

Profiting from injustice

How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom



Gepubliceerd door het Transnational Institute (TNI) en Corporate Europe Observatory (CEO) in November 2012.

Samenvatting

In de laatste twee decennia zijn we getuige geweest van de stille opkomst van een machtig investeringsregime dat honderden landen heeft verstrikt in een systeem dat bedrijfswinsten boven mensenrechten en het milieu stelt.

Internationale investeringsverdragen zijn overeenkomsten tussen staten die bepalen wat de rechten van investeerder in elkaars gebieden zijn. Ze worden door vermogende bedrijven gebruikt om overheden aan te klagen indien zij hun beleid op een dergelijke manier veranderen dat de verwachte winst lager zou kunnen uitvallen – zelfs als deze aanpassingen tot doel hebben de publieke gezondheid of het milieu te beschermen. Eind 2011 waren er wereldwijd meer dan 3.000 internationale investeringsverdragen, die een enorme groei aan juridische claims bij internationale hoven van arbitrage tot gevolg hadden. De kosten van deze juridische zaken kunnen enorm oplopen voor overheden, wat tot gevolg heeft dat sociale en milieuwetgeving wordt afgezwakt en de belastingdruk wordt verzaamd, vaak in landen met zorgwekkende sociaal- economische omstandigheden.

Echter, terwijl de financiële en sociale gevolgen almaar zichtbaarder worden is één sector grotendeels verborgen gebleven voor het oog van het publiek: de juridische sector die heeft geprofiteerd van de enorme groei aan claims. Dit rapport werpt voor het eerst licht op de hoofdrolspelers in de investerings-arbitrage industrie; de advocatenkantoren, arbiters en financiers van juridische geschillen die enorme winsten behalen uit de rechtszaken tegen overheden.

Het rapport toont aan dat de mensen werkzaam in de arbitrage sector verre van passieve begunstigten zijn van het internationaal investeringsrecht. Het zijn actieve spelers, met sterke persoonlijke en commerciële banden met multinationale bedrijven en prominente rollen in de academische wereld die het internationale investeringsregime met verve verdedigen. Niet alleen zijn ze op zoek naar iedere mogelijkheid om overheden aan te klagen, ze voeren eveneens een actieve campagne tegen iedere mogelijke hervorming van het internationale investeringsregime.

Het internationale investeringsarbitrage systeem werd gerechtvaardigd en opgezet door westerse overheden met het argument dat een eerlijk en neutraal geschillenbeslechtingsstelsel nodig was om de investeringen van hun bedrijven te beschermen tegen de vooringenomenheid en corruptie binnen de nationale rechtelijke instanties. Investeringsarbiters zouden als hoeders van het regime optreden.

Het is echter duidelijk geworden dat de arbitrage industrie geen eerlijke en neutrale tussenpersoon is, maar dat zij gevestigde belangen heeft bij het bestendigen van een investeringsregime dat de rechten van investeerders vertegenwoordigt ten kosten van democratisch verkozen overheden en soevereine staten. Er is een zichzelf dienende multi-miljoenen industrie gebouwd, gedomineerd door een kleine, exclusieve club van kantoren en advocaten wiens onderlinge verbondenheid en financiële belangenverstrengeling grote zorgen baren wat betreft hun taak om eerlijke en onafhankelijke oordelen te vellen.

Dit alles resulteert er in dat de arbitrage sector medeverantwoordelijk is voor een internationaal investeringsregime dat niet eerlijk noch onafhankelijk is, maar bevooroordeeld in het belang van het bedrijfsleven.

Belangrijkste bevindingen:

1. **Het aantal arbitrage zaken, evenals het geld dat er in om gaat, is in de laatste twee decennia gestegen** van 38 zaken in 1996 (geregistreerd bij het ICSID, onderdeel van de Wereld Bank), tot 450 staat-investeerder arbitrage zaken in 2011. De hoeveelheid geld die er in om gaat is eveneens fors gestegen. Bedrijven betrokken bij 151 investeringsarbitrage zaken eisten in 2009/2010 ten minste 100 miljoen USD van staten.
2. **Deze groei aan arbitrage zaken heeft tot enorme winsten geleid voor investeringsadvocaten, opgehoest door belastingbetalers.** Juridische- en arbitrage zaken kosten gemiddeld meer dan 8 miljoen USD per investeerder-staat geschil en kosten in sommige gevallen meer dan 30 miljoen USD per zaak. Top advocatenkantoren rekenen 1.000 USD per uur, per advocaat- waarbij er vaak hele teams op een zaak worden gezet. Arbiters verdienen eveneens exorbitante salarissen; tot bijna 1 miljoen USD in een van de onderzochte zaken. Deze bedragen worden verhaalt op de belastingbetaler, vaak in landen waar de bevolking geen toegang heeft tot de meest essentiële publieke diensten. Zo betaalde de Filippijnse overheid 58 miljoen USD in twee zaken aangespannen door de Duitse luchthavenexploitant Fraport; een budget waarvan de salarissen van 12.500 docenten of de vaccinatie van 3.8 miljoen kinderen tegen ziekten als TB, difterie, tetanus en polio hadden kunnen worden betaald.
3. **De internationale investeringsarbitrage industrie wordt gedomineerd door een kleine, hechte groep van advocatenkantoren en arbiters, allen gevestigd op het Noordelijk halfrond.**
 - a) Drie toonaangevende advocatenkantoren – Freshfields (UK), White & Case (US) en King & Spalding (US) – zeggen betrokken te zijn geweest bij maar liefst 130 investeringsverdragzaken in 2011.
 - b) Slechts 15 arbiters, bijna allemaal uit Europa, de VS of Canada, hebben 55% van alle investeringsverdragzaken besloten. Deze kleine groep van advocaten, door een geïnterviewde aangeduid als ‘inner mafia’ zitten in dezelfde arbitrage panels, treden op als arbiters maar ook als adviseurs en roepen elkaar zelfs op als getuigen in arbitrage zaken. Deze ontwikkeling heeft gezorgd dat er binnen de bredere juridische gemeenschap steeds meer zorgen worden geuit over diepgaande belangenverstrengelingen.
4. **Arbiters hebben de neiging de rechten van investeerders boven het algemeen belang te stellen, een inherente pro-business vooringenomenheid onthullend.** Meerdere prominente arbiters hebben in het bestuur gezeten van multinationals, inclusief die bedrijven die arbitragezaken tegen ontwikkelingslanden hebben ingediend. Bijna alle arbiters delen het geloof in het belang van het beschermen van private winsten. In de meeste zaken betreffende beslissingen in het algemeen belang, zoals de beslissingen die in Argentinië werden genomen in de context van haar economische crisis, hebben arbiters niets anders dan de verloren winsten in overweging genomen. Bovendien lieten veel arbiters zich negatief uit over een voorstel van Bruno Simma, rechter aan het Internationaal Gerechtshof, om meer oog te hebben voor internationale milieu- en mensenrechten regelgeving in investeringsarbitrage zaken.
5. **Advocatenkantoren gespecialiseerd in arbitrage zaken, zoeken iedere mogelijkheid om landen aan te klagen en moedigen zaken tegen overheden in crisis aan,** met als meest recente voorbeelden Griekenland en Libië, en promoten het gebruik van meerdere investeringsverdragen om er op financieel gebied het meeste uit te halen. Ze moedigen multinationals aan het dreigen met arbitragezaken als een politiek wapen te gebruiken om wetten betreffende volksgezondheid of milieubescherming af te zwakken. Op deze manier zijn investerings-advocaten de nieuwe ‘ambulance chasers’ geworden: advocaten die ambulances achterna rijden om nieuwe cliënten te vinden.
6. **Investeringsadvocaten, waaronder exclusieve arbiters, hebben op agressieve wijze investeringsarbitrage naar voren geschoven als een noodzakelijk conditie voor het binnenhalen van buitenlandse investeringen, ondanks dat het bewijs het tegendeel beweert.** Risico’s voor staten bij het toetreden tot investeerder-staat arbitrage worden gebagatelliseerd of weggewuifd.
7. **Investeringsadvocaten hebben er bij overheden op aangedrongen investeringsverdragen te tekenen, gebruik makend van een begrippenkader dat de mogelijkheden voor procesvoering maximaliseert. Daarbij is gebruik gemaakt van vaag verwoorde verdragsbepalingen om het aantal zaken te verhogen.** Statistisch onderzoek gebaseerd op 140 investeringsverdragzaken toont aan dat arbiters een expansieve (aanklager-vriendelijke) interpretatie van verscheidene clausules hebben toegepast, zoals bij het concept van investeringen. Tegelijkertijd hebben arbitrage advocaten een restrictieve benadering toegepast van internationaal recht op het gebied van mensen- en sociale rechten.

8. **Arbitrage advocatenkantoren, alsmede exclusieve advocaten, hebben hun invloedrijke posities gebruikt om actief te lobbyen tegen iedere mogelijke hervorming van het internationale investeringsregime, voornamelijk in de VS en de EU.** Dit heeft er in de VS al toe geleid dat Obama's voorstel voor aanpassingen in het beleid van de overheid om meer invloed uit te kunnen oefenen op investeringsverdragen is tegengehouden. Verschillende arbiters hebben eveneens publiekelijk landen vermaand die vragen stelden bij het internationale investeringsregime.
9. **Er is sprake van een draaideur tussen investeringsadvocaten en beleidsmakers bij de overheid; hetgeen een onrechtvaardig investeringsregime stimuleert.** Verschillende investeringsadvocaten waren voorheen hoofdonderhandelaren bij investeringsovereenkomsten (van vrijhandelsverdragen tot investeerders-bescherming hoofdstukken) en verdedigen hun overheden in investeerder-staat geschillen. Anderen worden actief gezocht als adviseurs en opiniemakers door overheden en beïnvloeden op die manier de wetgeving.
10. **Investeringsadvocaten hebben een stevige grip op het academische discours wat betreft investeringsrecht en arbitrage.** Men publiceert het grootste deel van de academische artikelen, maakt deel uit van 74% van de redacties van de belangrijkste academische tijdschriften en laat meestal na te melden dat ze persoonlijk belang hebben bij het systeem. Dit geeft aanleiding tot bezorgdheid wat betreft academische objectiviteit en onafhankelijkheid.
11. **Het investeringsarbitragesysteem raakt meer en meer verweven met de speculatieve financiële wereld,** met investeringsfondsen om investeerder-staat geschillen te bekostigen in ruil voor een aandeel in de toegewezen beloning of schikking. Dit leidt naar alle waarschijnlijkheid tot een toename in arbitrages, stijging aan kosten voor armere overheden, en geeft aanleiding tot bezorgdheid wat betreft belangenconflicten door dit dichte web aan persoonlijke relaties die financiers, arbiters, advocaten en investeerders aan elkaar bindt. Bedrijven als Juridica (UK), Burford (US) en Omni Bridgeway (NL) zijn al een vast onderdeel van het internationale arbitragesysteem geworden, in afwezigheid van iedere vorm van regulering van hun activiteiten. De financialisering van investeringsarbitrage gaat inmiddels al zo ver dat er voorstellen zijn ingediend om rechtszaken in pakketten te verkopen aan derde partijen, in navolging van de rampzalige credit default swaps die de wereldwijde financiële crisis mede hebben veroorzaakt.

Enkele landen beginnen zich te realiseren hoe onrechtvaardig en inconsistent het internationale investeringsarbitragesysteem is, en hebben aangegeven van plan te zijn zich terug te trekken. In de lente van 2011 stelde de Australische overheid dat het niet langer investeerder-staat geschillenbeslechting provisie in haar handelsverdragen zou opnemen. Bolivia, Ecuador en Venezuela hebben inmiddels een aantal investeringsverdragen beëindigd en zich teruggetrokken uit het ICSID. Argentinië, overspoeld met investeerders-vorderingen gerelateerd aan noodwetgeving ten tijde van de economische crisis in 2001-2002, heeft geweigerd aan de uit de arbitrage voortvloeiende kosten/verplichtingen te voldoen. Zuid Afrika is bezig met een grondige herziening van haar investeringsbeleid om deze beter af te stemmen met haar ontwikkelingsdoelstellingen en heeft onlangs aangegeven geen nieuwe investeringsverdragen meer aan te gaan of oude te hernieuwen als deze zijn verlopen.

Deze terugslag is niet onopgemerkt gebleven onder leden van de internationale arbitrage sector. Enkele ingewijden gaan de confrontatie aan met de nieuw ontstane uitdagingen met voorstellen voor meer transparantie. Maar deze voorstellen gaan voorbij aan het feit dat het internationale arbitragesysteem gebreken heeft die inherent aan het systeem zijn, evenals een pro-business vooringenomenheid. Wij zijn van mening dat enkel een hervorming van het systeem, waarbij milieu- en mensenrechten boven bedrijfswinsten worden gesteld, de nodige veranderingen waar zou kunnen maken. Om te beginnen zullen bestaande investeringsovereenkomsten teniet moeten worden gedaan en er geen nieuwe meer getekend worden.

Desalniettemin zijn er ook binnen het huidige systeem stappen te nemen om de macht van de arbitrage sector te verminderen. Dit rapport dringt aan op een omschakeling naar onafhankelijke, transparante adjudicative instellingen, waar de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters is veiliggesteld; de introductie van strenge regelgeving om belangenverstrengeling tegen te gaan; een vastgestelde maximale hoogte voor juridische kosten; en grotere transparantie wat betreft het lobbyen van bedrijfstak bij overheden.

Deze stappen alleen zullen niet genoeg zijn om het investeerder-staat arbitragesysteem te hervormen. Zonder overheden die loskomen van investeringsarbitrage zal het systeem in het voordeel blijven van big business en een hoogst lucratieve arbitrage sector.