

DECEMBER 2015

NIEUW SYSTEEM INVESTERINGSBESCHERMING

IN TTIP **WAAROM HET ICS NIETS VERANDERD AAN DE FUNDAMENTELE BEZWAREN TEGEN ISDS**



Investeringsbescherming binnen het TTIP-verdrag is een heikel punt dat erg veel maatschappelijke weerstand oproept. Investeringsbescherming is een geschillenbeslechtsmechanisme dat buitenlandse investeerders vergaande rechten geeft om staten aan te klagen als de winsten van een bedrijf benadeeld worden door overheidsbeleid. 97 procent van de duizenden deelnemers aan de publieke consultatie die de Europese Commissie in 2014 organiseerde, gaf aan geen ISDS in TTIP te willen. Inmiddels wordt door de EU, en ook door nationale lidstaten zoals Nederland, erkend dat het huidige systeem van investeringsverdragen onwenselijk is en hervormd moet worden. Er wordt gewerkt aan een nieuw geschillenbeslechtsysteem, het zogenaamde Investment Court System (ICS).

Het nieuwe arbitragesysteem van de EU voorkomt geen van de tot nu toe bekende uitwassen van arbitrage. Het nieuw voorgestelde ICS-systeem kent weliswaar wat verbeteringen, maar er ontstaan weer nieuwe problemen. De hervormingen, zoals verbetering van transparantie en aanpakken van partijdigheid van arbiters, die de EU en Nederland voorstellen zijn echter vooral cosmetisch van aard. Ze zijn volstrekt onvoldoende om de juridische basisvoorwaarden, zoals onafhankelijkheid, eerlijkheid en openheid te garanderen. Bovendien worden

de fundamentele bezwaren tegen deze manier van verzekeren van bedrijfsrisico niet opgelost. In deze analyse tonen wij aan dat alle bekende zaken die onder ISDS tot uitwassen leidden binnen ICS nog steeds mogelijk zouden zijn en analyseren we de manco's van dit nieuwe systeem. Volgens de advocaten die optreden in investeringsclaims verandert er niets: de bepalingen op basis waarvan een zaak wordt beslist blijven goeddeels ongemoeid.

Investment Court System misleidend

Sinds de start van de onderhandelingen over TTIP, is er steeds meer beroering ontstaan over ISDS. Dit beruchte geschillenbeslechtsmechanisme maakt het transnationale bedrijven en investeerders mogelijk om staten te dagen voor een internationaal tribunaal. Drie commerciële arbiters mogen beslissen of overheden klagende bedrijven en investeerders moeten compenseren voor wijzigingen in regelgeving en beleid als die een negatief effect hebben op de winstpositie van de klagers. De hoogte van de claims en de schadevergoedingen die worden toegekend komen ten laste van de belastingbetaler en brengen het risico met zich mee dat beleid uit angst voor hoge claims wordt afgezwakt of geparkeerd.

In reactie op de groeiende commotie, presenteerde de Europese Commissie op 12 november 2015 een voorstel voor een herzien geschillenbeslechtsmechanisme. De Europese Commissie wil ISDS omvormen tot ICS – een Investment Court System. Dit voorstel, dat de onderhandelingsinzet moet worden van Europa in de TTIP-besprekingen met de VS, zou tegemoet komen aan de belangrijkste bezwaren.

Op een zeer beperkt aantal punten is het voorstel een verbetering. Echter, meer fundamentele bezwaren blijven bestaan. De naam ICS – Investment Court System – is misleidend. Ad hoc investeringsarbitrage zoals onder ISDS wordt niet vervangen door een volwaardig hof met alle juridische waarborgen die daaraan verbonden zijn. ICS vormt ISDS niet om van een privaat geschillenbeslechtsysteem tot een volledig transparant publiek systeem met gekwalificeerde rechters. Het systeem is niet volledig transparant. Het gaat niet om gekwalificeerde rechters.

In het voorstel worden de arbiters omgedoopt tot 'rechters'. Maar de facto stelt het voorstel slechts dat deze 'rechters' 'moeten beschikken over de kwalificaties die in hun eigen land worden geëist om een gerechtelijk ambt te bekleden'. De bepaling dat ook 'gekwalificeerde juristen' tot 'rechters' mogen worden

benoemd, maakt het zelfs mogelijk dat arbiters uit het huidige ISDS-systeem in deze lijst worden opgenomen. Daar komt bij dat deze 'rechters' geen volwaardig onafhankelijke positie krijgen – een vastgesteld basissalaris wordt aangevuld met een hoge dagvergoeding per procesdag. Hoe meer zaken, hoe meer een 'rechter' verdient. Daarmee blijft de perverse procedurele prikkel om expansief te oordelen in het belang van de enige partij die een zaak kan aanspannen, te weten de buitenlandse investeerder, onverminderd bestaan. Volgens recente UNCTAD-cijfers wordt ruim 60 procent van het aantal investeringsgeschillen in het voordeel van de investeerder geschikt.¹ De gedragscode in het voorstel verhindert ICS-'rechters' niet om op te treden als commercieel betaalde arbiter in investeringsgeschillen die langs een ander geschillenbeslechtsforum worden aangespannen. Belangenverstremming wordt niet duidelijk gedefinieerd en blijft daarmee levensgroot aanwezig.

Publieke kosten, private winsten: wie verdient er aan ICS?

Investeringsgeschillenbeslechting blijft ook een vetpot voor internationale advocatenkantoren. Zij verdienen goudgeld aan investeringsclaims: Volgens een OESO-studie uit 2012 duurt een gemiddeld geschil 3-5 jaar en kunnen de

juridische kosten oplopen van gemiddeld 8 miljoen tot wel 30 miljoen dollar.² Net als onder ISDS, worden in het nieuwe ICS-voorstel uitsluitend de rechten van investeerders beschermd. Zij worden niet gebonden aan enige bindende en afdwingbare verplichting voor maatschappelijk verantwoord ondernemen, zoals het respecteren van milieu- en sociale normen, of standaarden op het gebied van volksgezondheid en veiligheid.

GEEN GELIJK RECHT VOOR BURGERS

Burgers die lijden onder de handelwijze van grote multinationals – bij hebben op geen enkele manier dezelfde middelen om hun rechten af te dwingen als buitenlandse investeerders onder ISDS of ICS. Wrang detail: Nederland en de EU weigeren vooralsnog deel te nemen aan VN-onderhandelingen voor een verdrag met bindende regels voor bedrijven, dat hen verantwoordelijk stelt voor schade die zij veroorzaken, en slachtoffers van mensenrechtenschendingen door bedrijven toegang geeft tot het recht. Als bedrijven het milieu vervuilen of arbeiders uitbuiten, blijven zij nu nog al te vaak straffeloos. Normen voor maatschappelijk verantwoord ondernemen zijn nog altijd goeddeels vrijwillig.

Transnationale bedrijven en investeerders behouden in ICS de mogelijkheid om zonder meer de nationale rechter te omzeilen en rechtstreeks te kiezen voor een internationale rechtsgang. Dit is volledig in strijd met het in het internationaal recht gebruikelijke principe dat eerst nationale rechtsmiddelen moeten worden uitgeput, of moet worden aangetoond dat men geen toegang heeft tot de nationale rechter of daar geen eerlijk proces kan verwachten.

'Prijskaartje' aan beleid blijft

ICS is arbitrage in een nieuw jasje. ICS blijft een systeem dat het investeerders mogelijk maakt eenzijdig de soevereine beleidsbeslissingen van staten aan te vechten en daarvoor hoge financiële compensatie te eisen. Dit hangt een potentieel prijskaartje aan beleidsverandering. Het risico is vooraf niet vast te stellen: arbiters beslissen in het ICS-systeem – net als onder ISDS – achteraf of genomen maatregelen legitiem of noodzakelijk waren. Schadevergoedingen worden in het nieuwe ICS-voorstel niet gemaximeerd. De trend de afgelopen jaren laat zien dat claims en toegekende schadevergoedingen gestaag oplopen. [grafiek invoegen] Regulatory chill, waarbij beleid onder druk van (de dreiging van) claims wordt afgezwakt of geparkeerd, is niet uitbannen. Investeringsclaims gericht tegen

overheidsmaatregelen op het gebied van zorg, milieu, sociaal- of belastingbeleid blijven onverminderd mogelijk. Het recht om te reguleren wordt onder ICS beter verankerd in het investeringshoofdstuk, en ook wordt duidelijk gemaakt dat investeerders niet mogen verwachten dat het regelgevend klimaat niet verandert. Maar een buitenlandse investeerder kan nog altijd claimen dat overheidsmaatregelen een indirecte onteigening vormen of inbreuk maken op het recht op een eerlijke en billijke behandeling. Een geschillenbeslechtingstribunaal bepaalt vervolgens of de gewraakte maatregelen noodzakelijk en/of proportioneel en niet onnodig handelsbelemmerend waren. Zelfs als een overheid maatregelen neemt voor een publiek doel en conform de wet, op niet discriminerende wijze, dan is zij steeds verplicht om buitenlandse investeerders daarvoor prompt, adequaat en effectief te compenseren.

ISDS zaken

Vattenfall vs Duitsland

Zaken als Vattenfall v. Duitsland, waarin het moederbedrijf van Nuon een claim van 4,7 miljard euro heeft neergelegd ter compensatie van de politieke beslissing van Duitsland om kernenergie uit te bannen, blijven mogelijk onder ICS. Net als onder ISDS, kunnen multinationals in het ICS- systeem aanvoeren dat dit soort maatregelen in strijd is met een

eerlijke en billijke behandeling, of dat er inbreuk wordt gemaakt op hun legitieme verwachtingen t.a.v. een stabiel investeringsklimaat. Een ander verweer kan zijn dat maatregelen discriminerend of disproportioneel zijn, geen aantoonbaar publiek belang dienen of dat er minder handelsbelemmerende manieren hadden kunnen gevonden om de gewenste maatschappelijke doelstelling te bereiken. Alles hangt af van de mate waarin arbiters in dit soort redeneringen willen meegaan. In het nieuwe ICS-voorstel worden de “rechters” nog altijd voor een groot deel worden betaald op basis van het aantal aangebrachte zaken. Daarmee ondervinden zij een perverse prikkel om het systeem aantrekkelijk te houden voor de enige partij die zaken kan aanbrengen, te weten de buitenlandse investeerder, en zullen zij – zoals de huidige praktijk ook laat zien – geneigd zijn investeringsbeschermingsbepalingen op te rekken en in het voordeel van die investeerder te interpreteren. Volgens de jongste cijfers van de OECD wordt ruim 60 procent van de zaken gewonnen door de investeerder.³

Philp Morris tegen Uruguay en Australië of de miljardenclaim van een tabaksgigant

Philip Morris tegen Uruguay en Australië vanwege maatregelen om in het belang van de volksgezondheid het roken te ontmoedigen ook onder ICS mogelijk.

Noodmaatregelen om een crisis zoals die van 2008 het hoofd te bieden kunnen nog steeds achteraf een extra prijskaartje krijgen – al worden de bepalingen omtrent herstructurering van staats-schulden in Annex II van het voorstel wel aangescherpt.

Exxon Mobil klaagt Nederland aan

Het is een hypothetisch geval, maar zeker niet denkbeeldig: Als Nederland onder TTIP de gaskraan in Groningen verder zou dichtdraaien, dan kan Exxon Mobil – dat als buitenlandse investeerder voor 50% eigenaar is van de NAM dat in Groningen aardgas wint – een claim voor compensatie neerleggen bij de Nederlandse overheid. Die zou hoog kunnen oplopen, zeker als arbiters misgelopen toekomstige winst verdisconteren in hun schadevergoeding. De Nederlandse staat moet dan maar zien aan te tonen dat de maatregel van het dichtdraaien van de gaskraan een publiek belang dient, noodzakelijk is, legitiem en proportioneel – dit alles aan het oordeel van arbiters.

Ongekende uitbreiding investeringsgeschillenbeslechting

Terwijl de VN oproept tot het afschaffen van investeringsgeschillenbeslechting vanwege de impact op mensenrechten, de democratie en de soevereiniteit van staten (zie kader), komt de EU met een

voorstel voor een aangepast ISDS. De hervormingen in ICS moet dienen als legitimering voor een enorme uitbreiding van het systeem – met alle risico's van dien.

VN-RAPPORTEURS SPREKEN ZICH UIT TEGEN ISDS

Alfred de Zayas, Speciaal VN-Rapporteur voor de Promotie van een Democratische en Rechtmatige Internationale Orde, noemt ISDS een staatsgreep door bedrijven. De VN-experts zijn duidelijk: Investeringsgeschillenbeslechting is een systeem dat niet kan worden gerepareerd, maar in zijn geheel moet worden afgeschaft.⁴ Investeringsgeschillen moeten worden opgelost bij de nationale rechter, of eventueel in een internationaal investeringshof. Maar dat ziet er bij De Zayas heel anders uit dan het voorstel voor ICS. De Zayas pleit voor een hof met permanente rechters en beroeps-kamers, dat transparant functioneert onder de rechtsstaat en gebonden is aan een statuut dat de mensenrechten, het algemeen belang en soevereiniteit vooropstelt, en eenzijdigheid verbiedt, zodat niet alleen investeerders maar ook staten het recht hebben om zaken aanhangig te maken.⁵

Nu nog wordt slechts 1 procent van de Amerikaanse investeringen gedekt door ISDS – op grond van 9 investeringsbeschermingsovereenkomsten (IBO's) die de Amerikanen hebben afgesloten met Centraal- en Oost-Europese landen – Bulgarije, Kroatië, Tsjechië, Estland, Letland, Litouwen, Polen, Roemenië, Slowakije en Tsjechië – voor hun toetreding tot de EU. TTIP breidt de mogelijkheid van investeringsgeschillenbeslechting – of je die nu ISDS of ICS wilt noemen – uit naar de volle 100 procent van de Amerikaanse investeringen in de EU en vice versa. Ruim 47.000 Amerikaanse bedrijven in de EU kunnen straks desgewenst een claim indienen. Nu al lopen er op grond van de Amerikaanse IBO's 9 investeringsclaims – tegen Polen, Roemenië, Tsjechië en Estland.

BESLUITEN VAN LAGERE OVERHEDEN KUNNEN LEIDEN TOT CLAIMS

In Canada eist het bedrijf Lone Pine ruim 250 miljoen dollar schadevergoeding, omdat de provincie Quebec besloot tot een moratorium op fracking, oftewel het zeer omstreden winnen van schaliegas. Investeringsbescherming in TTIP (en CETA – het vrijhandelsverdrag EU-Canada dat binnenkort ter ratificatie wordt voorgelegd) strekt zich uit tot de besluiten en aanbestedingen van lagere overheden. Niet voor niets spre-

ken daarom steeds meer gemeenten en provincies in Nederland en in andere Europese landen zich uit tegen TTIP. In Nederland hebben diverse buitenlandse investeerders, waaronder het Canadese Gallic Energy en het Amerikaanse BNK Petroleum, aanvragen ingediend voor het (proef)boren naar schaliegas.⁶ Mocht Nederland onder TTIP en CETA de voorwaarden voor het winnen van schaliegas willen aanscherpen of het boren helemaal verbieden, dan zijn van Amerikaanse en Canadese bedrijven met een vergunning claims te verwachten.

Respect

Investeringsbeleid dient zich te richten op het beschermen van publieke belangen in plaats van, tegen hoge maatschappelijk kosten, aanjagen van private winsten. Mensenrechten, milieubescherming en economische democratisering dienen hier centraal in te staan. Bedrijven zijn verantwoordelijk voor de gevolgen van hun handelen en een internationaal recht zou dit principe moeten ondersteunen. Dergelijk beleid dient in overeenstemming te zijn met democratische beginselen, de uitgangspunten van de rechtstaat, respect voor mensenrechten en de natuurlijke leefomgeving en het klimaat. Voor internationale politieke en economische

risico's van bedrijven zijn er alternatieven voor handen. We hebben geen ISDS of ICS nodig. In plaats van een systeem dat bedrijfsrisico's afschuift op de belastingbetaler, kunnen bedrijven deze risico's in de bedrijfsvoering internationaliseren, ze hebben toegang tot nationaal en daarna internationaal recht en er zijn commerciële verzekeringen beschikbaar.

Meer informatie

Europese Commissie, TTIP textual proposal on investment protection and investment court system 12 november 2015. > http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf

Seattle to Brussels Network, ISDS: Courting foreign investors: Why the Commission's proposal for an "Investment Court System" still fails to address the key problems of foreign investors' privileges. > <http://www.s2bnetwork.org/isds-courting-foreign-investors/>



1 <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2015/06/itn-breaking-news-june-2015-isds-who-wins-more-investors-or-state.pdf>

2 http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_3.pdf

3 Zie: <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2015/06/itn-breaking-news-june-2015-isds-who-wins-more-investors-or-state.pdf>

4 <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031>

5 <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16461&LangID=E#sthash.paaXafGF.dpuf>

6 <https://www.schaliegasvrij.nl/de-situatie-in-nederland/>

Colofon

Dit is een annex bij de publicatie 'Feiten & Fabels: 10 claims over TTIP' van PAJ, SOMO en TNI.

De volledige publicatie en informatie over de publicatie is te vinden op www.somo.nl, www.authentiekejournalistiek.org, of www.tni.org en www.stopttip.nl/feitenfabels

Auteurs Roeline Knottnerus, Roos van Os en Hilde van der Pas

Vormgeving Karen Paalman, www.getlos.nl

Illustraties Milo Rottinghuis, www.milo.nu

ISBN 978-94-6207-065-3

September 2015



Deze publicatie is mede mogelijk gemaakt met financiële steun van de Europese Commissie (d.m.v. het project: "Making EU investment work for sustainable development"), het Nederlandse Ministerie van Buitenlandse Zaken en het Sigrid Rausing Fonds. De auteurs zijn exclusief verantwoordelijk voor de inhoud van de publicatie en de wijze waarop deze gebruikt wordt.