Partnership* (TTIP). Dit handelsverdrag is voornamelijk bedoeld om de reeds bestaande economische relatie tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten te intensiveren. Hoewel de onderhandelingen al sinds juni 2013 plaatsvinden, stuit TTIP recentelijk op grote maatschappelijke en politieke weerstand. Deze weerstand is voornamelijk gebaseerd op het voornemen van de onderhandelende partijen een clause over investeringsbescherming op te nemen in het handelsverdrag in de vorm van *Investor-State Dispute Settlement* (de ISDS-clausule).

ISDS-clausules in handelsverdragen zijn omstreden, omdat door sommigen in de wetenschappelijke literatuur op basis van anekdotisch bewijs wordt gesteld dat ISDS-clausules in handelsverdragen de beleidsvrijheid van staten negatief zouden beïnvloeden. In dat kader is het interessant om op te merken dat Nederland zich in de top tien bevindt van landen met de meeste handelsverdragen. De meeste van deze handelsverdragen bevatten ook een ISDS-clausule. Met inachtneming hiervan is in dit onderzoek stilgestaan bij de vraag in welke mate ISDS-clausules in de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat beïnvloeden.

In de relatie tussen ISDS-clausules in handelsverdragen en de beleidsvrijheid van staten speelt *regulatory chill* een belangrijke rol. Als er namelijk sprake is van *regulatory chill*, dan duidt dat op een negatieve invloed van de ISDS-clausules in de handelsverdragen op de beleidsvrijheid van een staat. Aan de hand van Wob-verzoeken alsook de UNCTAD-database is de *regulatory chill* binnen de Nederlandse overheid inzichtelijk gemaakt. Op basis hiervan kon de invloed van de ISDS-clausules in de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen op de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat worden gemeten.

Uit dit onderzoek blijkt dat er binnen de Nederlandse overheid geen sprake is geweest van *regulatory chill*. De conclusie van dit onderzoek is dan ook dat de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat niet is beïnvloed door de ISDS-clausules in de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen.

1. Inleiding

1.1 Achtergrond: Transatlantic Trade & Investment Partnership

Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon per 1 december 2009 is de Europese Unie op grond van artikel 207 bevoegd om namens de Europese lidstaten te onderhandelen over handelsverdragen (Adviesraad Internationale Vraagstukken (AIV), 2015: 9; Bronckers, 2015: 655; SER, 2016: 62). Op basis van die bevoegdheid voert de Europese Unie sinds juni 2013 gesprekken met de Verenigde Staten over het handelsverdrag dat bekendstaat als het *Transatlantic Trade & Investment Partnership* (TTIP) (De Ville, 2013: 13; Maier, 2013: 109; Capaldo, 2014: 4; AIV, 2015: 9; Ghailani & Ponce del Castillo, 2015: 217; Quick, 2015: 199; Sociaal-Economische Raad (SER), 2016: 5). Het handelsverdrag is voornamelijk bedoeld om handelsbelemmeringen tussen de beide handelsblokken te minimaliseren teneinde de reeds bestaande economische relatie tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten te intensiveren. TTIP wordt daarom soms omschreven als een verdrag dat moet leiden tot een economische variant van de NAVO.¹

De gesprekken tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten over TTIP komen niet onverwachts. Al sinds 2011 voeren de Europese Unie en de Verenigde Staten gesprekken over de wijze waarop en de maatregelen waarmee de handel en de investeringen tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten kunnen worden gestimuleerd. Om hier inzicht in te krijgen werd in 2011 de *High Level Working Group on Jobs and Growth* (HLWG) opgericht door president Obama (VS) en president Van Rompuy (EU) (De Ville, 2013: 14; Ghailani & Del Castillo, 2015: 216). Na een studie van bijna twee jaar concludeerde deze werkgroep als volgt:

[T]he HLWG recommends to U.S. and EU Leaders that the United States and the EU launch, in accordance with their respective domestic procedures, negotiations on a comprehensive, ambitious agreement that addresses a broad range of bilateral trade and investment issues, including regulatory issues, and contributes to the development of global rules. (High Level Working Group on Jobs and Growth, 2013: 6)

¹ The Economist (2015). The TTIP of the spear. Selling Europe's trade agreement with America as "strategic" has problems. <http://www.economist.com/news/europe/21674772-selling-europes-trade-agreement-america-strategic-has-problems-ttip-spear>

Sinds juni 2013 hebben ambtelijke vertegenwoordigers van de Europese Unie en de Verenigde Staten meerdere malen met elkaar onderhandeld over de inhoud van het handelsverdrag, waarmee het advies van de *High Level Working Group on Jobs and Growth* wordt opgevolgd. Ghailani & Ponce del Castillo (2015: 219) melden in dat kader dat de eerste drie gespreksronden door de onderhandelaars zijn gebruikt om de onderwerpen in kaart te brengen waarover gesproken zou moeten worden. In de daaropvolgende gespreksronden zijn de daadwerkelijke onderhandelingen over de overeengekomen onderwerpen gestart en in april 2016 vond alweer de dertiende gespreksronde plaats. Niet lang na de dertiende gespreksronde publiceerde Greenpeace een groot aantal geheime documenten die waren ingebracht tijdens de onderhandelingen over TTIP. Uit deze geheime documenten bleek dat de standpunten van de Europese Unie en de Verenigde Staten op tal van punten ver uit elkaar liggen.² Het is daarmee de vraag of de onderhandelingen over TTIP binnen afzienbare tijd kunnen worden afgerond.³

1.2 Voorstanders van het Transatlantic Trade & Investment Partnership

Tijdens de onderhandelingen over TTIP wordt door de beide partijen gesproken over het geleidelijk afbouwen en het op termijn afschaffen van wederzijdse importheffingen en het wegnemen van niet-tarifaire belemmeringen (Fiott, 2013: 15; AIV, 2015: 9; Ghailani & Ponce del Castillo, 2015: 219). Ook wordt gesproken over het wederzijds erkennen en het harmoniseren van regels en standaarden op tal van beleidsvelden, twee aspecten die in de wetenschappelijke literatuur bekend staan als *mutual recognition* en *regulatory cooperation* (De Ville, 2013: 14; Knoll, Zinke & Jaksche, 2013: 31; AIV, 2015: 9). Deze maatregelen werden ook al genoemd in het rapport van de *High Level Working Group on Jobs and Growth* (2013), omdat de gedachte is dat de combinatie van deze maatregelen kan bijdragen aan het realiseren van wederzijdse economische groei. Zo wordt de extra economische groei voor de Europese Unie na de inwerkingtreding van TTIP geraamd op 0,27% tot 0,48% van het Bruto Binnenlands Product (Fiott, 2013: 15; Ghailani & Ponce del Castillo, 2015: 223). Volgens een studie van het Centre for Economic Policy Research, uitgevoerd in opdracht van de Europese Commissie, komt dit neer op een inkomensstijging tussen de €306 en €545 per gemiddeld Europees huishouden (Francois, Manchin, Norberg, Pindyuk & Thomberger, 2013: 47). Voor Nederland zou het handelsverdrag op de langere termijn extra baten kunnen betekenen die liggen tussen 1,4 en 4,1 miljard euro (Ecorys, 2012: 9). TTIP wekt daarmee hoge

² Greenpeace (2016). TTIP Leaks. <https://www.ttip-leaks.org/>

³ NRC (2016). Amerikanen moeten nu bewegen. <http://www.nrc.nl/handelsblad/2016/04/30/amerikanen-moeten-nu-bewegen-1613644>

verwachtingen, die onder andere zijn verwoord door de voormalig EU-commissaris voor Handel bij de aankondiging van de onderhandelingen over TTIP:

A future deal between the world's two most important economic powers will be a game-changer. Together, we will form the largest free trade zone in the world. This deal will set the standard – not only for our future bilateral trade and investment but also for the development of global rules. It will create a tremendous impact on jobs and growth on both sides of the Atlantic. It is estimated that when this agreement is up and running, the EU's GDP will get a half a per cent boost – which translates into tens of billions of euros every year. [...]. This offers us a great perspective at a time when we are gradually making our way to recovery. And most important of all: it is probably the cheapest stimulus package that can be imagined.⁴

De voormalig voorzitter van de Europese Commissie, José Manuel Barroso, liet zich enkele maanden later in soortgelijke bewoordingen uit.⁵ Wat hieruit duidelijk wordt is dat de Europese Commissie een groot voorstander is van TTIP en in de communicatie over TTIP met name de economische waarde van het handelsverdrag voor de Europese Unie benadrukt. De Europese Commissie wordt daarbij gesteund door de *Business Alliance for TTIP*, een gelegenheidscoalitie waarin verschillende belangengroepen van het Europese bedrijfsleven zich hebben verenigd.⁶ Ten aanzien van TTIP meldt de *Business Alliance for TTIP* het volgende:

The agreement is urgently needed on both sides of the Atlantic for both economic and strategic reasons. With the continuing turbulence in the world economy, the US and the EU must build on the strength of our economic ties to generate jobs and growth. Today, too many duplicative and unnecessary hurdles remain for imports and exports of goods and services between us. We need to build on the strengths of our respective regulatory systems by enhancing coordination between regulators; improving transparency, participation and accountability; and advancing greater compatibility between the systems. [...]. This would allow companies - big and small - to grow their businesses in both markets and would bring benefits to consumers at the same time.⁷

⁴ Europese Commissie (2013). Transatlantic Trade and Investment Partnership: Opening free trade negotiations with the United States. http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-147_en.htm

⁵ Europese Commissie (2013). Statement by José Manuel Barroso, President of the European Commission, on the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP). http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-569_en.htm

⁶ Politico (2014). Be bold, free transatlantic trade. <http://www.politico.eu/article/be-bold-free-transatlantic-trade/>

⁷ Business Alliance for TTIP (2014). Business Alliance for TTIP statement. <http://www.transatlanticbusiness.org/news/business-alliance-for-ttip-statement/>

1.3 Tegenstanders van het Transatlantic Trade & Investment Partnership

TTIP is onderwerp van politieke en maatschappelijke discussie (AIV, 2015: 9; Ghailani & Ponce del Castillo, 2015: 215; SER, 2016: 28). Hoewel het handelsverdrag in economische zin hoge verwachtingen wekt, roept het tegelijkertijd grote politieke en maatschappelijke weerstand op.⁸ Tegenstanders van het handelsverdrag hebben zich op verschillende wijzen georganiseerd en laten op uiteenlopende manieren van zich horen. Zo hebben 320 non-gouvernementele organisaties (ngo's) zich op Europees niveau verenigd in de *Stop TTIP*-coalitie, die in 2014 en 2015 miljoenen handtekeningen tegen TTIP overhandigden aan de Europese Commissie. De *Stop TTIP*-coalitie is ook verantwoordelijk voor de frequente en vaak grootschalige anti-TTIP-demonstraties in verschillende Europese steden.⁹

De politieke en maatschappelijke weerstand tegen TTIP is niet beperkt tot de *Stop TTIP*-coalitie. Naast de in de *Stop TTIP*-coalitie verenigde ngo's hebben inmiddels ook circa 1.500 gemeenten in Europa zich uitgesproken tegen TTIP door zich TTIP-vrij te verklaren.¹⁰ In Nederland geldt dit bijvoorbeeld voor de gemeenten Amsterdam, Eindhoven, Haarlem, Maastricht en Tilburg. Daarnaast heeft in Nederland ook het waterschap Amstel, Gooi en Vecht zich uitgesproken tegen TTIP.¹¹

De breed gedeelde weerstand tegen TTIP is gebaseerd op een aantal punten. Allereerst worden de door de Europese Commissie over TTIP gecommuniceerde cijfers in twijfel getrokken. In plaats van een groei van het Europees BBP en een inkomensstijging voor Europese huishoudens, wijst een studie van het *Global Development and Environment Institute* juist op tal van negatieve economische effecten die in Europa zouden optreden op het moment dat TTIP in werking zou treden (Capaldo, 2014: 2). Hierbij valt onder andere te denken aan een lager Europees BBP, een hogere werkloosheid en algehele financiële instabiliteit binnen de Europese Unie (Capaldo, 2014: 19).

⁸ The Economist (2016). Trading places. What the aversion to global trade says about Europe and America. <http://www.economist.com/news/europe/21697877-what-aversion-global-trade-says-about-europe-and-america-trading-places>

⁹ NRC (2015). Protesten in Europa tegen vrijhandelsverdrag TTIP. <http://www.nrc.nl/nieuws/2015/10/10/protesten-in-europa-tegen-vrijhandelsverdrag-ttip>

¹⁰ Binnenlands Bestuur (2016). Tweehonderd burgemeesters TTIP-vrije gemeenten bijeen. <http://www.binnenlandsbestuur.nl/bestuur-en-organisatie/nieuws/tweehonderd-burgemeesters-ttip-vrije-gemeenten.9531371.lynkx>

¹¹ Binnenlands Bestuur (2016). Eerste waterschap spreekt zich uit tegen TTIP. <http://www.binnenlandsbestuur.nl/bestuur-en-organisatie/nieuws/eerste-waterschap-spreekt-zich-uit-tegen-ttip.9519225.lynkx>

De weerstand tegen TTIP uit zich niet alleen in een discussie over de economische effecten van het handelsverdrag, maar richt zich ook op het voornemen van de onderhandelende partijen om via TTIP te komen tot *mutual recognition* en *regulatory cooperation* op tal van beleidsvelden. In het kader van de standaarden ten aanzien van bijvoorbeeld voedselveiligheid wijzen tegenstanders van TTIP op een fundamenteel verschil tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten. In de Europese Unie geldt namelijk het voorzorgsprincipe, waarbij een product pas tot de Europese markt wordt toegelaten op het moment dat vaststaat dat het product niet schadelijk is.¹² In de Verenigde Staten geldt het tegenovergestelde principe: totdat onomstotelijk bewezen is dat een product schadelijk is, is het toegestaan.¹³ In de Verenigde Staten gelden daarmee lagere standaarden voor voedselveiligheid dan in de Europese Unie. Met het oog op *mutual recognition* van standaarden vrezen tegenstanders van TTIP dat producten die niet voldoen aan de Europese standaarden, zoals chloorkip en genetisch gemodificeerd voedsel, met de inwerkingtreding van TTIP wel tot de Europese markt kunnen worden toegelaten. Dit zou voor Europa een fundamentele koerswijziging zijn, omdat het voorzorgsprincipe daarmee in feite als niet meer van toepassing wordt verklaard. Knoll et al. merken daarover het volgende op:

consumers would not be able to rely on uniform health, food and safety standards and producers who need to meet stricter domestic rules could suffer from a competitive disadvantage. As a consequence, stricter national standards would be watered down in favour of international competitiveness. That would be a major setback for those producers who rely on a resource-efficient value chain or on regional and ecological production instead of industrial production methods. A free trade agreement which relies on “mutual recognition” of consumer protection rules would restrict the development of consumer protection instead of enhancing progress. (Knoll et al., 2013: 31)

De grootste maatschappelijke en politieke weerstand tegen TTIP richt zich echter op het voornemen van de onderhandelende partijen een clause over investeringsbescherming op te nemen in het handelsverdrag in de vorm van *Investor-State Dispute Settlement* (de ISDS-clause).¹⁴ Deze clause is een voorziening in internationale handelsverdragen die een buitenlandse investeerder het recht geeft om buiten het nationale rechtssysteem zelfstandig een

¹² Politico (2014). Trading away citizen and environmental safeguards. <http://www.politico.eu/article/trading-away-citizen-and-environmental-safeguards/>

¹³ NRC (2015). Komt de chloorkip naar Nederland? En zes andere vragen over het vrijhandelsverdrag TTIP. <http://www.nrc.nl/handelsblad/2015/04/02/1483806>

¹⁴ Politico (2015). ISDS: The most toxic acronym in Europe. <http://www.politico.eu/article/isds-the-most-toxic-acronym-in-europe/>

ISDS-arbitragezaak tegen een vreemde overheid aanhangig te maken op het moment dat nieuwe wet- en regelgeving de belangen van de buitenlandse investeerder in gevaar brengt (Rojid, Losari & Madero, 2012: 8; Cross, 2013: 76; Maier, 2013: 113; Crouch, 2014: 178; AIV, 2015: 10; Ghailani & Ponce del Castillo, 2015: 233). Tal van handelsverdragen bevatten reeds een ISDS-clausule, maar tegelijkertijd is deze clausule wereldwijd bijzonder omstreden. Zo stellen tegenstanders van TTIP onder andere dat een ISDS-clausule fundamenteel ondemocratisch is en de beleidsvrijheid van staten aantast:

the state deprives itself of its regulatory autonomy by giving foreign investors the right to attack one of its [democratic] decisions in an arbitration forum outside the national court system. It is alleged that the state no longer has the autonomy to take socio-economic decisions since these could be attacked by a foreign investor as a violation of the investment provisions contained in the agreement. (Quick, 2015: 200)

Volgens de tegenstanders van TTIP zou een ISDS-clausule in TTIP de beleidsvrijheid van staten negatief beïnvloeden, omdat staten bijvoorbeeld af zouden zien van maatschappelijk en politiek gewenste wet- en regelgeving die conflicteert met de belangen van buitenlandse investeerders om zo dure en langdurige ISDS-arbitragezaken te voorkomen (Tietje & Baetens, 2014: 78; AIV, 2015: 7). Op basis daarvan wordt daarom gesteld dat niet langer het belang van de samenleving voorop staat, maar de belangen van buitenlandse investeerders (Rojid et al., 2012: 8; Côté, 2014: 23; Fritz, 2015: 46). Daar komt nog bij dat ISDS-arbitragezaken worden gevoerd achter gesloten deuren in private arbitragetribunalen waar bindende uitspraken worden gedaan, waar de onafhankelijkheid van de arbiters wordt betwist, waar geen sprake is van mogelijkheid tot beroep en waar alleen buitenlandse investeerders ISDS-arbitragezaken kunnen starten (Tienhaara, 2006: 76; Maier, 2013: 178; Crouch, 2014: 178; AIV, 2015: 19; Bronckers, 2015: 656; Quick, 2015: 204). Met inachtneming hiervan wordt het ISDS-systeem door sommige tegenstanders van TTIP omschreven als *the world's worst judicial system* (Cross, 2013: 76).

1.4 De positie van Nederland in relatie tot Investor-State Dispute Settlement

Nederland neemt een opmerkelijke positie in binnen het wereldwijde ISDS-systeem. Nederland heeft wereldwijd tientallen handelsverdragen afgesloten en bevindt zich daarmee in de top tien van landen met de meeste handelsverdragen (Côté, 2014: 41; UNCTAD, 2014a: 3; AIV, 2015: 11) (zie bijlage 1). De meeste van deze handelsverdragen bevatten een ISDS-clausule, waar

volop gebruik van wordt gemaakt: Na de Verenigde Staten worden vanuit Nederland de meeste ISDS-arbitragezaken gestart.¹⁵ Hoewel daarmee de indruk wordt gewekt dat Nederlandse investeerders tal van staten wereldwijd aanklagen, gaat het in de praktijk veelal om buitenlandse investeerders die via juridische constructies gebruikmaken van het uitgebreide Nederlandse netwerk van handelsovereenkomsten (SER, 2016: 62). Dit fenomeen staat in de literatuur bekend als *treaty shopping*¹⁶ en stelt een buitenlandse investeerder in staat om zich door middel van een juridische constructie voor te doen als een ‘Nederlandse’ investeerder (Van Os & Knottnerus, 2011: 9; Downes, 2015: 557). Daarmee mag de buitenlandse investeerder via de juridische constructie een beroep doen op investeringsbescherming via de ISDS-clausules zoals overeengekomen in de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen.¹⁷ Een voorbeeld hiervan zijn de van origine Amerikaanse oliefirma’s ExxonMobil en ConocoPhillips die zich in 2006 in Nederland inschreven, vlak voordat de Venezolaanse regering onder leiding van voormalig president Hugo Chávez de oliesector nationaliseerde.¹⁸ De belangen van ExxonMobil, ConocoPhillips en tientallen andere oliefirma’s werden als gevolg van de nationalisatie geschaad. De meeste oliefirma’s gingen akkoord met de door de Venezolaanse overheid aangeboden afkoopregeling. ExxonMobil en ConocoPhillips gingen niet in op de aangeboden afkoopregeling, maar besloten de Venezolaanse staat aan te klagen. De Verenigde Staten hebben echter geen handelsverdrag met Venezuela, maar omdat er wel een handelsverdrag in werking was tussen Nederland en Venezuela, konden ExxonMobil en ConocoPhillips zich door middel van een juridische constructie als ‘Nederlandse’ investeerder beroepen op de ISDS-clausule in het handelsverdrag tussen Nederland en Venezuela en daarmee een ISDS-arbitragezaak tegen de Venezolaanse staat aanspannen.

1.5 Vraagstelling

De onderhandelingen tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten over TTIP zijn controversieel, voornamelijk vanwege de politieke en maatschappelijke weerstand gericht op de mogelijke clausule over investeringsbescherming in de vorm van ISDS-clausules. Deze weerstand is gebaseerd op de veronderstelling dat ISDS-clausules de beleidsvrijheid van staten

¹⁵ NRC (2015). Bang voor TTIP? Onzin, Nederland klaagt juist iedereen aan via brievenbusfirma’s.

<http://www.nrc.nl/handelsblad/2015/10/02/bang-voor-ttip-onzin-wij-zijn-juist-de-boeman-1543922>

¹⁶ *Treaty shopping* staat in de literatuur ook bekend als *form shopping*.

¹⁷ OneWorld (2015). Nederland is spil in ISDS-systeem. <http://longreads.oneworld.nl/en/nederland-is-spil-in-isds-systeem/>

¹⁸ OneWorld (2015). Oliereuzen straffen Venezuela via Nederlands handelsverdrag.

<http://longreads.oneworld.nl/oliereuzen-straffen-venezuela-via-nederlands-verdrag/>

aan zou tasten door bijvoorbeeld buitenlandse investeerders het recht te geven democratisch genomen beslissingen aan te vechten in omstreden private arbitragehoven.

Nederland bevindt zich in de top tien van landen met de meeste handelsverdragen en de ISDS-clausules in deze handelsverdragen worden veel gebruikt om vanuit Nederland ISDS-arbitragezaken te starten tegen staten over de hele wereld (Côté, 2014: 41; UNCTAD, 2014a: 3; AIV, 2015: 11; SER, 2016: 68). Ervan uitgaande dat ISDS-clausules in handelsverdragen de beleidsvrijheid van staten daadwerkelijk aan zou tasten, kan worden gesteld dat vanuit Nederland de beleidsvrijheid van staten over de hele wereld wordt aangetast. Handelsverdragen worden echter afgesloten nadat twee partijen hier overeenstemming over hebben bereikt en daarmee bestaat ook het risico dat Nederland door buitenlandse investeerders vanuit andere landen wordt aangeklaagd (SER, 2016: 68). Als gevolg hiervan zou mogelijk de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat kunnen worden aangetast. In welke mate dit het geval is wordt onderzocht in dit onderzoek. De vraagstelling luidt daarom als volgt:

In welke mate beïnvloeden ISDS-clausules in de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat?

Bij de beantwoording van deze onderzoeksvraag worden de reeds in werking getreden handelsverdragen met een ISDS-clausule tussen Nederland en andere staten betrokken. TTIP wordt in dat kader achterwege gelaten. De onderhandelingen tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten over dit handelsverdrag vinden immers nog plaats en als gevolg daarvan is het effect van een eventuele ISDS-clausule in dit handelsverdrag op de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat nog niet na te gaan.

1.6 Wetenschappelijke en maatschappelijke relevantie van het onderzoek

Het debat over de nut en noodzaak van het ISDS-systeem en de wijze waarop dit systeem kan worden verbeterd wordt in academische kringen al geruime tijd gevoerd (Tienhaara, 2006: 75; Rojid et al., 2012: 9; Koivusalo, 2014: 29; AIV, 2015: 10; Bronckers, 2015: 657; Quick, 2015: 206). Op de vraag in hoeverre ISDS-clausules de beleidsvrijheid van staten beïnvloeden wordt in de wetenschappelijke literatuur echter geen eenduidig antwoord gegeven. De wetenschappelijke relevantie van dit onderzoek ligt daarom in het inzicht die de resultaten van dit onderzoek leveren in de relatie tussen ISDS-clausules en de beleidsvrijheid van staten.

Het maatschappelijke debat over het ISDS-systeem is gepolariseerd, normatieve en feitelijke opvattingen lopen door elkaar heen en beeldvorming over het handelsverdrag lijkt belangrijker te zijn dan de daadwerkelijke inhoud van het handelsverdrag. In het verlengde van de wetenschappelijke relevantie heeft dit onderzoek daarom ook maatschappelijke relevantie, omdat de resultaten van dit onderzoek mogelijk een verhelderende bijdrage kunnen leveren aan het maatschappelijke debat ten aanzien van ISDS-clausules in handelsverdragen en de beleidsvrijheid van staten.

1.7 Leeswijzer

In dit hoofdstuk is aan de hand van de nog lopende onderhandelingen tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten over TTIP het maatschappelijke en politieke debat geïntroduceerd over het omstreden ISDS-systeem, *the obscure legal system that lets corporations sue countries*.¹⁹ Op basis daarvan is de vraagstelling geformuleerd die in het vervolg van dit onderzoek zal worden beantwoord. Daartoe wordt in hoofdstuk 2 eerst een theoretisch kader neergezet waarin aandacht wordt geschonken aan onder andere het begrip beleidsvrijheid en de wijzen waarop ISDS-clausules de beleidsvrijheid van staten zouden aantasten. Het theoretische kader leidt in de vorm van een hypothese tot een voorlopig antwoord op de in dit hoofdstuk geformuleerde vraagstelling. In hoofdstuk 3 wordt vervolgens de opzet van het onderzoek beschreven door onder andere stil te staan bij de verschillende variabelen en de wijze waarop de afhankelijke variabele zal worden gemeten. In hoofdstuk 4 worden de resultaten van het onderzoek gepresenteerd en geanalyseerd op basis waarvan vervolgens de in hoofdstuk 2 geformuleerde hypothese kan worden getoetst. Hoofdstuk 5 vormt de conclusie van dit onderzoek waarin een antwoord wordt geformuleerd op de in hoofdstuk 1 geformuleerde vraagstelling.

¹⁹ The Guardian (2015). The obscure legal system that lets corporations sue countries.
<http://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid>

2. Theoretisch kader

2.1 Achtergrond: Philip Morris International vs. Uruguay en Australië

In 2005 werden de presidentsverkiezingen in Uruguay gewonnen door de voormalig oncoloog Tabaré Vasquez. Een van de speerpunten van zijn beleid was het terugdringen van het sigarettengebruik in Uruguay teneinde de volksgezondheid te verbeteren (Russell, Wainwright & Mamadu, 2014: 265). Daartoe werden tal van beleidsmaatregelen genomen om het roken te ontmoedigen (Frankel & Lewis, 2011: 412; Russell et al., 2014: 264; Sud, Brenner & Shaffer, 2015: 1304). Zo nam de Uruguayaanse overheid bijvoorbeeld het besluit *brand stretching* te verbieden, als gevolg waarvan tabaksfabrikanten hun gevarieerde assortimenten – uiteenlopend van *light*-sigaretten en sigaretten met een smaakje – per merk terug dienden te brengen tot één soort sigaret. Daarnaast werden tabaksfabrikanten verplicht 80% van een sigarettenverpakking te gebruiken voor gezondheidswaarschuwingen. Ook werden de tabaksfabrikanten verplicht op de sigarettenverpakkingen foto's weer te geven waarmee de consequenties van het roken van sigaretten voor de gezondheid inzichtelijk werden gemaakt.

Tabaksfabrikanten hebben op verschillende manieren weerstand geboden tegen de door de Uruguayaanse overheid genomen beleidsmaatregelen. Een van de grootste tegenstanders van de Uruguayaanse overheid was Philip Morris International (PMI), een van origine Amerikaanse tabaksfabrikant. In 2010 startte PMI, gebruikmakend van het handelsverdrag tussen Zwitserland en Uruguay, als Zwitserse investeerder een ISDS-arbitragezaak tegen Uruguay, omdat PMI van mening was dat de door de Uruguayaanse overheid genomen beleidsmaatregelen de belangen van PMI schaadden (Frankel & Lewis, 2011: 412; Sud et al., 2015: 1304; Van Harten, 2015: 125).

Naast Uruguay is ook Australië aangeklaagd door PMI (Frankel & Lewis, 2011: 412; Rojidi et al., 2012: 7; Koivusalo, 2014: 30; Mildner, 2014: 15; Sud et al., 2014: 1304; Tietje & Baetens, 2014: 104; Van Harten, 2015: 125). In 2011 voerde de Australische overheid namelijk de *Plain Packaging Law* in, waarmee tabaksproducenten verplicht werden de merknaam in kleine letters onderaan de sigarettenverpakking weer te geven. De overige ruimte moest enerzijds worden ingevuld met een nummer van een hulplijn voor hulp bij het stoppen met roken en anderzijds met foto's die de consequenties van sigaretten voor de gezondheid inzichtelijk maakten. Ook in deze casus gaf PMI aan dat hun belangen werden geschaad, onder andere doordat de

beleidsmaatregelen leidden tot een schending van het intellectueel eigendom. PMI zocht naar financiële compensatie voor de geleden schade en startte daartoe een ISDS-arbitragezaak tegen Australië, waarbij PMI zich voordeed als een investeerder uit Hong Kong en gebruik kon maken van de ISDS-clausule in het handelsverdrag tussen Hong Kong en Australië.

De door PMI aangespannen ISDS-arbitragezaken tegen Uruguay en Australië lijken sterk op elkaar en worden door de tegenstanders van het ISDS-systeem gebruikt om te illustreren welke negatieve consequenties ISDS-clausules in handelsverdragen kunnen hebben op de beleidsvrijheid van staten. In het geval van de door PMI gestarte ISDS-arbitragezaken tegen Uruguay en Australië moet worden opgemerkt dat deze ISDS-arbitragezaken nog niet zijn afgerond. De mate waarin de beleidsvrijheid van de Uruguayaanse en de Australische overheid is beïnvloed kan daarmee op dit moment niet worden bepaald (Frankel & Lewis, 2011: 413).

De door PMI aangespannen ISDS-arbitragezaken tegen Uruguay en Australië alsook de eerder in hoofdstuk 1 beschreven ISDS-arbitragezaken *ExxonMobil vs. Venezuela* en *ConocoPhillips vs. Venezuela* zijn enkele van de vele voorbeelden waarin buitenlandse investeerders staten aanklagen. Om hier beter inzicht in te krijgen zal in dit hoofdstuk allereerst een analyse worden gepresenteerd van alle bekende ISDS-arbitragezaken. Verschillende van deze ISDS-arbitragezaken worden door tegenstanders van het ISDS-systeem gebruikt als voorbeelden om aan te tonen op welke wijze de beleidsvrijheid van staten wordt aangetast. Het is in dat kader van belang te begrijpen wat wordt bedoeld met het begrip beleidsvrijheid en in dit hoofdstuk zal hier dan ook aandacht aan worden besteed. Het debat over de invloed van ISDS-clausules in handelsverdragen op de beleidsvrijheid van staten moet worden gepositioneerd in een breder wetenschappelijk debat, namelijk het debat waarin een antwoord wordt gezocht op de vraag of economische globalisering invloed heeft op de beleidsvrijheid van staten. Door hier in dit hoofdstuk op in te gaan kan vervolgens worden stilgestaan bij de wijzen waarop de beleidsvrijheid van staten wordt beïnvloed door ISDS-clausules in handelsverdragen. In dat kader zal de *regulatory chill theory* worden geïntroduceerd. Op basis van deze elementen kan tot slot het voorlopige antwoord op de in hoofdstuk 1 geformuleerde vraagstelling worden gepresenteerd in de vorm van een hypothese.

2.2 Analyse van ISDS-arbitragezaken

Het eerste handelsverdrag werd in 1959 gesloten tussen Duitsland en Pakistan (Côté, 2014: 40; Tietje & Baetens, 2014: 21; UNCTAD, 2014b: 18; AIV, 2015: 6). De opvatting destijds was

dat handelsverdragen noodzakelijk waren om het aantrekken van buitenlandse investeringen te vergemakkelijken, wat van belang was voor het realiseren van economische groei.²⁰ In dit eerste handelsverdrag was nog geen ISDS-clausule opgenomen. Wanneer er sprake was van een investeringsgeschil, dan werd dit door de betrokken staten in eerste instantie voorgelegd aan het Internationaal Hof van Justitie in Den Haag (Tietje & Baetens, 2014: 21). Deze vorm van geschillenbeslechting (*State-to-State Dispute Settlement*) werd eind jaren '60 en '70 van de vorige eeuw in toenemende mate vervangen door het ISDS-systeem. In steeds meer handelsverdragen spraken staten door middel van een ISDS-clausule af dat in geval van investeringsgeschillen ook private investeerders de mogelijkheid hadden om staten aan te klagen (Tietje & Baetens, 2014: 21; UNCTAD, 2014b: 23). Vandaag de dag bevatten bijna alle handelsverdragen een ISDS-clausule (Côté, 2014: 45; UNCTAD, 2014b: 23).

Uit cijfers van de *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), de organisatie van de Verenigde Naties die zich bezighoudt met handel en ontwikkeling, blijkt dat er eind 2012 wereldwijd ongeveer 3.200 handelsverdragen waren (UNCTAD, 2014b: 18). Het merendeel van deze handelsverdragen bevat een ISDS-clausule, waar door uiteenlopende partijen sinds de jaren '80 in toenemende mate een beroep op wordt gedaan (UNCTAD, 2014b: 18; Quick, 2015: 201). Dit is op te maken uit het aantal ISDS-arbitragezaken dat wereldwijd in verschillende arbitragetribunalen is en wordt gevoerd. De UNCTAD houdt hierover een database bij waaruit blijkt dat er tot 2016 696 ISDS-arbitragezaken bekend zijn.²¹ Uit een analyse van de ISDS-arbitragezaken tot 2014 blijkt dat 43% van de ISDS-arbitragezaken zijn gewonnen door staten, 31% door buitenlandse investeerders en dat 26% van de ISDS-arbitragezaken zijn geschikt (Quick, 2015: 201). Wat daarbij opvalt, is dat het aantal ISDS-arbitragezaken wereldwijd recentelijk sterk is gegroeid (Cross, 2013: 77): In 2000 werden vijftien ISDS-arbitragezaken gestart, in 2014 waren dat er al bijna zeventig.²² Het daadwerkelijke aantal ISDS-arbitragezaken ligt naar alle waarschijnlijk nog hoger, omdat een onbekend aantal ISDS-arbitragezaken volledig vertrouwelijk wordt behandeld en deze ISDS-arbitragezaken niet in de statistieken zijn verwerkt (Tienhaara, 2006: 76; UNCTAD, 2014b: 65).

²⁰ The Guardian (2015). The obscure legal system that lets corporations sue countries.

<http://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid>

²¹ UNCTAD (2016). Investment dispute settlement navigator. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ids>

²² OneWorld (2015). Nederland is spil in ISDS-systeem. <http://longreads.oneworld.nl/en/nederland-is-spil-in-ids-systeem/>

Een analyse van alle in 2015 bekende ISDS-arbitragezaken laat zien dat 85% van de ISDS-arbitragezaken zijn gericht tegen ontwikkelingslanden en landen met opkomende economieën.²³ Een aantal van deze landen staan dan ook in de lijst van de dertien meest aangeklaagde landen (zie tabel 1):

Land	Aantal keer aangeklaagd
Argentinië	56
Venezuela	37
Tsjechië	31
Polen	25
Egypte	24
Canada	23
Mexico	21
Ecuador	21
Oekraïne	16
India	16
Verenigde Staten	15
Spanje	14
Kazachstan	14

Tabel 1: De dertien meest aangeklaagde landen. (Bron: OneWorld, <http://datawrapper.dwcdn.net/KmmhA/3/>)

De dertien meest aangeklaagde landen zijn goed voor meer dan 50% van alle ISDS-arbitragezaken wereldwijd, terwijl ze maar 13% van alle aangeklaagde landen uitmaken.²⁴ Met het oog op de vraagstelling van dit onderzoek is het echter ook van belang op te merken dat in de top-13 van de meest aangeklaagde landen ook Canada, de Verenigde Staten en Spanje worden genoemd. Dat betekent dat niet alleen ontwikkelingslanden of landen met opkomende economieën worden aangeklaagd, maar dat ook (welvarende) Westerse landen worden aangeklaagd. Een van de meest controversiële voorbeelden in dat kader is de in 2012 door de Zweedse energiemaatschappij Vattenfall aangespannen ISDS-arbitragezaak tegen Duitsland. Kort na de kernramp van Fukushima (Japan) in 2011 besloot de Duitse overheid tot een versnelde sluiting van de Duitse kerncentrales. De twee oudste kerncentrales waren in bezit van Vattenfall, die de gedane investeringen in de twee kerncentrales als gevolg van het besluit van

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

de Duitse overheid niet meer kon terugverdienen.²⁵ Het besluit van de Duitse overheid was in lijn met de maatschappelijke en politieke wens om in versneld tempo afscheid te nemen van kernenergie, maar de belangen van Vattenfall werden hierdoor wel geschaad. Vattenfall besloot daarom een ISDS-arbitragezaak te starten tegen Duitsland waarin het 3,5 miljard euro eiste als compensatie voor de geleden financiële schade (Mildner, 2014: 15).

2.3 Beleidsvrijheid

Het begrip beleidsvrijheid kan worden opgevat als de ruimte waarover een staat beschikt om een maatschappelijke opgave te beoordelen en te kiezen voor wet- en regelgeving gebaseerd op de politieke voorkeur (Van Nuffel, 2000: 9; Gallagher, 2007: 63; Aggarwal & Evenett, 2014: 483; Koivusalo, 2014: 30; Bogliolo Piancastelli Siqueira & Cadaval Martins, 2015: 401). Het begrip beleidsvrijheid kan daarbij enerzijds worden geïnterpreteerd als *de jure* soevereiniteit, waarbij een staat de staatsrechtelijke bevoegdheid heeft om te kiezen voor bepaalde wet- en regelgeving (Mayer, 2008: 4; Olsen, 2009: 440). Dit staatsrechtelijke perspectief van *de jure* soevereiniteit is gebaseerd op het *right to regulate*-principe:

The right to regulate captures the fundamental concept under international and domestic law that a sovereign [state] has the power to choose its own domestic law and promulgate any regulation it feels necessary to protect the public interest within its borders. (Tietje & Baetens, 2014: 49)

Anderzijds kan het begrip beleidsvrijheid worden geïnterpreteerd als *de facto* beleidsautonomie, waarbij het draait om de daadwerkelijke ruimte die een staat heeft om naar eigen inzicht wet- en regelgeving te formuleren (Mayer, 2008:4; Olsen, 2009: 440; Bogliolo Piancastelli Siqueira & Cadaval Martins, 2015: 401). Het verschil tussen *de jure* soevereiniteit en *de facto* beleidsautonomie is de mate waarin de invloed van externe factoren wordt erkend. Staten zijn gelet op het *right to regulate*-principe staatsrechtelijk autonoom bij het formuleren van wet- en regelgeving, maar in de praktijk zijn er tal van factoren waar een staat rekening mee houdt bij het formuleren van wet- en regelgeving (Bogliolo Piancastelli Siqueira & Cadaval Martins, 2015: 401). Dit heeft als consequentie dat de daadwerkelijke ruimte die een staat heeft om naar eigen inzicht wet- en regelgeving te formuleren wordt beperkt, wat in dat geval betekent dat de *de facto* beleidsautonomie kleiner is dan *de jure* soevereiniteit.

²⁵ NOS (2012). Vattenfall eist 3,5 mld van Duitsland. <http://nos.nl/artikel/454378-vattenfall-eist-3-5-mld-van-duitsland.html>

Dit onderzoek richt zich niet op de staatsrechtelijke aspecten van beleidsvrijheid en daarmee wordt de *de jure* soevereiniteit in het vervolg buiten beschouwing gelaten. Dat betekent dat in dit onderzoek het begrip beleidsvrijheid wordt opgevat als *de facto* beleidsautonomie.

2.4 Convergence theory en divergence theory

Handelsverdragen kunnen worden gezien als een concrete uiting van economische globalisering, omdat het de wederzijdse economische afhankelijkheid van staten faciliteert en formaliseert. Het is van belang dit op te merken, omdat het debat over de invloed van ISDS-clausules in handelsverdragen op de beleidsvrijheid van staten onderdeel is van een breder debat in de wetenschap over de vraag welke invloed economische globalisering heeft op de beleidsvrijheid van staten (Spears, 2010: 1037; Côté, 2014: 20). In dit wetenschappelijke debat kunnen twee stromingen worden onderscheiden, namelijk de *convergence theory* en de *divergence theory*.

In de *convergence theory* wordt gesteld dat economische globalisering een negatieve invloed heeft op de beleidsvrijheid van staten (Drezner, 2001: 53; Aggarwal & Evenett, 2014: 481; Côté, 2014: 23). De achterliggende gedachte hierbij is dat er als gevolg van economische globalisering in toenemende mate een spanning ontstaat tussen het faciliteren van economische activiteit enerzijds en het bevorderen van het algemeen belang anderzijds. Côté merkt hierover het volgende op:

[Convergence] theory suggests that markets drive national policies and lead to a race to the bottom, which in turn represents a transfer of authority from national governments to private actors. This authority manifests itself through the threat of exit by asset holders, which forces government policy makers to consider financial market participants preferences when setting policies. Proponents of this theory suggest a convergence in national policies toward smaller governments, reduced government provision of social services, lower levels of taxation, lower levels of regulation, and lower levels of unionization. In effect, under convergence, governments will adopt market oriented policies rather than pay the market's price for more social democratic alternatives. (Côté, 2014: 23)

Hoe tegelijkertijd om te gaan met het beschermen en bevorderen van economische activiteit alsook het algemeen belang is voor overheden een van de grootste uitdagingen van dit moment (Spears, 2010: 1037). Met inachtneming hiervan wordt in de *convergence theory* gesteld dat er

onder druk van economische globalisering een *regulatory race-to-the-bottom* ontstaat, wat ertoe leidt dat overheden min of meer gedwongen worden in wet- en regelgeving meer aandacht te hebben voor het beschermen en bevorderen van economische activiteit dan het beschermen en bevorderen van het algemeen belang (Porter, 1999: 135; Drezner, 2001: 53). De daadwerkelijke ruimte die een staat heeft om naar eigen inzicht wet- en regelgeving te formuleren wordt daarmee beperkt.

In de *divergence theory* wordt echter gewezen op het feit dat er geen empirisch bewijs is voor de gedachte dat economische globalisering een negatieve invloed heeft op de beleidsvrijheid van staten (Drezner, 2001: 57; Aggarwal & Evenett, 2014: 481; Côté, 2014: 25). Uit onderzoek blijkt namelijk dat als gevolg van economische globalisering de economische activiteit in tal van staten juist is toegenomen en dat tegelijkertijd verschillende wet- en regelgeving is aangescherpt (Walter, 2000: 52; Côté, 2014: 26). Dit duidt niet op een *regulatory race-to-the-bottom*, maar laat juist zien dat een staat wel de ruimte heeft om naar eigen inzicht wet- en regelgeving te formuleren en dat economische globalisering geen negatieve invloed heeft op de beleidsvrijheid van staten.

2.5 Regulatory chill theory

Als het wetenschappelijke debat over de invloed van economische globalisering op de beleidsvrijheid van staten wordt geconcretiseerd naar het debat over de invloed van ISDS-clausules in handelsverdragen op de beleidsvrijheid van staten, dan moet worden opgemerkt dat in dat kader in verschillende wetenschappelijke publicaties een negatieve relatie wordt verondersteld (Haslam, 2009: 1169; Maier, 2013: 111; Thow & McGrady, 2014: 140; Bronckers, 2015: 656; Fritz, 2015: 33). Deze negatieve invloed van ISDS-clausules in handelsverdragen op de beleidsvrijheid van staten staat bekend als de *regulatory chill theory* (Spears, 2010: 1039; Tietje & Baetens, 2014: 40). Binnen deze theorie wordt het begrip *regulatory chill* gehanteerd om aan te geven dat een staat uit vrees voor een mogelijke ISDS-arbitragezaak van een buitenlandse investeerder terughoudend is of wordt om bepaalde wet- of regelgeving te formuleren dan wel wordt aangespoord bepaalde wet- of regelgeving in te trekken, ook als dat ten koste gaat van de noodzakelijke of maatschappelijke gewenste bescherming van publieke belangen (Cross, 2013: 77; Côté, 2014: 33; Mildner, 2014: 15; Tietje & Baetens, 2014: 40; AIV, 2015: 25; Fritz, 2015: 43; SER, 2016: 94).

Binnen de *regulatory chill theory* worden drie vormen onderscheiden die de beleidsvrijheid van staten zouden verkleinen (Mildner, 2014: 15; Tietje & Baetens, 2014: 41; AIV, 2015: 28). De eerste vorm binnen de *regulatory chill theory* staat bekend als *anticipatory chill* en refereert naar de situatie waarin een staat uit voorzorg bepaalde wet- of regelgeving niet formuleert uit vrees voor een potentiële ISDS-arbitragezaak. Hiervan zou sprake zijn geweest als bijvoorbeeld de Uruguayaanse overheid uit vrees voor een mogelijke ISDS-claim van een buitenlandse investeerder bij voorbaat geen wet- of regelgeving had geformuleerd om het roken te ontmoedigen. Een tweede vorm van *regulatory chill* staat bekend als *specific response chill*.²⁶ Hier is sprake van wanneer een staat zich bewust is van het risico van een potentiële ISDS-arbitragezaak en vervolgens bepaalde wet- of regelgeving zodanig formuleert dat buitenlandse investeerders geen aanleiding zien om een ISDS-arbitragezaak aanhangig te maken. Van *specific response chill* zou bijvoorbeeld sprake zijn geweest op het moment dat de Australische overheid in 2011 de *Plain Packaging Law* had aangepast om zo een ISDS-arbitragezaak te voorkomen, omdat in 2005 Uruguay voor soortgelijke wet- of regelgeving door PMI was aangeklaagd. De laatste vorm van *regulatory chill* staat bekend als *precedential chill* en hier is sprake van wanneer een staat een ISDS-arbitragezaak schikt met een buitenlandse investeerder. Van *precedential chill* is ook sprake wanneer een staat een ISDS-arbitragezaak verliest en op aanwijzing van het arbitragetribunaal ofwel wet- of regelgeving moet aanpassen of intrekken ofwel de buitenlandse investeerder financieel moet compenseren voor de geleden schade. Een voorbeeld van *precedential chill* is de in hoofdstuk 1 beschreven ISDS-arbitragezaak *ExxonMobil vs. Venezuela*, waarin de Venezolaans staat verloor en op aanwijzing van het ISDS-arbitragehof circa een miljard dollar diende te betalen aan ExxonMobil als compensatie voor de geleden schade als gevolg van de nationalisatie.

De opvattingen over de mate waarin de verschillende vormen van *regulatory chill* zich voordoen lopen sterk uiteen (AIV, 2015: 29). Sommige auteurs stellen op basis van anekdotisch bewijs dat ISDS-clausules in handelsverdragen een negatieve invloed hebben op de beleidsvrijheid van staten als gevolg van *regulatory chill* (Côté, 2014: 74; Tietje & Baetens, 2014: 42; Van Harten, 2015: 106). Andere auteurs stellen juist dat er teveel factoren zijn die invloed hebben op het handelen van een staat en dat als gevolg daarvan het bijzonder lastig is om *regulatory chill* aan te tonen (Mildner, 2014: 17; Tietje & Baetens, 2014: 42; AIV, 2015:

²⁶ *Specific response chill* staat in de literatuur ook bekend als *reactionary response chill*.

28). Bovendien stelt deze laatste groep auteurs dat de negatieve invloed van ISDS-clausules in handelsverdragen op de beleidsvrijheid van staten wordt gedramatiseerd:

After reviewing overall trends in ISDS as well as their impact on the Dutch economy and legal system, we conclude that the risks of ISDS are overstated. [....]. [W]e conclude that risks posed by ISDS can be mitigated if not removed by careful and progressive drafting [...]. Instead of eliminating ISDS [...], the inclusion of more detailed provisions on substantive protections, exceptions and safeguards with respect to the functioning of an ISDS mechanism would strike a better balance between the encouragement and protection of foreign investment on the one hand and the need to pursue legitimate public policy aims on the other. (Tietje & Baetens, 2014: 7)

ISDS-clausules in handelsverdragen zouden juist nodig zijn om de investeringen van buitenlandse investeerders te beschermen (Mildner, 2014: 14; Tietje & Baetens, 2014: 7; Quick, 2015: 209). De wetgeving van sommige staten beschermt de investeringen van buitenlandse investeerders namelijk minder goed vergeleken met de investeringen van nationale investeerders (Bronckers, 2015: 658). Daarnaast is er de veronderstelling dat nationale rechtbanken in sommige landen teveel onder invloed zouden staan van de nationale overheid.²⁷ Het ISDS-systeem biedt in dat perspectief een neutraal alternatief voor de afhandeling van een investeringsgeschil tussen een buitenlandse investeerder en een staat. De weerstand tegen het ISDS-systeem blijft in India, Venezuela, Indonesië, Zuid-Afrika, Bolivia en Ecuador echter almaar groeien en deze landen zijn recentelijk dan ook begonnen met het opzeggen van hun handelsverdragen waarin een ISDS-clausule is opgenomen (Van Os & Knottnerus, 2011: 11; Mildner, 2014: 26; Tietje & Baetens, 2014: 43; UNCTAD, 2014a: 114; AIV, 2015: 8; SER, 2016: 60).

2.6 Hypothese

Zoals in hoofdstuk 1 reeds is aangegeven heeft dit onderzoek de ambitie de wetenschappelijke en de maatschappelijke discussie over het ISDS-systeem te voeden door te onderzoeken in welke mate ISDS-clausules in handelsverdragen de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat beïnvloeden. In dat kader is in dit hoofdstuk beschreven wat er wordt bedoeld met het begrip beleidsvrijheid, waarbij is opgemerkt dat het hier niet gaat om *de jure* soevereiniteit, maar om

²⁷ OneWorld (2015). Oliereuzen straffen Venezuela via Nederlands handelsverdrag.
<http://longreads.oneworld.nl/oliereuzen-straffen-venezuela-via-nederlands-verdrag/>

de facto beleidsautonomie. In dit hoofdstuk is ook aangegeven dat het debat over de invloed van ISDS-clausules op de beleidsvrijheid van staten onderdeel is van een breder wetenschappelijk debat waarin een antwoord wordt gezocht op de vraag welke invloed economische globalisering heeft op de beleidsvrijheid van staten.

Wellicht de belangrijkste boodschap van dit hoofdstuk is dat *regulatory chill* het mechanisme is dat de invloed van ISDS-clausules in handelsverdragen op de beleidsvrijheid staten verklaart. Ten aanzien van de *regulatory chill theory* moet wel worden opgemerkt dat hierover in de wetenschappelijke literatuur evenals in het maatschappelijke en politieke debat weinig overeenstemming bestaat. De wetenschappelijke literatuur waarin wordt gesteld dat ISDS-clausules in handelsverdragen een negatieve invloed hebben op de beleidsvrijheid van staten is in omvang min of meer gelijk aan de wetenschappelijke literatuur waarin wordt gesteld dat ISDS-clausules in handelsverdragen geen negatieve invloed hebben op de de beleidsvrijheid van staten. Met het oog op de hypothese is het daarom mogelijk te kiezen voor zowel een positieve als een negatieve formulering. Gelet op de overwegend negatieve toon in het maatschappelijke en politieke debat ten aanzien van het ISDS-systeem wordt in dit onderzoek echter gekozen voor een negatief geformuleerde hypothese. Dat betekent dat er wordt verondersteld dat er aanleiding is voor het bestaan van de *regulatory chill theory*, wat betekent dat de beleidsvrijheid van een staat negatief wordt beïnvloed door ISDS-clausules in handelsverdragen. Als voorlopig antwoord op de in hoofdstuk 1 geformuleerde vraagstelling is daarom gekozen voor de volgende hypothese:

De ISDS-clausules in de door Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen leiden tot regulatory chill en beperken daarmee de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat.

3. Opzet van het onderzoek

3.1 Achtergrond

In hoofdstuk 1 is aan de hand van de nog lopende onderhandelingen tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten over TTIP het maatschappelijke en politieke debat over het ISDS-systeem geïntroduceerd. Op basis hiervan is de vraagstelling van het onderzoek geformuleerd. Door vervolgens in hoofdstuk 2 onder meer aan de hand van de *regulatory chill theory* in te gaan op de theoretische relatie tussen ISDS-clausules in handelsverdragen en de beleidsvrijheid van staten, kon in de vorm van een hypothese een voorlopig antwoord worden geformuleerd op de vraagstelling van het onderzoek. De toetsing van deze hypothese staat gelijk aan de uitvoering van het onderzoek en in dat kader zal in dit hoofdstuk aandacht worden besteed aan de wijze waarop dit onderzoek is opgezet.

3.2 Onderzoeksontwerp

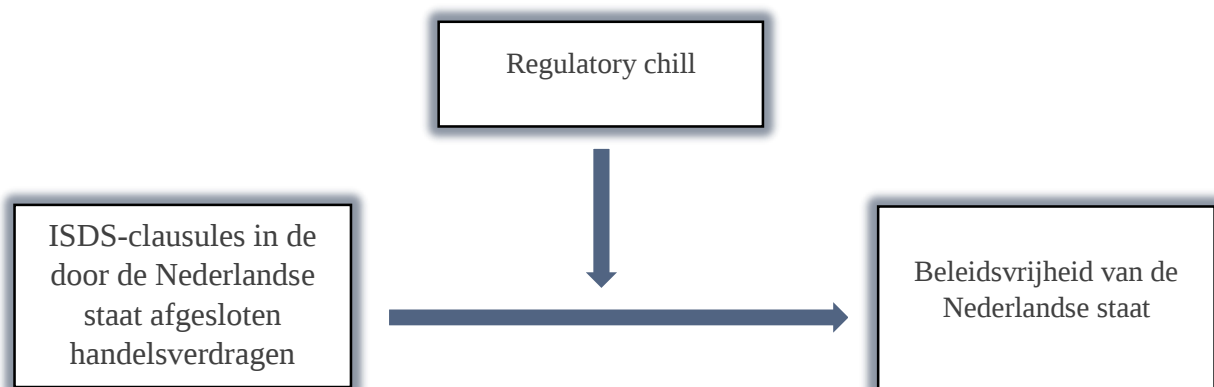
Het type onderzoeksontwerp van dit onderzoek kan het best omschreven worden als een variant op het *large-N* onderzoeksontwerp. Nederland heeft namelijk tal van handelsverdragen gesloten met andere landen en in het voorgestelde onderzoek zal worden gekeken naar het effect van de ISDS-clausules in deze handelsverdragen op de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat. Binnen dit onderzoeksontwerp vormen de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen waarin ISDS-clausules zijn opgenomen de observatie-eenheid (zie bijlage 1).

3.3 Afhankelijke, onafhankelijke en interveniërende variabele

In dit onderzoek vormen de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen die een ISDS-clausule bevatten de onafhankelijke variabele. Zoals eerder is uitgelegd wordt hiermee gerefereerd naar de door de Nederlandse staat met andere landen afgesloten handelsverdragen waarin een clausule is opgenomen ten aanzien van investeringsbescherming voor buitenlandse investeerders. Wanneer een buitenlandse investeerder meent dat nieuwe wet- en regelgeving van de Nederlandse staat de belangen van de buitenlandse investeerder in gevaar brengt, kan dit worden opgevat als een investeringsgeschil en mag de buitenlandse investeerder een beroep doen op deze clausule en een ISDS-arbitragezaak aanhangig maken bij een arbitragehof (Cross, 2013: 76; Maier, 2013: 113; Crouch, 2014: 178; AIV, 2015: 10; Ghailani & Ponce del Castillo, 2015: 233). De in de voorgaande hoofdstukken beschreven ISDS-arbitragezaken *ExxonMobil*

vs. *Venezuela*, *ConocoPhillips vs. Venezuela*, *PMI vs. Uruguay*, *PMI vs. Australië* en *Vattenfall vs. Duitsland* zijn hier recente voorbeelden van.

De beleidsvrijheid van de Nederlandse staat vormt de afhankelijke variabele in dit onderzoek. Zoals in hoofdstuk 2 is uitgelegd wordt het begrip beleidsvrijheid in dit onderzoek opgevat als *de facto* beleidsautonomie, wat refereert naar de ruimte waarover een staat beschikt om een maatschappelijke opgave te beoordelen en te kiezen voor wet- en regelgeving gebaseerd op de politieke voorkeur (Van Nuffel, 2000: 9; Gallagher, 2007: 63; Aggarwal & Evenett, 2014: 483; Koivusalo, 2014: 30; Bogliolo Piancastelli Siqueira & Cadaval Martins, 2015: 401). Het operationaliseren en het meten van dit abstracte begrip is echter bijzonder lastig. Om de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat toch inzichtelijk te kunnen maken zal daarom in dit onderzoek gebruik worden gemaakt van een interveniërende variabele, namelijk *regulatory chill*. Zoals in het vorige hoofdstuk is uitgelegd zegt de mate waarin *regulatory chill* waarneembaar is iets over de invloed van ISDS-clausules in handelsverdragen op de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat. Als er namelijk sprake is van een vorm van *regulatory chill*, dan is er sprake van een situatie waarin een staat uit vrees voor een mogelijke ISDS-arbitragezaak van een buitenlandse investeerder terughoudend is of wordt om bepaalde wet- of regelgeving te formuleren dan wel wordt aangespoord bepaalde wet- of regelgeving in te trekken. Dat duidt op een negatieve invloed van de ISDS-clausules in de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen op de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat (Quick, 2015: 200; Tietje & Baetens, 2014: 78; AIV, 2015: 7). Het meten van *regulatory chill* staat daarmee gelijk aan het inzichtelijk maken van de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat. De samenhang tussen de onafhankelijke variabele, de afhankelijke variabele en de interveniërende variabele kunnen in een conceptueel model als volgt worden weergegeven (zie figuur 1):



Figuur 1: Het conceptueel model.

3.4 Het meten van *regulatory chill*

In hoofdstuk 2 is uitgelegd dat er drie vormen van *regulatory chill* kunnen worden onderscheiden: *anticipatory chill*, *specific response chill* en *precedential chill*. Het inzichtelijk maken van *regulatory chill* teneinde de invloed van ISDS-clausules in handelsverdragen op de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat te kunnen meten, dient te gebeuren door na te gaan in welke mate de verschillende vormen van *regulatory chill* waarneembaar zijn. De indicatoren die in dat kader worden gebruikt staan weergegeven in tabel 2.

Vorm van <i>regulatory chill</i>	Indicator
Anticipatory chill	De aanwezigheid van informatie op de Nederlandse ministeries waaruit blijkt dat beleidsvoornemens in het verleden niet zijn vertaald naar daadwerkelijke wet- en regelgeving (bv. kaderwetten, Algemene Maatregelen van Bestuur en/of ministeriële regelingen), omdat die wet- of regelgeving zou kunnen leiden tot een door een buitenlandse investeerder aangespannen ISDS-arbitragezaak tegen de Nederlandse staat.
Specific response chill	De aanwezigheid van informatie op de Nederlandse ministeries waaruit blijkt dat beleidsvoornemens in het verleden zijn aangepast/gewijzigd, omdat de vertaling van het oorspronkelijke beleidsvoornemen naar wet- of regelgeving (bv. kaderwetten, Algemene Maatregelen van Bestuur en/of ministeriële regelingen) zou kunnen leiden tot een door een buitenlandse investeerder aangespannen ISDS-arbitragezaak tegen de Nederlandse staat.
Precedential chill	Het aantal keer dat de Nederlandse staat een ISDS-arbitragezaak heeft geschikt of verloren.

Tabel 2: Indicatoren van de verschillende vormen van *regulatory chill*.

De informatie die betrekking heeft op *anticipatory chill* of *specific response chill* is niet in openbare documenten vastgelegd. Als er immers sprake is geweest van situaties waarin *anticipatory chill* of *specific response chill* zich hebben voorgedaan, dan zal de informatie die inzicht geeft in deze situaties als politiek gevoelig worden beoordeeld en niet openbaar zijn gemaakt. Voorgaande kabinetten zullen vanuit een politiek perspectief immers niet open

hebben willen zijn over situaties waarin de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat op bepaalde beleidsvelden werd beperkt. Om toch informatie te kunnen krijgen die betrekking heeft op *anticipatory chill* of *specific response chill* binnen de Nederlandse overheid, zal bij de uitvoering van dit onderzoek gebruik worden gemaakt van verzoeken aan de Nederlandse ministeries in het kader van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) (zie bijlage 2). Op basis van de Wob kan de overheid namelijk worden verzocht bepaalde informatie openbaar te maken, waarbij onder andere kan worden gedacht aan e-mailwisselingen, interne memo's en interne rapportages. Uit deze informatie zou af te leiden moeten zijn of er binnen de Nederlandse overheid sprake is geweest van *anticipatory chill* of *specific response chill*. Daarbij is het van belang op te merken dat overheidsinformatie altijd openbaar is, tenzij de Wob of andere wetgeving bepaalt dat de gevraagde informatie niet geschikt is om openbaar te maken.²⁸

Voor het inzichtelijk maken van *precedential chill* zal gebruik worden gemaakt van de eerder in hoofdstuk 2 genoemde UNCTAD-database.²⁹ In deze database worden namelijk alle bekende ISDS-arbitragezaken geregistreerd en op basis daarvan is vervolgens te herleiden hoe vaak de Nederlandse staat een ISDS-arbitragezaak heeft geschikt of verloren. Zoals in hoofdstuk 2 echter ook is opgemerkt is een onbekend aantal ISDS-arbitragezaken niet in de statistieken van de UNCTAD-database verwerkt in verband met de volledig vertrouwelijke behandeling van deze ISDS-arbitragezaken (Tienhaara, 2006: 76; UNCTAD, 2014b: 65). Het is mogelijk dat dit ook het geval is voor de ISDS-arbitragezaken die tegen de Nederlandse staat zijn gevoerd. Voor het inzichtelijk maken van *precedential chill* kan daarom niet alleen op de UNCTAD-database worden vertrouwd. Om toch een volledig inzicht te krijgen in alle ISDS-arbitragezaken die tegen de Nederlandse staat zijn gevoerd, zal evenals de andere vormen van *regulatory chill* ook ten aanzien van *precedential chill* een beroep worden gedaan op de Wob (zie bijlage 2).

²⁸ Rijksoverheid (z.j.). Wat is de Wet openbaarheid van bestuur (Wob)?
<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/kwaliteit-en-integriteit-overheidsinstanties/vraag-en-antwoord/wat-is-de-wet-openbaarheid-van-bestuur-wob>

²⁹ UNCTAD (z.j.). Investment dispute settlement navigator.
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByCountry>

4. Resultaten en analyse

4.1 Achtergrond: Ethyl Corporation vs. Canada

In 1997 besloot de Canadese overheid de import van en de interprovinciale handel in de chemische stof MMT te verbieden nadat wetenschappelijk onderzoek had aangetoond dat MMT schadelijke effecten had op de volksgezondheid en het milieu (Poulsen, 2011: 196; Cooper, Bell-Pasht, Nadarajah & McClenaghan, 2013: 42; Côté, 2014: 61; Tietje & Baetens, 2014: 79; Van Harten, 2015: 107). Dit besluit had grote negatieve gevolgen voor de belangen van Ethyl Corporation, een Amerikaans bedrijf en een van de grootste producenten van MMT. Voor Ethyl Corporation was Canada namelijk een van de grootste afzetmarkten, zeker nadat in 1980 het gebruik van MMT in grote delen van de Verenigde Staten werd verboden (Van Harten, 2015: 107).

Voor Ethyl Corporation was het besluit van de Canadese overheid om de import van en de interprovinciale handel in de chemische stof MMT te verbieden voldoende aanleiding om in april 1998 een ISDS-arbitragezaak te starten tegen de Canadese overheid (Van Harten, 2015: 108). Daarbij maakte Ethyl Corporation gebruik van de ISDS-clausule in NAFTA, het in 1994 in werking getreden handelsverdrag tussen Canada en de Verenigde Staten. Ethyl Corporation eiste daarbij circa \$220 miljoen ter compensatie voor de geleden schade als gevolg van het besluit van de Canadese overheid (Poulsen, 2011: 196; Tietje & Baetens, 2014: 79).

Het arbitragehof waar de ISDS-arbitragezaak *Ethyl Corporation vs. Canada* aanhangig was gemaakt kwam in juli 1998 tot de conclusie dat het bevoegd was om deze ISDS-arbitragezaak in behandeling te nemen (Poulsen, 2011: 196; Van Harten, 2015: 109). Niet lang daarna besloot de Canadese overheid de ISDS-arbitragezaak voor \$13 miljoen te schikken met Ethyl Corporation (Poulsen, 2011: 196; Cooper et al., 2013: 43; Côté, 2014: 62; Van Harten, 2015: 109). Naast de financiële compensatie diende de Canadese overheid als onderdeel van de schikking ook publiekelijk te verklaren dat er onvoldoende wetenschappelijk bewijs was voor de schadelijke effecten van MMT op de volksgezondheid en het milieu. Daarnaast diende de Canadese overheid ook het verbod op de import van en de interprovinciale handel in de chemische stof MMT in te trekken.

Tegenstanders van het ISDS-systeem zien in de ISDS-arbitragezaak *Ethyl Corporation vs. Canada* bewijs voor het bestaan van *regulatory chill* (Côté, 2014: 62; Tietje & Baetens, 2014: 80; Van Harten, 2015: 107). Kort nadat het arbitragehof kenbaar had gemaakt de door Ethyl Corporation aangespannen ISDS-arbitragezaak in behandeling te zullen nemen besloot de Canadese overheid namelijk te schikken voor \$13 miljoen om zo een op termijn mogelijk nog duurdere financiële compensatie aan Ethyl Corporation te voorkomen (Poulsen, 2011: 196). Belangrijker nog is dat het verbod op de import van en de interprovinciale handel in de chemische stof MMT werd ingetrokken. Zowel de schikking alsook het intrekken van het verbod duidt volgens de tegenstanders van het ISDS-systeem op *precedential chill*, waarbij de Canadese overheid het belang van Ethyl Corporation zwaarder heeft laten wegen dan het publieke belang.

Voorstanders van het ISDS-systeem merken in het kader van de ISDS-arbitragezaak *Ethyl Corporation vs. Canada* echter op dat het verzet tegen het omstreden besluit van de Canadese overheid niet alleen van Ethyl Corporation kwam, maar ook van de Canadese provincies. De Canadese provincies vochten het besluit van de Canadese overheid namelijk met succes aan bij de hoogste Canadese rechter (Côté, 2014: 62; Tietje & Baetens, 2014: 80). Dat betekent dat het besluit om de import van en de interprovinciale handel in de chemische stof MMT te verbieden op zichzelf onwettig was. Daaruit moet volgens de voorstanders van het ISDS-systeem worden afgeleid dat de schikking van de Canadese overheid met Ethyl Corporation en het intrekken van het verbod niet moet worden gezien als *precedential chill*, maar als terechte compensatie voor het onwettig handelen van de Canadese overheid (Tietje & Baetens, 2014: 80).

Er bestaat in de wetenschappelijke literatuur geen eenduidig antwoord op de vraag of er in de ISDS-arbitragezaak *Ethyl Corporation vs. Canada* sprake is geweest van *precedential chill*. Wat uit deze ISDS-arbitragezaak wel duidelijk wordt is hetgeen eerder in hoofdstuk 2 reeds werd geconstateerd, namelijk dat niet alleen ontwikkelingslanden of landen met opkomende economieën worden aangeklaagd, maar dat ook (welvarende) Westerse landen worden aangeklaagd. Dat betekent dat ook een ISDS-arbitragezaak tegen de Nederlandse staat niet valt uit te sluiten, zeker niet wanneer het grote aantal door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen waarin ISDS-clausules zijn opgenomen in acht wordt genomen (zie bijlage 1). Gelet op de in hoofdstuk 2 geformuleerde hypothese betekent dat tevens dat *regulatory chill* binnen de Nederlandse overheid niet valt uit te sluiten. Aan de hand van een voorbeeld zal dit in dit hoofdstuk worden toegelicht. Vervolgens zullen de resultaten van het onderzoek worden

gepresenteerd en geanalyseerd op basis waarvan de in hoofdstuk 2 geformuleerde hypothese kan worden getoetst.

4.2 Plafond Groningenveld

Op het moment dat nieuwe wet- en regelgeving de belangen van een buitenlandse investeerder in gevaar brengt, kan een buitenlandse investeerder buiten het nationale rechtssysteem om een ISDS-arbitragezaak starten tegen de staat die de nieuwe wet- en regelgeving heeft doorgevoerd (Rojid et al., 2012: 8; Cross, 2013: 76; Maier, 2013: 113; Crouch, 2014: 178; AIV, 2015: 10; Ghailani & Ponce del Castillo, 2015: 233). Zoals in hoofdstuk 1 is uitgelegd worden veel van deze ISDS-arbitragezaken vanuit Nederland gestart, waarbij buitenlandse investeerders door middel van *treaty shopping* een beroep doen op investeringsbescherming via de ISDS-clausules zoals overeengekomen in de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen.³⁰ Deze handelsverdragen stellen buitenlandse investeerders echter ook in de gelegenheid om de Nederlandse staat aan te klagen op het moment dat nieuwe wet- en regelgeving de belangen van de buitenlandse investeerder in gevaar brengt (SER, 2016: 68). In dat kader is het interessant om aandacht te besteden aan de casus *Plafond Groningenveld*, een casus waarin geen buitenlandse investeerders zijn betrokken, maar op basis waarvan wel een aantal inzichten kunnen worden opgedaan.

De casus *Plafond Groningenveld* draait om het besluit dat de minister van Economische Zaken tenminste eens per vijf jaar moet nemen over het niveau van de gaswinning uit het Groningenveld. Uit documenten die de NOS verkreeg met een beroep op de Wob blijkt dat ambtenaren op het ministerie van Economische Zaken in het tweede en derde kwartaal van 2005 bezig waren met de voorbereiding van het besluit van de minister en de minister adviseerden het niveau van de gaswinning uit het Groningenveld vast te stellen op 375 miljard m³ gas voor de periode 2005-2015.³¹ Uit de beschikbaar gemaakte documenten blijkt echter dat onder druk van verschillende bedrijven uit de olie- en gassector het niveau van de gaswinning uit het Groningenveld niet werd vastgesteld op 375 miljard m³ gas, maar op 425 miljard m³ gas voor de periode 2006-2015. In de beschikbaar gemaakte documenten wordt hierover het volgende gemeld:

³⁰ OneWorld (2015). Nederland is spil in ISDS-systeem. <http://longreads.oneworld.nl/en/nederland-is-spil-in-ids-systeem/>

³¹ NOS (2016). Ministerie maakte geheime afspraak over gaswinning Groningen. <http://nos.nl/artikel/2104710-ministerie-maakte-geheime-afpraak-over-gaswinning-groningen.html>

Er is overeenstemming over een lange termijn productiefilosofie voor Groningen. Die gaat ervan uit dat Groningen op het voor de komende tien jaar vastgestelde niveau zal produceren, tot het moment waarop (na 2020) het veld op natuurlijke wijze in decline zal komen.³²

Vijf jaar na het besluit over het niveau van de gaswinning uit het Groningenveld werd door ambtenaren op het ministerie van Economische Zaken een nieuw besluit voorbereid voor de periode 2011-2020. In een intern memo wordt aangegeven dat de gaswinning uit het Groningenveld in de afgelopen jaren gemiddeld lager lag dan het vastgestelde niveau. Met inachtneming hiervan adviseerden de ambtenaren op het ministerie van Economische Zaken vast te houden aan het eerdere besluit waarin het niveau van de gaswinning uit het Groningenveld werd vastgesteld op 425 miljard m³ gas. De verschillende bedrijven uit de olie- en gassector waren echter de mening toegedaan dat zij aanspraak konden maken op 458 miljard m³ gas, waarbij dit niveau was gebaseerd op de reeds bestaande afspraak van 425 miljard m³ gas voor de periode tot 2020 aangevuld met de 33 miljard m³ gas die in de periode 2006-2010 niet was gewonnen. In de beschikbaar gemaakte documenten wordt hierover het volgende gemeld:

[Het ministerie van Economische Zaken] adviseert het plafond voor de komende periode 2011 tot en met 2020 opnieuw vast te stellen op 425 mrd m³ en hiervoor een formeel traject te starten. Op dit besluit kunnen de betrokken partijen (Shell, ExxonMobil, NAM en GasTerra) hun zienswijzen kenbaar maken. Wij verwachten dat Shell, ExxonMobil, NAM en GasTerra snel zullen reageren op dit voornemen omdat zij menen dat een plafond van 425 mrd m³ hun rechten aantast.³³

In het besluit voor de periode 2011-2020 werd het niveau van de gaswinning uit het Groningenveld uiteindelijk vastgesteld op 448,5 miljard m³ gas.³⁴ Dat was lager dan waar de verschillende bedrijven uit de olie- en gassector in eerste om vroegen, maar hoger dan waar het ministerie van Economische Zaken in eerste instantie overeenstemming over wilde bereiken.

In de casus *Plafond Groningenveld* worden door de Nederlandse overheid besluiten genomen die direct van invloed zijn op de belangen van Shell, ExxonMobil, de Nederlandse Aardolie

³² Zie pagina 119 in de door het ministerie van Economische Zaken beschikbaar gemaakte documenten.

³³ Zie pagina 40 in de door het ministerie van Economische Zaken beschikbaar gemaakte documenten.

³⁴ Ministerie van Economische Zaken (2014). Beantwoording vragen over gaswinning in Groningen. Kenmerk: DGETM-EM / 14016567.

Maatschappij (NAM, waar Shell en ExxonMobil eigenaren van zijn) en GasTerra. Met het oog op de uitvoering van dit onderzoek is het interessant op te merken dat ambtenaren op het ministerie van Economische Zaken in interne documenten expliciet spreken over de belangen aantasting van bedrijven als gevolg van een overheidsbeslissing. Dat laat namelijk zien dat ambtenaren zich bewust kunnen zijn van de consequenties van overheidsbeslissingen, wat aantoont dat *anticipatory chill* of *specific response chill* niet kunnen worden uitgesloten. Het is daarbij wel van belang te melden dat de betrokken bedrijven in de casus *Plafond Groningenveld* in Nederland staan geregistreerd en daarmee ‘Nederlands’ zijn. Een ISDS-arbitragezaak van een ‘Nederlands’ bedrijf tegen de Nederlandse staat is niet mogelijk. Eerder is in hoofdstuk 1 echter wel beschreven hoe ExxonMobil door middel van *treaty shopping* een ISDS-arbitragezaak kon starten tegen de Venezolaanse staat. In de casus *Plafond Groningenveld* zag ExxonMobil geen aanleiding om door middel van *treaty shopping* een ISDS-arbitragezaak te starten tegen de Nederlandse staat, maar in theorie had dat wel gekund (SER, 2016: 68). In de beschikbaar gemaakte documenten over de casus *Plafond Groningenveld* wordt echter nergens gesproken in termen die duiden op het mogelijk aanhangig maken van een ISDS-arbitragezaak door een van de betrokken bedrijven tegen de Nederlandse staat. Het besluit van de minister van Economische Zaken om het niveau van de gaswinning uit het Groningenveld voor de periode 2011-2020 vast te stellen op 448,5 miljard m³ gas kan op basis van de beschikbare informatie dan ook niet als *specific response chill* worden gezien.

4.3 Onderzoeksresultaten

Zoals in hoofdstuk 3 is uitgelegd, kan de invloed van de ISDS-clausules in de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen op de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat inzichtelijk worden gemaakt door de mate van *regulatory chill* binnen de Nederlandse overheid te meten. In dat kader zijn Wob-verzoeken ingediend bij alle Nederlandse ministeries, waarbij specifiek is gevraagd naar informatie waaruit *anticipatory chill* of *specific response chill* zou moeten blijken (zie bijlage 2). Voor wat betreft *precedential chill* is aanvullend op de Wob-verzoeken ook gebruik gemaakt van de UNCTAD-database.

Voor wat betreft *anticipatory chill* is in de Wob-verzoeken gevraagd naar de informatie waaruit blijkt dat beleidsvoornemens in het verleden niet zijn vertaald naar daadwerkelijke wet- en regelgeving (bv. kaderwetten, Algemene Maatregelen van Bestuur of ministeriële regelingen), omdat die wet- of regelgeving zou kunnen leiden tot een door een buitenlandse investeerder aangespannen ISDS-arbitragezaak. Ten aanzien van *specific response chill* is in de Wob-

verzoeken gevraagd naar de informatie waaruit blijkt dat beleidsvoornemens in het verleden zijn aangepast, omdat de vertaling van het oorspronkelijke beleidsvoornemen naar wet- of regelgeving (bv. kaderwetten, Algemene Maatregelen van Bestuur of ministeriële regelingen) zou kunnen leiden tot een door een buitenlandse investeerder aangespannen ISDS-arbitragezaak. Tot slot is ten aanzien van *precedential chill* in de Wob-verzoeken gevraagd naar de informatie behorende bij de tegen de Nederlandse staat aangespannen of gevoerde ISDS-arbitragezaken. In het kader van *precedential chill* zijn de Nederlandse ministeries aan de hand van de Wob-verzoeken ook gevraagd naar de informatie waaruit blijkt dat tegen de Nederlandse staat aangespannen of gevoerde ISDS-arbitragezaken zijn geschikt.

Van de elf Nederlandse ministeries hebben zeven ministeries gereageerd op de ingediende Wob-verzoeken, namelijk het ministerie van Buitenlandse Zaken, het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, het ministerie van Financiën, het ministerie van Economische Zaken en het ministerie van Infrastructuur en Milieu.³⁵ In de reacties van de zeven ministeries op de ingediende Wob-verzoeken wordt aangegeven dat de ingediende Wob-verzoeken binnen de reikwijdte van de Wob vallen, maar dat er geen informatie is aangetroffen waaruit blijkt dat beleidsvoornemens in het verleden niet zijn vertaald naar daadwerkelijke wet- en regelgeving (bv. kaderwetten, Algemene Maatregelen van Bestuur of ministeriële regelingen), omdat die wet- of regelgeving zou kunnen leiden tot een door een buitenlandse investeerder aangespannen ISDS-arbitragezaak. Ook is er geen informatie aangetroffen waaruit blijkt dat beleidsvoornemens in het verleden zijn aangepast, omdat de vertaling van het oorspronkelijke beleidsvoornemen naar wet- of regelgeving (bv. kaderwetten, Algemene Maatregelen van Bestuur of ministeriële regelingen) zou kunnen leiden tot een door een buitenlandse investeerder aangespannen ISDS-arbitragezaak.

Uit de UNCTAD-database blijkt dat er tot nu toe nog nooit een ISDS-arbitragezaak tegen de Nederlandse staat is aangespannen.³⁶ Zoals in hoofdstuk 2 is uitgelegd staan in de UNCTAD-database echter slechts de bekende ISDS-arbitragezaken geregistreerd. Een onbekend aantal ISDS-arbitragezaken wordt in verband met de volledig vertrouwelijke behandeling van deze

³⁵ Het ministerie van Algemene Zaken, het ministerie van Defensie, het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en het ministerie van Veiligheid en Justitie hebben niet gereageerd op de ingediende Wob-verzoeken.

³⁶ UNCTAD (z.j.). Investment dispute settlement navigator.
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByCountry>

ISDS-arbitragezaken niet in de statistieken van de UNCTAD-database verwerkt (Tienhaara, 2006: 76; UNCTAD, 2014b: 65). De bij de Nederlandse ministeries ingediende Wob-verzoeken zouden inzicht kunnen geven in de vertrouwelijke ISDS-arbitragezaken, maar ook in de reacties van de ministeries op de Wob-verzoeken wordt gemeld dat er tot op heden geen ISDS-arbitragezaken zijn aangespannen tegen de Nederlandse staat. Dat leidt ertoe dat ook over tegen de Nederlandse staat aangespannen ISDS-arbitragezaken of over de door de Nederlandse staat geschikte ISDS-arbitragezaken geen informatie is aangetroffen op de verschillende ministeries. De constatering naar aanleiding van de UNCTAD-database en de ingediende Wob-verzoeken worden nog eens bevestigd in een rapportage van de SER (2016: 68) waarin wordt opgemerkt dat tot nu toe nog nooit een buitenlandse investeerders een ISDS-arbitragezaak tegen de Nederlandse staat heeft aangespannen.³⁷

4.4 Analyse

In hoofdstuk 2 is uitgelegd dat binnen de *regulatory chill theory* drie vormen kunnen worden onderscheiden. Door de in de vorige paragraaf gepresenteerde onderzoeksresultaten te bekijken vanuit de *regulatory chill theory* kunnen uitspraken worden gedaan over de mate waarin de verschillende vormen van *regulatory chill* zich hebben voorgedaan binnen de Nederlandse ministeries.

De eerste vorm van *regulatory chill* staat bekend als *anticipatory chill* en refereert naar de situatie waarin een staat uit voorzorg bepaalde wet- of regelgeving niet formuleert uit vrees voor een potentiële ISDS-arbitragezaak (Mildner, 2014: 15; Tietje & Baetens, 2014: 41; AIV, 2015: 28). Zoals uit de vorige paragraaf duidelijk wordt, blijkt dat er binnen de Nederlandse overheid geen sprake is geweest van *anticipatory chill*. Er is namelijk geen informatie op de Nederlandse ministeries aangetroffen waaruit blijkt dat beleidsvoornemens in het verleden niet zijn vertaald naar daadwerkelijke wet- en regelgeving, omdat die wet- of regelgeving zou kunnen leiden tot een door een buitenlandse investeerder aangespannen ISDS-arbitragezaak tegen de Nederlandse staat.

Een tweede vorm van *regulatory chill* staat bekend als *specific response chill* (Mildner, 2014: 15; Tietje & Baetens, 2014: 41; AIV, 2015: 28). Hier is sprake van wanneer een staat zich

³⁷ De rapportage van de SER werd gepubliceerd kort nadat het merendeel van de ministeries had gereageerd op de ingediende Wob-verzoeken.

bewust is van het risico van een potentiële ISDS-arbitragezaak en vervolgens bepaalde wet- of regelgeving zodanig formuleert dat buitenlandse investeerders geen aanleiding zien om een ISDS-arbitragezaak aanhangig te maken. Uit de onderzoeksresultaten blijkt dat er binnen de Nederlandse overheid ook geen sprake is geweest van *specific response chill*. Er is namelijk geen informatie op de Nederlandse ministeries aangetroffen waaruit blijkt dat beleidsvoornemens in het verleden zijn aangepast, omdat de vertaling van het oorspronkelijke beleidsvoornemen naar wet- of regelgeving zou kunnen leiden tot een door een buitenlandse investeerder aangespannen ISDS-arbitragezaak tegen de Nederlandse staat.

De laatste vorm van *regulatory chill* staat bekend als *precedential chill* en hier is sprake van wanneer een staat een ISDS-arbitragezaak schikt met een buitenlandse investeerder. Van *precedential chill* is ook sprake wanneer een staat een ISDS-arbitragezaak verliest en op aanwijzing van het arbitragetribunaal ofwel wet- of regelgeving moet aanpassen of intrekken ofwel de buitenlandse investeerder financieel moet compenseren voor de geleden schade (Tietje & Baetens, 2014: 41; AIV, 2015: 28). Omdat er tot nu toe nog nooit een ISDS-arbitragezaak tegen de Nederlandse staat is aangespannen, is er binnen de Nederlandse overheid ook geen sprake geweest van *precedential chill*.

Eerder is in hoofdstuk 3 opgemerkt dat als er sprake is van *regulatory chill* binnen de Nederlandse overheid, dat duidt op een negatieve invloed van de ISDS-clausules in de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen op de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat (Quick, 2015: 200; Tietje & Baetens, 2014: 78; AIV, 2015: 7). Op basis van de duiding die aan de onderzoeksresultaten is gegeven aan de hand van de *regulatory chill theory* moet worden geconcludeerd dat er binnen de Nederlandse overheid geen sprake is geweest van *regulatory chill*. Dat betekent dat de ruimte waarover de Nederlandse staat beschikt om een maatschappelijke opgave te beoordelen en te kiezen voor wet- en regelgeving gebaseerd op de politieke voorkeur niet is beïnvloed. Met andere woorden, de ISDS-clausules in de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen hebben de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat niet aangetast. Met inachtneming hiervan dient de in hoofdstuk 2 geformuleerde hypothese te worden verworpen.

5. Conclusie

5.1 Achtergrond

In hoofdstuk 1 is aan de hand van de nog lopende onderhandelingen tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten over TTIP het omstreden ISDS-systeem geïntroduceerd. Het maatschappelijke en politieke debat over dit ISDS-systeem is gepolariseerd en dat geldt in zekere zin ook voor het wetenschappelijke debat. Tegenstanders van het ISDS-systeem stellen namelijk dat ISDS-clausules in handelsverdragen de beleidsvrijheid van staten aantast, omdat staten bijvoorbeeld af zouden zien van maatschappelijk en politiek gewenste wet- en regelgeving die conflicteert met de belangen van buitenlandse investeerders om zo dure en langdurige ISDS-arbitragezaken te voorkomen (Tietje & Baetens, 2014: 78; AIV, 2015: 7; Quick, 2015: 200). Daarmee staat niet het belang van de samenleving voorop, maar de belangen van buitenlandse investeerders (Rojid et al., 2012: 8; Côté, 2014: 23; Fritz, 2015: 46). Verschillende ISDS-arbitragezaken, zoals bijvoorbeeld *Ethyl Corporation vs. Canada*, worden in dat kader door de tegenstanders van het ISDS-systeem gebruikt als anekdotisch bewijs (Côté, 2014: 74; Tietje & Baetens, 2014: 42; Van Harten, 2015: 106).

Voorstanders van het ISDS-systeem stellen juist dat de invloed van ISDS-clausules in handelsverdragen wordt gedramatiseerd. Er zouden namelijk teveel factoren zijn die invloed hebben op het handelen van een staat als gevolg waarvan het niet mogelijk is te stellen dat ISDS-clausules in handelsverdragen een negatieve invloed hebben op de beleidsvrijheid van staten (Mildner, 2014: 17; Tietje & Baetens, 2014: 42; AIV, 2015: 28).

Gelet op de wetenschappelijke discussie over de invloed van ISDS-clausules in handelsverdragen op de beleidsvrijheid van staten is in dit onderzoek gekeken naar de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat. Nederland bevindt zich namelijk in de top tien van landen met de meeste handelsverdragen (UNCTAD, 2014a: 3; Côté, 2014: 41; AIV, 2015: 11) (zie bijlage 1). De meeste van deze handelsverdragen bevatten ook een ISDS-clausule, waar ‘Nederlandse’ investeerders ook veelvuldig een beroep op doen om andere staten aan te klagen.³⁸ Gelet op het grote aantal door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen waar ook een ISDS-clausule is opgenomen, loopt Nederland het risico zelf aangeklaagd te worden

³⁸ NRC (2015). Bang voor TTIP? Onzin, Nederland klaagt juist iedereen aan via brievenbusfirma's.
<http://www.nrc.nl/handelsblad/2015/10/02/bang-voor-ttip-onzin-wij-zijn-juist-de-boeman-1543922>

op het moment dat nieuwe Nederlandse wet- en regelgeving de belangen van de buitenlandse investeerder in gevaar brengt (Rojid, Losari & Madero, 2012: 8; Cross, 2013: 76; Maier, 2013: 113; Crouch, 2014: 178; AIV, 2015: 10; Ghailani & Ponce del Castillo, 2015: 233; SER, 2016: 68). Met inachtneming hiervan is in dit onderzoek stilgestaan bij de vraag in welke mate ISDS-clausules in de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat beïnvloeden. De vraagstelling is daarom als volgt geformuleerd:

In welke mate beïnvloeden ISDS-clausules in de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat?

5.2 Beantwoording vraagstelling

Op basis van het theoretische kader is in hoofdstuk 2 als voorlopig antwoord op deze vraagstelling geantwoord in de vorm van een hypothese. In deze hypothese werd gesteld dat de ISDS-clausules in de door Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen leiden tot *regulatory chill* en daarmee de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat negatief beïnvloeden. Het meten van *regulatory chill* stond daarmee centraal in de uitvoering van dit onderzoek, omdat daarmee de invloed van ISDS-clausules in de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen op de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat inzichtelijk kon worden gemaakt.

Ten aanzien van *regulatory chill* kunnen drie vormen worden onderscheiden, namelijk *anticipatory chill*, *specific response chill* en *precedential chill* (Mildner, 2014: 15; Tietje & Baetens, 2014: 41; AIV, 2015: 28). Aan de hand van de UNCTAD-database en Wob-verzoeken gericht aan de Nederlandse ministeries is voor elke vorm van *regulatory chill* gemeten in welke mate deze voorkomt binnen de Nederlandse overheid. Op basis van de onderzoeksresultaten die hieruit voortkwamen moet worden geconcludeerd dat er binnen de Nederlandse overheid geen sprake is geweest van *regulatory chill*. Als antwoord op de in hoofdstuk 1 geformuleerde vraagstelling moet daarom worden gesteld dat de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat niet is beïnvloed door de ISDS-clausules in de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen.

5.3 Reflectie

De conclusie van dit onderzoek lijkt in lijn met de wetenschappelijke literatuur waarin wordt gesteld dat ISDS-clausules in handelsverdragen geen invloed hebben op de beleidsvrijheid van staten. Deze conclusie lijkt tegelijkertijd ook in lijn met de algemenere opvatting dat er geen

empirisch bewijs is voor een negatieve relatie tussen economische globalisering en de beleidsvrijheid van staten. Hierbij moeten echter een aantal kanttekeningen worden gemaakt.

Allereerst moet worden opgemerkt dat de conclusie van dit onderzoek grotendeels is gebaseerd op de reacties van zeven Nederlandse ministeries op de ingediende Wob-verzoeken. De overige vier ministeries, het ministerie van Algemene Zaken, het ministerie van Defensie, het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en het ministerie van Veiligheid en Justitie, hebben niet gereageerd op de ingediende Wob-verzoeken. Als gevolg daarvan is het niet bekend in welke mate er binnen deze ministeries sprake is van *anticipatory chill* en *specific response chill*. *Regulatory chill* binnen de Nederlandse overheid kan daarmee voor dit moment niet volledig worden uitgesloten. Toekomstig onderzoek zou hierover helderheid kunnen verschaffen.

Een tweede kanttekening betreft de generaliseerbaarheid van de conclusie. Nederland neemt namelijk een bijzondere positie in binnen het ISDS-systeem. Zo bevindt Nederland zich in de top tien van landen met de meeste handelsverdragen (Côté, 2014: 41; UNCTAD, 2014a: 3; AIV, 2015: 11). Bovendien worden vanuit Nederland na de Verenigde Staten de meeste ISDS-arbitragezaken gestart. Tegelijkertijd is er tot nu toe nog nooit een ISDS-arbitragezaak tegen de Nederlandse staat aanhangig gemaakt. Uit de UNCTAD-database blijkt dat geen enkel ander land zich in een dergelijke positie bevindt. Dat roept de vraag op in hoeverre de situatie van de Nederlandse staat, waar dit onderzoek zich op heeft gericht, vergelijkbaar is met andere staten. Dat betekent mogelijk dat de conclusie van dit onderzoek niet te generaliseren is naar een andere context, wat tevens betekent dat ISDS-clausules in handelsverdragen in een andere context mogelijk wel een negatieve invloed kunnen hebben op de beleidsvrijheid van staten. Toekomstig onderzoek zou hierover helderheid kunnen verschaffen door bijvoorbeeld dit onderzoek te herhalen in een andere context. Mogelijk zou dat ook de bijzondere positie van Nederland binnen het ISDS-systeem kunnen verklaren.

Een derde kanttekening bij dit onderzoek betreft de interpretatie van het begrip beleidsvrijheid. Zoals in hoofdstuk 2 is uitgelegd is het begrip beleidsvrijheid in dit onderzoek opgevat als de ruimte waarover een staat beschikt om een maatschappelijke opgave te beoordelen en te kiezen voor wet- en regelgeving gebaseerd op de politieke voorkeur (Van Nuffel, 2000: 9; Gallagher, 2007: 63; Aggarwal & Evenett, 2014: 483; Koivusalo, 2014: 30; Bogliolo Piancastelli Siqueira & Cadaval Martins, 2015: 401). Hierbij is het begrip beleidsvrijheid geïnterpreteerd als *de facto* beleidsautonomie en niet als *de jure* soevereiniteit. Om echter volledig inzicht te krijgen in de

invloed van de ISDS-clausules in de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen op de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat, dient ook naar het begrip beleidsvrijheid te worden gekeken vanuit het perspectief van *de jure* soevereiniteit. Dat vereist echter een juridische analyse waarin staatsrechtelijke aspecten dienen te worden betrokken.

Een laatste kanttekening die bij dit onderzoek kan worden gemaakt richt zich op de informatie die is ontvangen van de Nederlandse ministeries. De Nederlandse ministeries hebben er namelijk baat bij om informatie te verstrekken waaruit blijkt dat er geen sprake is van *regulatory chill* binnen de Nederlandse overheid. Op basis daarvan kan de betrouwbaarheid van de door de Nederlandse ministeries aangeleverde informatie in twijfel worden getrokken. In reactie hierop kan echter worden gemeld dat alle overheidsinformatie altijd openbaar is, tenzij de Wob of andere wetgeving bepaalt dat de gevraagde informatie niet geschikt is om openbaar te maken.³⁹ Dat betekent dat de Nederlandse ministeries op basis van de Nederlandse wet alleen informatie achter mag houden wanneer daar zwaarwegende redenen voor zijn te geven. Aangezien de Nederlandse ministeries die hebben gereageerd op de ingediende Wob-verzoeken niet hebben gemeld dat bepaalde informatie niet geschikt is om openbaar te maken, mag worden verondersteld dat de ontvangen informatie betrouwbaar is.

Wanneer tot slot wordt teruggekeerd naar de achtergrond van dit onderzoek, kan de vraag worden gesteld of een ISDS-clausule in TTIP een negatieve invloed zal hebben op de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat. Dit onderzoek laat zien dat de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen waarin ISDS-clausules zijn opgenomen tot op heden geen negatieve invloed hebben gehad op de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat. Met het oog op een mogelijk overeenkomst tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten over een ISDS-clausule in TTIP biedt dit onderzoek daarom enige houvast richting de toekomst. Het onderzoek laat immers zien dat op basis van het verleden er geen aanleiding is te veronderstellen dat een ISDS-clausule in TTIP zal leiden tot *regulatory chill* binnen de Nederlandse ministeries. Dat betekent tevens dat er geen aanleiding is te veronderstellen dat een ISDS-clausule in TTIP de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat zal aantasten. Hoe dit in de praktijk zal uitwerken moet echter nog blijken: *the proof of the pudding is in the eating*.

³⁹ Rijksoverheid (z.j.). Wat is de Wet openbaarheid van bestuur (Wob)?
<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/kwaliteit-en-integriteit-overheidsinstanties/vraag-en-antwoord/wat-is-de-wet-openbaarheid-van-bestuur-wob>

Literatuurlijst

Adviesraad Internationale Vraagstukken (AIV) (2015). *Internationale investeringsbeslechting. Van ad hoc arbitrage naar een permanent investeringshof*. Den Haag: Adviesraad Internationale Vraagstukken.

Aggarwal, V. & Evenett, S. (2014). Do WTO rules preclude industrial policy? Evidence from the global economic crisis. *Business and politics*, 16 (4), 481-509.

Bogliolo Piancastelli Siqueira, A. & Cadaval Martins, J. (2015). Policy space and policy autonomy under the WTO: A comparison of post-crisis industrial policies in Brazil and the US. *Law and development review*, 8 (2), 389-432.

Bronckers, M. (2015). Is Investor-State Dispute Settlement (ISDS) superior to litigation before domestic courts? An EU view on bilateral trade agreements. *Journal of international economic law*, 18, 655-677.

Capaldo, J. (2014). *The Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership: European disintegration, unemployment and instability*. Medford: Global Development and Environment Institute.

Cooper, K., Bell-Pasht, K., Nadarajah, R. & McClenaghan, T. (2013). Seeking a regulatory chill in Canada: The Dow agrosocieties NAFTA chapter 11 challenge to the Quebec pesticides management code. *GGU environmental law journal*, 7 (1), 5-54.

Côté, C. (2014). *A chilling effect? The impact of international investment agreements on national regulatory autonomy in the areas of health, safety and the environment*. Londen: London School of Economics.

Cross, C. (2013). The treatment of non-investment interests in investor-state disputes: Challenges for the TAFTA/TTIP negotiations. In D. Cardoso, P. Mthembu, M. Venhaus & M. Verde Garrido (Eds.), *The transatlantic colossus* (pp. 76-79). Berlijn: Berlin Forum on Global Politics.

Crouch, C. (2014). Democracy at a TTIP'ing point. Seizing a slim chance to reassert democratic sovereignty in Europe. *Juncture*, 21 (3), 176-181.

De Ville, F. (2013). Why the TAFTA/TTIP will not live up to its promises. In D. Cardoso, P. Mthembu, M. Venhaus & M. Verde Garrido (Eds.), *The transatlantic colossus* (pp. 13-16). Berlin: Berlin Forum on Global Politics.

Downes, C. (2015). Worth shopping around? Defending regulatory autonomy under the SPS and TBT agreements. *World trade review*, 14 (4), 553-578.

Drezner, D. (2001). Globalization and policy convergence. *International studies review*, 3 (1), 53-78.

Ecorys (2012). *Study on "EU-US high level working group"*. Rotterdam: Ecorys.

Fiott, D. (2013). The 'TTIP-ing point': How the Transatlantic Trade and Investment Partnership could impact European defence. *The international spectator*, 48 (3), 15-26.

Francois, J., Manchin, M., Norberg, H., Pindyuk, O. & Thomberger, P. (2013). *Reducing Transatlantic barriers to trade and investment. An economic assessment. Final project report*. London: Centre for Economic Policy Research.

Frankel, S. & Lewis, M. (2011). Trade agreements and regulatory autonomy: The effect on national interests. In S. Frankel (Ed.), *Learning from the past, adapting for the future* (pp. 411-444). Auckland: LexisNexis.

Fritz, T. (2015). *Public services under attack. TTIP, CETA, and the secretive collusion between business lobbyists and trade negotiators*. London: War on Want.

Gallagher, K. (2007). Understanding developing country resistance to the Doha Round. *Review of international political economy*, 15 (1), 62-85.

Ghailani, D. & Ponce del Castillo, A. (2015). The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): converging interests and diverging opinions. In D. Natali & B. Vanhercke (Eds.), *Social policy in the European Union: state of play 2015* (pp. 215-245). Brussel: European Social Observatory.

Haslam, P. (2007). The firm rules: multinational corporations, policy space and neoliberalism. *Third world quarterly*, 28 (6), 1167-1183.

High Level Working Group on Jobs and Growth (2013). *Final report*. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/february/tradoc_150519.pdf

Knoll, K., Zinke, M. & Jaksche, J. (2013). Safeguarding consumer rights and protection in the TAFTA/TTIP. In D. Cardoso, P. Mthembu, M. Venhaus & M. Verde Garrido (Eds.), *The transatlantic colossus* (pp. 28-33). Berlijn: Berlin Forum on Global Politics.

Koivusalo, M. (2014). Policy space for health and trade and investment agreements. *Health promotion international*, 29 (S1), 29-47.

Maier, J. (2013). TTIP, what it is about and why it must be stopped. *Future of food: Journal on food, agriculture and society*, 1 (2), 109-118.

Mayer, J. (2008). *Policy space: What, for what, and where?* New York: UNCTAD.

Mildner, S. (2014). *Position paper: The “I” in TTIP. Why the Transatlantic Trade and investment Partnership needs an investment chapter*. Berlijn: Federation of German industries.

Olsen, J. (2009). Democratic government, institutional autonomy and the dynamics of change. *Western European politics*, 32 (3), 439-465.

Porter, G. (1999). Trade competition and pollution standards. *Journal of environment and development*, 8 (2), 133-151.

Poulsen, L. (2011). *Sacrificing sovereignty by chance: Investment treaties, developing countries, and bounded rationality*. Londen: London School of Economics.

Quick, R. (2015). Why TTIP should have an investment chapter including ISDS. *Journal of world trade*, 49 (2), 199-210.

Rojid, F, Losari, J. & Madero, A. (2012). No coverage for tobacco industries with regard to tobacco-control measures. The future of international investment agreements? *Transnational dispute management*, 9 (5), 1-15.

Russell, A., Wainwright, M. & Mamadu, H. (2014). A chilling example? Uruguay, Philip Morris International, and WHO's framework convention on tobacco control. *Medical anthropology quarterly*, 29 (2), 256-277.

Sociaal-Economische Raad (SER) (2016). *Advies TTIP ('ministersversie')*. Den Haag: Sociaal-Economische Raad.

Spears, S. (2010). The quest for policy space in a new generation of international investment agreements. *Journal of economic law*, 13 (4), 1037-1075.

Sud, S., Brenner, J. & Shaffer, E. (2015). Trading away health: The influence of trade policy on youth tobacco control. *The journal of paediatrics*, 166 (5), 1303-1307.

Thow, A. & McGrady, B. (2014). Protecting policy space for public health nutrition in an era of international investment agreements. *Bull world health organ*, 92, 139-145.

Tienhaara, K. (2006). What you don't know can hurt you: Investor-state disputes and the protection of the environment in developing countries. *Global environmental politics*, 6 (4), 73-100.

Tietje, C. & Baetens, F. (2014). *The impact of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*. Study prepared for Minister for foreign trade and development cooperation, Ministry of foreign affairs, The Netherlands.

UNCTAD (2014a). *World investment report 2014. Investing in the SDG's: An actionplan*. New York: UNCTAD.

UNCTAD (2014b). *Investor-state dispute settlement. UNCTAD series on issues in international investment agreements II*. New York: UNCTAD.

Van Harten, G. (2015). *Sold down the Yangtze. Canada's lopsided investment deal with China*. Toronto: Osgoode Hall Law School.

Van Nuffel, P. (2000). *De rechtsbescherming van nationale overheden in het Europees recht. De beleidsruimte van centrale en decentrale overheden tegenover de EG-overheid*. Deventer: Kluwer.

Van Os, R. & Knottnerus, R. (2011). *Dutch bilateral investment treaties. A gateway to 'treaty shopping' for investment protection by multinational companies*. Amsterdam: SOMO.

Walter, A. (2000). Globalization and policy convergence. The case of direct investment rules. In R. Higgott, R. Underhill & A. Bieler (Eds.), *Non-state actors and authority in the global system*. London: Routledge.

Overzicht van de geraadpleegde websites

Binnenlands Bestuur (2016). Eerste waterschap spreekt zich uit tegen TTIP.

<http://www.binnenlandsbestuur.nl/bestuur-en-organisatie/nieuws/eerste-waterschap-spreekt-zich-uit-tegen-ttip.9519225.lynkx>

Binnenlands Bestuur (2016). Tweehonderd burgemeesters TTIP-vrije gemeenten bijeen.

<http://www.binnenlandsbestuur.nl/bestuur-en-organisatie/nieuws/tweehonderd-burgemeesters-ttip-vrije-gemeenten.9531371.lynkx>

Business Alliance for TTIP (2014). Business Alliance for TTIP statement.

<http://www.transatlanticbusiness.org/news/business-alliance-for-ttip-statement/>

Europese Commissie (2013). Statement by José Manuel Barroso, President of the European Commission, on the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP).

http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-569_en.htm

Europese Commissie (2013). Transatlantic Trade and Investment Partnership: Opening free trade negotiations with the United States.

http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-147_en.htm

Greenpeace (2016). TTIP Leaks. <https://www.ttip-leaks.org/>

NOS (2012). Vattenfall eist 3,5 mld van Duitsland.

<http://nos.nl/artikel/454378-vattenfall-eist-3-5-mld-van-duitsland.html>

NOS (2016). Ministerie maakte geheime afspraak over gaswinning Groningen.

<http://nos.nl/artikel/2104710-ministerie-maakte-geheime-afspraak-over-gaswinning-groningen.html>

NRC (2015). Bang voor TTIP? Onzin, Nederland klaagt juist iedereen aan via brievenbusfirma's.

<http://www.nrc.nl/handelsblad/2015/10/02/bang-voor-ttip-onzin-wij-zijn-juist-de-boeman-1543922>

NRC (2015). Komt de chloorkip naar Nederland? En zes andere vragen over het vrijhandelsverdrag TTIP.

<http://www.nrc.nl/handelsblad/2015/04/02/1483806>

NRC (2015). Protesten in Europa tegen vrijhandelsverdrag TTIP.

<http://www.nrc.nl/nieuws/2015/10/10/protesten-in-europa-tegen-vrijhandelsverdrag-ttip>

NRC (2016). Amerikanen moeten nu bewegen.

<http://www.nrc.nl/handelsblad/2016/04/30/amerikanen-moeten-nu-bewegen-1613644>

OneWorld (2015). Nederland is spil in ISDS-systeem.

<http://longreads.oneworld.nl/en/nederland-is-spil-in-isds-systeem/>

OneWorld (2015). Oliereuzen straffen Venezuela via Nederlands handelsverdrag.

<http://longreads.oneworld.nl/oliereuzen-straffen-venezuela-via-nederlands-verdrag/>

Politico (2014). Be bold, free transatlantic trade.

<http://www.politico.eu/article/be-bold-free-transatlantic-trade/>

Politico (2014). Trading away citizen and environmental safeguards.

<http://www.politico.eu/article/trading-away-citizen-and-environmental-safeguards/>

Politico (2015). ISDS: The most toxic acronym in Europe.

<http://www.politico.eu/article/isds-the-most-toxic-acronym-in-europe/>

Rijksoverheid (z.j.). Wat is de Wet openbaarheid van bestuur (Wob)?

<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/kwaliteit-en-integriteit-overheidsinstanties/vraag-en-antwoord/wat-is-de-wet-openbaarheid-van-bestuur-wob>

The Economist (2015). The TTIP of the spear. Selling Europe's trade agreement with America as "strategic" has problems.

<http://www.economist.com/news/europe/21674772-selling-europes-trade-agreement-america-strategic-has-problems-ttip-spear>

The Economist (2016). Trading places. What the aversion to global trade says about Europe and America.

<http://www.economist.com/news/europe/21697877-what-aversion-global-trade-says-about-europe-and-america-trading-places>

The Guardian (2015). The obscure legal system that lets corporations sue countries.

<http://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid>

UNCTAD (2016). Investment dispute settlement navigator.

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ids>

Bijlage 1: Overzicht van de door de Nederlandse staat afgesloten handelsverdragen

(Bron: <https://verdragenbank.overheid.nl/nl>)

	Land	Status	Datum ondertekening	Datum inwerkingtreding
1.	Albanië	In werking	15-04-1994	01-09-1995
2.	Algerije	In werking	20-03-1997	01-08-2008
3.	Argentinië	In werking	20-10-1992	01-10-1994
4.	Armenië	In werking	10-06-2005	01-08-2006
5.	Bahrein	In werking	05-02-2007	01-12-2009
6.	Bangladesh	In werking	01-11-1994	01-06-1996
7.	Belarus (Wit-Rusland)	In werking	11-04-1995	01-08-1996
8.	Belize	In werking	20-09-2002	01-10-2004
9.	Benin	In werking	13-12-2001	15-12-2007
10.	Bosnië-Herzegovina	In werking	13-05-1998	01-01-2002
11.	Bulgarije	In werking	06-10-1999	01-03-2001
12.	Burkina Faso	In werking	10-11-2000	01-01-2004
13.	Burundi	In werking	24-05-2007	01-08-2009
14.	Cambodja	In werking	23-06-2003	01-03-2006
15.	China	In werking	26-11-2001	01-08-2004
16.	Costa Rica	In werking	21-05-1999	01-07-2001
17.	Cuba	In werking	02-11-1999	01-11-2001
18.	Dominicaanse Republiek	In werking	03-03-2006	01-10-2007
19.	Ecuador	In werking	27-06-1999	01-07-2001
20.	Egypte	In werking	27-06-1999	01-03-2001
21.	El Salvador	In werking	12-10-1999	01-03-2001
22.	Estland	In werking	27-10-1992	01-09-1993
23.	Ethiopië	In werking	16-05-2003	01-07-2005
24.	Filippijnen	In werking	27-02-1985	01-10-1987
25.	Gambia	In werking	25-09-2002	01-04-2007
26.	Georgië	In werking	03-02-1998	01-04-1999

27.	Ghana	In werking	31-03-1989	01-07-1991
28.	Guatemala	In werking	18-05-2001	01-09-2002
29.	Honduras	In werking	15-01-2001	01-09-2002
30.	Hong Kong	In werking	19-11-1992	01-09-1993
31.	Hongarije	In werking	02-09-1987	01-06-1988
32.	India	In werking	06-11-1995	01-12-1996
33.	Ivoorkust	In werking	26-04-1965	08-09-1966
	<i>Bevat geen ISDS-clausule</i>			
34.	Jamaica	In werking	18-04-1991	01-08-1992
35.	Jordanië	In werking	17-11-1997	01-08-1998
36.	Kaapverdië	In werking	11-11-1991	25-11-1992
37.	Kameroen	In werking	06-07-1965	07-05-1966
	<i>Bevat geen ISDS-clausule</i>			
38.	Kazakhstan	In werking	27-11-2002	01-08-2007
39.	Kenia	In werking	11-09-1970	11-06-1979
40.	Koeweit	In werking	29-05-2001	31-05-2002
41.	Kroatië	In werking	28-04-1998	01-06-1999
42.	Laos	In werking	16-05-2003	01-05-2005
43.	Letland	In werking	14-03-1994	01-04-1995
44.	Libanon	In werking	02-05-2002	01-03-2004
45.	Litouwen	In werking	26-01-1994	01-04-1995
46.	Macau	In werking	22-05-2008	01-05-2009
47.	Macedonië	In werking	07-07-1998	01-06-1999
48.	Malawi	In werking	11-12-2003	01-11-2007
49.	Maleisië	In werking	15-06-1971	13-09-1972
50.	Mali	In werking	13-07-2003	01-03-2005
51.	Malta	In werking	10-09-1984	01-07-1985
52.	Marokko	In werking	23-12-1971	27-07-1987
53.	Mexico	In werking	13-05-1998	01-10-1999
54.	Moldavië	In werking	26-09-1995	01-05-1997
55.	Mongolië	In werking	09-03-1995	01-06-1996
56.	Montenegro	In werking	29-01-2002	01-03-2004
57.	Mozambique	In werking	18-12-2001	01-09-2004

58.	Namibië	In werking	26-11-2002	01-10-2004
59.	Nicaragua	In werking	28-08-2000	01-01-2003
60.	Nigeria	In werking	02-11-1992	01-02-1994
61.	Oeganda	In werking	30-05-2000	01-01-2003
62.	Oekraïne	In werking	14-07-1994	01-06-1997
63.	Oezbekistan	In werking	14-03-1996	01-07-1997
64.	Oman	In werking	19-09-1987	01-02-1989
65.	Pakistan	In werking	04-10-1988	01-10-1989
66.	Panama	In werking	28-08-2000	01-09-2001
67.	Paraguay	In werking	29-10-1992	01-08-1994
68.	Peru	In werking	27-12-1994	01-02-1996
69.	Polen	In werking	07-09-1992	01-02-1994
70.	Roemenië	In werking	19-04-1994	01-02-1995
71.	Rusland	In werking	05-10-1989	01-08-1991
72.	Senegal	In werking	03-08-1979	05-05-1981
73.	Servië	In werking	29-01-2002	01-03-2004
74.	Singapore	In werking	16-05-1972	07-09-1973
75.	Slovenië	In werking	24-09-1996	01-08-1998
76.	Slowakije	In werking	29-04-1991	01-10-1992
77.	Soedan	In werking	22-08-1970	27-03-1972
	<i>Bevat geen ISDS-clausule</i>			
78.	Sri Lanka	In werking	26-04-1984	01-05-1985
79.	Suriname	In werking	31-03-2005	01-09-2006
80.	Tadzjikistan	In werking	24-07-2002	01-04-2004
81.	Tanzania	In werking	31-07-2001	01-04-2004
82.	Thailand	In werking	06-06-1972	03-03-1973
83.	Tsjechië	In werking	29-04-1991	01-10-1992
84.	Tunesië	In werking	11-05-1998	01-08-1999
85.	Turkije	In werking	27-03-1986	01-11-1989
86.	Uruguay	In werking	22-09-1988	01-08-1991
87.	Vietnam	In werking	10-03-1994	01-02-1995
88.	Jemen	In werking	18-03-1985	01-09-1986
89.	Zambia	In werking	30-04-2003	01-03-2014

90.	Zimbabwe	In werking	11-12-1996	01-05-1998
91.	Zuid-Korea	In werking	12-07-2003	01-03-2005

Verdragen die nog niet van kracht zijn

	Land	Status	Datum ondertekening	Datum inwerkingtreding
92.	Brazilië	Getekend, nog niet van kracht	25-11-1998	-
93.	Chili	Getekend, nog niet van kracht	30-11-1998	-
94.	Eritrea	Getekend, nog niet van kracht	02-12-2003	-
95.	Verenigde Arabische Emiraten	Getekend, nog niet van kracht	26-11-2013	-

Beëindigde verdragen

	Land	Status	Datum ondertekening	Datum inwerkingtreding
96.	Bolivia	Beëindigd	10-03-1992	01-11-1994
97.	Venezuela	Beëindigd	22-10-1991	01-11-1993
98.	Zuid-Afrika	Beëindigd	09-05-1995	01-05-1999
99.	Indonesië	Beëindigd	06-04-1994	01-07-1995

Multilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten

	Onderwerp	Status	Datum ondertekening	Datum inwerkingtreding
100.	Energie Handvest Verdrag	In werking	24-04-1998	21-01-2010

Bijlage 2: Wob-verzoek gericht aan de Nederlandse ministeries

Geachte heer/mevrouw,

Op basis van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) verzoek ik u mij de volgende documenten/informatie te verstrekken:

1. De documenten/informatie die inzichtelijk maken met welke landen de Nederlandse staat ooit een handelsverdrag heeft gesloten, welke handelsverdragen nog lopen en welke handelsverdragen zijn opgezegd. Een overzicht hiervan mag ook indien u dat beter uitkomt. Wanneer u kiest voor een overzicht, wordt u wel gevraagd aan te geven in welke handelsverdragen een *Investor-State Dispute Settlement*-clausule (ISDS-clausule) is opgenomen.
2. De documenten/informatie behorende bij de tegen de Nederlandse staat aangespannen en/of gevoerde arbitragezaken over investeringsgeschillen voortvloeiend uit een (vermeende) schending van een internationaal handelsverdrag. Wanneer deze arbitragezaken vooraf of gedurende het proces zijn geschikt, verzoek ik u ook deze documenten/informatie beschikbaar te maken.
3. De documenten/informatie (bv. de communicatie met externe partijen) waaruit blijkt dat beleidsvoornemens in het verleden niet zijn vertaald naar daadwerkelijke wet- en regelgeving (bv. kaderwetten, AMvB's en/of ministeriële regelingen), omdat die wet- of regelgeving zou kunnen leiden tot een door een buitenlandse investeerder aangespannen arbitragezaak over een investeringsgeschil tegen de Nederlandse staat.
4. De documenten/informatie (bv. de communicatie met externe partijen) waaruit blijkt dat beleidsvoornemens in het verleden zijn aangepast/gewijzigd, omdat de vertaling van het oorspronkelijke beleidsvoornemen naar wet- of regelgeving (bv. kaderwetten, AMvB's en/of ministeriële regelingen) zou kunnen leiden tot een door een buitenlandse investeerder aangespannen arbitragezaak over een investeringsgeschil tegen de Nederlandse staat.

Het bovenstaande is een verzoek zoals bedoeld in artikel 6 eerste lid van de Wet openbaarheid van bestuur. Met verwijzing naar de termijn die is genoemd in artikel 6, eerste lid van de Wob verzoek ik u mij de gevraagde informatie binnen de wettelijke termijn van vier weken toe te sturen. Indien u kosten in rekening brengt voor het maken van kopieën e.d. verzoek ik u mij hiervan per e-mail vooraf op de hoogte te brengen.