
Europese Commissie houdt vast aan arbitrage-tribunalen in TTIP

Korte analyse van het aangepaste voorstel van de Europese Commissie d.d. 16-09-2015 - Halfslachtige aanpassingen lossen problemen rond investeerdersbescherming niet op



Europese Commissie houdt vast aan arbitragetribunalen in TTIP

Korte analyse van het aangepaste voorstel van de Europese Commissie d.d. 16-09-2015 - Halfslachtige aanpassingen lossen problemen rond investeerdersbescherming niet op

De Europese Commissie probeert de aanzwellende kritiek op het Trans-Atlantisch Vrijhandelsverdrag TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership) op halfslachtige wijze te pareren. In september vorig jaar presenteerde de Europese Commissie een aangepast voorstel om tegemoet te komen aan de kritiek op de omstreden investeringsbescherming (Investor-State Dispute Settlement – ISDS) in handelsverdragen als CETA en TTIP, en lanceerde een nieuw investeringstribunaal onder de noemer ICS: Investment Court System¹.

Dit nieuwe voorstel lost echter weinig op. De fundamentele kritiek op het arbitragesysteem - ISDS of ICS – blijft onveranderd: het is een oplossing voor een niet bestaand probleem, de rechten van buitenlandse bedrijven worden boven de rechten van binnenlandse concurrenten geplaatst, staten blijven het risico lopen (buitensporig hoge) schadevergoedingen te moeten betalen als ze hun beleid veranderen en nationaal en Europees recht wordt ondergeschikt gemaakt aan de vage en breed geformuleerde bepalingen in het handelsverdrag.

De uiterst omstreden bijzondere rechten van buitenlandse investeerders om claims in te dienen bij een ISDS-tribunaal blijven ook in het nieuwe voorstel buiten schot. In het huidige voorstel behouden buitenlandse bedrijven het recht internationale arbitragetribunalen te gebruiken om claims in te dienen (en om enorme schadevergoedingen te eisen) tegen nationaal beleid – bijvoorbeeld wetgeving bedoeld om de volksgezondheid en het milieu te beschermen of de lokale economie te versterken.

TTIP biedt buitenlandse bedrijven een breed scala aan mogelijkheden om dit soort claims in te dienen. Daardoor stijgt het risico dat staten lopen om aangeklaagd te worden – dit ten koste van het publieke belang aan beide kanten van de Atlantische Oceaan². Na een vurig debat in Europa over noodzakelijke veranderingen aan TTIP³, bepleitte ook het Europees Parlement een „nieuw systeem“ om geschillen te beslechten: een systeem dat zou voldoen aan democratische en juridische standaarden. Daarnaast eiste het Europees Parlement ook dat buitenlandse investeerders niet „meer rechten zouden mogen krijgen dan binnenlandse investeerders“⁴. Het concept dat EU-commissaris Malmström nu heeft gepresenteerd bewijst echter dat de Europese Commissie nog altijd niet bereid is om de investeerdersbescherming structureel aan te passen. Ondanks enkele stapjes in de goede richting blijft het bij cosmetische verbeteringen van het bestaande systeem. Ook is de Europese Commissie er niet in geslaagd de materiële investeerdersrechten effectief in te perken. Deze investeerdersrechten geven de belangen van buitenlandse bedrijven voorrang op het algemeen belang en concurrerende bedrijven. Op de kern van de kritiek op ISDS gaat het voorstel van de Commissie nauwelijks in (zie onder een gedetailleerd overzicht van de kritiekpunten).

1 Zie de concepttekst van de Europese Commissie m.b.t. het TTIP Investment Chapter v. 16.09.2015: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf, evenals de factsheet van de KOM – in het Engels: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5652_nl.htm.

2 Over de kritiek op ISDS in TTIP – vervangend voor velen: Pia Eberhardt, „Investitionsschutz am Scheideweg – TTIP und die Zukunft des globalen Investitionsrechts, Internationale Politikanalyse“, mei 2014, met problematische voorbeelden uit de praktijk op pagina 7 en 12 – Duitstalig: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/10773-20140603.pdf>.

3 Zie Powershifts analyse van eerdere voorstellen (Duitstalig): „Sie bewegen sich – doch nicht“, v. 20.05.2015:: <http://power-shift.de/wordpress/wp-content/uploads/2015/05/PowerShift-Analyse-ISDS-Reformdebatte-Sie-bewegen-sich-doch-nicht-Mai2015.pdf>.

4 Zie het besluit van het Europees Parlement van 8 juli 2015 met aanbevelingen voor de TTIP-onderhandelingen, 2014/2228(INI), pagina 15 xv: „to replace the ISDS system with a new system for resolving disputes between investors and states“: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+PDF+VO//EN>.

Er is geen enkele overtuigende reden om ISDS op te nemen in TTIP. Buitenlandse investeerders worden zowel in de EU als in de Verenigde Staten al beschermd door Europees (of nationaal) en Amerikaans recht. Daarom is er absoluut geen behoefte aan aparte arbitragemogelijkheden⁵. Dit is overigens ook het standpunt van de huidige Duitse regering⁶. Het eigendom en de verwachte winst van buitenlandse bedrijven worden in het voorstel van de Europese Commissie exclusief beschermd. Ze krijgen daarmee „meer rechten“ dan andere partijen. Dit is niet alleen discriminatoir, maar beschermt investeerders ook tegen legitieme, op democratische wijze tot stand gekomen beleidsveranderingen⁷.

Bovendien is het eenvoudig om voldoende rechtszekerheid voor investeerders te waarborgen: dat kan nu al via de reeds bestaande verboden op discriminatie^{8,9}. Deze verboden bieden zekerheid voor investeerders en geven staten tegelijkertijd de beleidsruimte om het publieke belang te dienen. De Europese Commissie poogt in haar voorstel met een extra bepaling¹⁰ te waarborgen dat staten het recht behouden hun eigen beleid te maken („right to regulate“), maar dat is niet voldoende. Het recht om wetten te maken staat namelijk officieel niet ter discussie bij de beslissingen over investeringsclaims. Die gaan enkel over de nadelige gevolgen die een buitenlandse investeerder hiervan kan ondervinden. In het ICS voorstel is het „right to regulate“ slechts een vage richtlijn¹¹. De investeerders genieten deze privileges zonder tot iets verplicht te worden – bijvoorbeeld op het gebied van werkgelegenheid, het garanderen van mensen-, werknemers- en consumentenrechten of het voldoen aan milieunormen en gezondheidsrichtlijnen.

Het voorgestelde „Investment Court System“ (ICS) mag in naam een „rechtbank“ zijn, maar helpt in werkelijkheid alleen buitenlandse investeerders om hun belangen door te drukken. Individuen die benadeeld worden door de praktijken van multinationals (bijvoorbeeld loondumping, ontbrekende arbo-bescherming, onteigening en milieuverontreiniging) maken ook in de toekomst geen aanspraak op – desnoods internationale – rechtsbescherming. ISDS en ook ICS tribunalen zijn er alleen voor de claims van buitenlandse investeerders.

5 Zie de analyse van PowerShift voor een uitvoerige uiteenzetting van de tegenargumenten van de Europese Commissie, (Fn. 3), pagina 3 e.v.

6 Zie de toespraak van Sigmar Gabriel – de Duitse minister van Economische Zaken – in het Duitse parlement, 25-09-2014 (Duitstalig): http://www.spd.de/aktuelles/123966/201040925_gabriel_rede_ceta_bundestag.html.

7 Vooral het breed geformuleerde recht op Fair and Equitable Treatment (FET) in Paragraaf 2 Art. 3.1-4 en de bescherming tegen indirecte onteigening (Indirect Expropriation), Paragraaf 2 Art. 5.1 - 2 en annex I.

8 Vooral het zogenoemde National Treatment in Art. 2-3 van het conceptvoorstel van de EC bij de algemene bepalingen voor het TTIP Chapter on Trade in Services, Investment and E-Commerce v. 31-07-2015: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153669.pdf, vgl. ook het vorzugswürdig beperkte Art. 3 van het in opdracht van het Duitse ministerie van Economische Zaken door Markus Krajewski, hoogleraar Volkenrecht, opgestelde model, Duitstalig: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/modell-investitionsschutzvertrag-mit-investor-staat-schiedsverfahren-gutachten,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

9 Hiervoor pleit ook de deskundige van het Duitse ministerie van Economische Zaken, zie de opmerking van Krajewski op pagina 10: „Daarom verdient het aanbeveling om – in het kader van handelsovereenkomsten met de VS of andere staten met een functionerende en met Duitsland vergelijkbare rechtsstaat, FET en indirecte onteigening te schrappen en alleen antidiscriminatiestandaarden op te nemen.“

10 Paragraaf 2 Art. 2. 1 en 2 (Investment and regulatory measures/objectives).

11 Zie het kritiekpunt over Right to Regulate.

De garantie van onafhankelijkheid blijft ook binnen het voorgestelde ICS nog altijd achter bij de gangbare internationale normen. ICS-arbiters treden niet in dienst van het tribunaal en worden in essentie per zaak betaald¹². Dit geeft de arbiters een duidelijk belang bij het behandelen van een zo hoog mogelijk aantal claims. Het zijn precies dit soort structurele prikkels voor een investeerdersvriendelijke houding die het centrale probleem vormen. De voor de hand liggende oplossing zou natuurlijk zijn om rechters in dienst te nemen van het tribunaal, onafhankelijk van het aantal rechtzaken te vergoeden en in principe te verbieden om naast hun rol als arbiter bijbanen uit te oefenen (om elke vorm of schijn van belangenverstremming te vermijden). De Europese Commissie heeft dit zelf erkend,¹³ maar heeft deze eisen niet in de ICS concepttekst vastgelegd. Zij neemt genoeg met de mogelijkheid om het verdrag op een later moment aan te passen¹⁴. Een bizarre keuze: deze verandering zal politiek nagenoeg onhaalbaar zijn omdat zij de instemming van de onwelwillende Verenigde Staten zal vereisen. Het voorstel van de EU is daarom geen acceptabel antwoord op de huidige problemen met investeerdersbescherming in internationale handelsverdragen.

Het voorstel van Commissie bevat wel enkele verbeteringen ten opzichte van de geplande verdragen met Canada (Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA) en Singapore. Claimende investeerders hebben bijvoorbeeld geen invloed meer op de selectie van arbiters. De arbiters worden vooraf geselecteerd, voor een vaste periode benoemd en willekeurig gekozen per rechtzaak¹⁵. De rechtszekerheid en controle op arbiters worden versterkt door een nieuwe beroepsinstantie (het Appeal Tribunal) dat uitgebreidere mogelijkheden biedt om tegen uitspraken in beroep te gaan¹⁶. Het is opvallend dat de Europese Commissie van plan is om CETA zelfs zonder deze minimale aanpassingen te ratificeren. Investeerdersbescherming in CETA en TTIP kunnen niet los van elkaar worden behandeld. De nauwe economische verbondenheid op het

Noord-Amerikaanse continent maakt het voor veel Amerikaanse investeerders immers mogelijk om via dochterondernemingen in Canada eenvoudigweg het gunstigste handelsverdrag te kiezen. In de huidige vorm is zowel CETA als TTIP onacceptabel.

12 Zie paragraaf 3 Art. 9.12 en 9.14, Art. 10.12 waarin staat beschreven dat, met uitzondering van de president, slechts een beperkte vergoeding voor beschikbaarheid is opgenomen, verder van zaak tot zaak en afhankelijk van tijdsduur wordt vergoed.

13 Vgl. de speech van Cecilia Malmström, de Eurocommissaris voor Handel, voor de Commissie Internationale Handel van het EP op 18-03-2015, pagina 3: europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-4624_en.pdf: „Of course, this [proposal] does not go the whole way to creating a permanent investment court, with permanent judges who would have no temptation to think about future business opportunities”.

14 Paragraaf 3 Art. 9.15, Art. 10.14.

15 Paragraaf 3 Art. 9.2, 9.5 en 9.7, Art. 10.3, 10.5 en 10.9.

16 Paragraaf 3 Art. 10 en 29.

KRITIEK OP ISDS

IS HET VOORSTEL VAN DE EUROPESE COMMISSIE
EEN VERBETERING?

I. FUNDAMENTELE KRITIEK.

ISDS is een oplossing voor een niet bestaand probleem. De beschikbare bescherming van eigendom en investeringen is sterk, de bestaande rechtssystemen zijn betrouwbaar. Dat geldt zeker voor ontwikkelde staten en gemeenschappen als de EU, de VS en Canada.

Nee. De kern van ISDS blijft behouden. Het voorgestelde ICS is slechts een licht aangepaste variant van ISDS. TTIP verhoogt het risico voor de EU om aangeklaagd te worden enorm – en dat terwijl aantal ISDS-claims ieder jaar toeneemt.

II. MATERIËLE INVESTEERDERSPRIVILEGES

Buitenlandse investeerders krijgen exclusieve rechten, die bovendien buitengewoon vaag en breed zijn geformuleerd, zoals bijvoorbeeld de aanspraak op een „faire en rechtvaardige behandeling („fair and equitable treatment“, afgekort FET) en het verbod op „indirecte onteigening“. In talrijke vonnissen werden deze formuleringen gebruikt om investeerders schadevergoedingen toe te kennen in reactie op de gevolgen van niet-discriminatoire, nationale wetgeving.

Nee. De vage opvatting van FET maakt claims tegen allerlei beleid mogelijk. Zo is expliciet in de tekst opgenomen dat het arbitrage-tribunaal, bij de vraag of nationaal beleid botst met het FET-recht, in overweging mag nemen of gerechtvaardigde verwachtingen van de investeerders worden gedwarsboemd. Er staat weliswaar in de tekst dat deze richtlijn niet betekent dat staten hun beleid nooit mogen veranderen – maar wat er nadrukkelijk niet staat is dat voor zulke veranderingen geen schadevergoedingen opgelegd zullen worden. De ISDS-vonnissen tot nu toe geven geen aanleiding tot optimisme dat de zeer brede interpretatie van de FET-clausule snel zal veranderen.

De opgerekte definities van „onteigening“ en „investering“ beschermen eigendom en vermogen op een manier die ver uitstijgt boven het nationale en Europese recht. Volgens de bijlage over „onteigening“ (zoals ook opgenomen in het Amerikaanse standaardverdrag dat de VS met andere landen heeft afgesloten) kan nationaal beleid – uitdrukkelijk „in uitzonderingsgevallen“ – als indirecte onteigening worden gezien, bijvoorbeeld wanneer de arbiters het als onevenredig beoordelen.

KRITIEK OP ISDS

Niet-discriminerend beleid in het publieke belang, wordt niet effectief beschermd tegen ISDS-claims.

IS HET VOORSTEL VAN DE EUROPESE COMMISSIE EEN VERBETERING?

Niet echt. Het publieke belang kan alleen afdoende worden beschermd door investeerdersbescherming te beperken tot een discriminatieverbod en alle bepalingen die verder gaan, zoals FET en indirecte onteigening, te schrappen. Het „right to regulate“, ofwel het recht van staten om nationaal beleid aan te nemen of te veranderen, beschermt nationale wet- en regelgeving absoluut niet tegen de vergaande investeerdersbescherming in handelsverdragen. Arbiters behouden de mogelijkheid om democratisch tot stand gekomen beleid als contractbreuk te beoordelen. Een Amerikaanse onderhandelaar merkte op dat een veroordeling van een tribunaal geen juridische consequenties heeft. De veroordeelde staat is na zo'n oordeel „slechts“ verplicht een schadevergoeding te betalen, niet om het beleid te veranderen. Vanzelfsprekend heeft de verplichting schadevergoedingen te betalen, of het risico hierop vanwege buitenlandse investeerders die dreigen met claims, een intimiderend effect op regeringen. Dat kan er toe leiden dat voorgenomen beleidsveranderingen die in het publieke belang zijn niet worden doorgezet. De arbiters hoeven geen rekening te houden met het intimiderende effect van hun handelen, omdat hun oordeel technisch gesproken geen invloed op het beleid heeft.

Het „right to regulate“ is beperkter en zwakker dan het klinkt. De regering die zich verdedigt moet de arbiters ervan overtuigen dat voorgenomen beleid „noodzakelijk“ is om een concreet maatschappelijk doel te bereiken en dat dit doel „legitiem“ is.

KRITIEK OP ISDS

Via een zogenoemde parapluclausule (umbrella clause) wordt de investeringsbescherming uitgebreid naar andere verdragen en contracten tussen buitenlandse investeerders en de staat. De parapluclausule zorgt ervoor dat conflicten uit contracten op basis van TTIP voor een ISDS tribunaal mogen worden uitgevochten. Zelfs als deze contracten expliciet stellen conflicten lokaal of nationaal moeten worden opgelost. Deze parapluclausule overruledt deze afspraken.

Bepalingen over vrij kapitaalverkeer zijn niet verenigbaar met beleid om kapitaalstromen te controleren of belasting te heffen op financiële transacties.

De hoogte van de schadevergoedingen is niet gebaseerd op de daadwerkelijk veroorzaakte schade, maar gaat veel verder. Met buitensporige schadeloosstellingen als gevolg.

IS HET VOORSTEL VAN DE EUROPESE COMMISSIE EEN VERBETERING?

Nee. Ook in het voorstel van de Europese Commissie is een dergelijke parapluclausule opgenomen. In TTIP gaat ICS daarmee verder dan het bekritiseerde CETA waarin geen parapluclausule is opgenomen.

Tot nu toe niet. De tekst bevat de verplichting tot vrij verkeer van kapitaal, zoals ook bekend uit andere vrijhandelsvereenkomsten. Ze verhindert daarmee de invoering van controles en belastingen. Een commentaar bij het voorstel stelt dat voorschriften over de handelswijze bij internationale economische crises nog zullen worden toegevoegd. De betreffende regelingen – bijvoorbeeld in de GATS-overeenkomst (General Agreement on Trade in Services) – zijn tot nu ontoereikend gebleken en kunnen legitieme controles van kapitaalverkeer niet voldoende beschermen, ICS zal hier geen verandering in brengen.

Nee. Het voorstel gaat nog steeds uit van schadeloosstelling voor verwachte (en dus nog niet behaalde) toekomstige winsten van een buitenlandse investeerder. Dit gaat verder dan traditionele eigendomsbescherming in nationale wetgeving en discrimineert bovendien binnenlandse bedrijven. Het leidt tot veel hogere schadevergoedingen, zoals bleek uit het voorbeeld van Yukos, een Russisch oliebedrijf dat een zaak aanspande tegen de Russische staat. De Yukos-eigenaren kregen na lang doorprocederen van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een schadevergoeding 1,9 miljard euro toegewezen. Voor hetzelfde geval kende een ISDS-tribunaal op basis van het Energie Charta maar liefst 50 miljard dollar toe.

KRITIEK OP ISDS

De multi-interpretabele rechten van investeerders worden niet gekoppeld aan concrete plichten voor investeerders.

ISDS-uitspraken kunnen in tegenspraak zijn met andere verplichtingen, bijvoorbeeld met Europese wet- en regelgeving, en kunnen staten zo in een onmogelijke positie brengen. Een goed voorbeeld hiervan is de zaak *Micula vs. Roemenië* waarbij subsidies die waren toegezegd aan het bedrijf *Micula* moesten worden geschrapt, omdat ze als staatssteun werden aangemerkt. Een ISDS-tribunaal kende het bedrijf vervolgens een schadevergoeding toe voor het schrappen van beloofde subsidies. De betaling van deze schadevergoeding botst vervolgens weer met Europees recht, omdat de illegale staatssteun zo de facto blijft bestaan.

IS HET VOORSTEL VAN DE EUROPESE COMMISSIE EEN VERBETERING?

Nee. TTIP krijgt nog wel een duurzaamheidsparagraaf, maar daarin zullen waarschijnlijk geen bindende verplichtingen voor investeerders worden opgenomen. Individuele benadelingen en de maatschappij in het algemeen hebben binnen TTIP geen efficiënt middel om bedrijven bijvoorbeeld te verplichten mensenrechten te respecteren.

Deels. Het voorstel bevat een duidelijk op de *Micula*-zaak geïnspireerde passage (paragraaf 2, art. 2.4), waarin staat dat de overeenkomst niet op dusdanige wijze geïnterpreteerd mag worden dat overheden gehinderd worden als eenmaal verleende steun proberen terug te eisen. De Commissie gaat echter voorbij aan het feit dat er veel meer problematische situaties zullen ontstaan. Nog altijd kan het tribunaal staten opleggen een schadevergoeding te betalen voor veel nieuw op te stellen wet- en regelgeving die in lijn zijn met nationaal of EU-recht (bijv. voorschriften m.b.t. milieu- of consumentenbescherming). Andere duidelijke conflicten ontstaan bijvoorbeeld bij het belastingrecht, bij aansprakelijkheid voor milieunormen of bij boetes. De plicht aan deze financiële verantwoordelijkheden te voldoen kunnen investeerders compenseren door schadeloosstellingen te eisen.

KRITIEK OP ISDS

IS HET VOORSTEL VAN DE EUROPESE COMMISSIE
EEN VERBETERING?

III. ORGANISATIE VAN HET ISDS (SAMENSTELLING EN PROCEDURES)

ISDS geeft uitsluitend buitenlandse investeerders het recht de nationale Europese gerechtshoven te vermijden en claims in te dienen (of eerder afgewezen claims opnieuw te laten behandelen) bij bijzondere tribunalen. Dat ondermijnt de rechtsstaat en creëert procedurele privileges voor buitenlandse investeerders. Dit terwijl binnenlandse concurrenten, maatschappelijke organisaties en burgers structureel worden benadeeld.

Nee. Buitenlandse investeerders zijn niet verplicht eerst de weg langs de nationale rechtbanken te volgen en kunnen het nationale recht volledig vermijden door direct naar het ISDS-tribunaal te stappen. Niets kan ze ook verhinderen een zaak eerst voor nationale rechtbanken uit te vechten en daarna – als het vonnis ze niet bevalt – het opnieuw te proberen via ISDS. Eventuele processen bij nationale rechtbanken moeten wel eerst afgesloten zijn voordat ISDS aan een zaak kan beginnen. Het is theoretisch zelfs mogelijk beide systemen tegelijkertijd in te zetten door bij een nationale rechtbank het opheffen van een bepaalde wet te eisen en parallel hieraan tegelijk een schadevergoeding voor deze wet bij het ISDS te eisen.

ISDS-tribunalen hebben de vrije hand; ze zijn niet gebonden aan jurisprudentie en er is geen sluitend controlesysteem.

Deels. Er is een nieuwe beroepinstantie gecreëerd (met uitgebreidere beroepsmogelijkheden dan bij bestaande ISDS-overeenkomsten). De arbiters zijn echter nog steeds niet gebonden aan jurisprudentie – in eerste noch in de tweede instantie.

ISDS creëert een systeem waarbij arbiters worden geprikkeld om ten gunste van de investeerders te oordelen. Alleen buitenlandse investeerders kunnen claims indienen en beslissen voor de helft mee bij de arbitersselectie. De arbiters krijgen geen vaste vergoeding, maar worden per zaak betaald door de betrokken partijen. Deze combinatie creëert bij investeerders een financiële prikkel om claims te accepteren en schadevergoedingen op te leggen.

Deels. Buitenlandse investeerders hebben geen invloed meer op de selectie van de arbiters, zij worden willekeurig gekozen uit een vaste pool „rechters“. Toch zijn investeerders nog altijd de enigen die claims kunnen indienen en hebben arbiters nog steeds een duidelijk financieel belang aan het behandelen van een zaak. De proceskosten – inclusief de betaling van de arbiters – worden nog steeds voornamelijk gedragen door de betrokkenen (dit afgezien van een relatief geringe tegemoetkoming van 2000,- Euro per maand beschikbaar te zijn). Dit kan weliswaar op een later moment aangepast worden. Maar het valt sterk te betwijfelen of het zal lukken om over te gaan op het uitkeren van vaste salarissen als dat niet van begin af aan in de overeenkomst wordt vastgelegd. In het meest waarschijnlijke geval houden arbiters dus een financiële prikkel om claims door bedrijven welwillend te behandelen.

KRITIEK OP ISDS

ISDS-arbiters worden betaald afhankelijk van de lengte van een zaak. Dat creëert een prikkel om processen – op kosten van de belastingbetaler – zo lang mogelijk te rekken.

ISDS-arbiters kunnen als advocaat van investeerders optreden in andere ISDS-zaken of beslissen over investeerders waarmee zij financiële banden mee hebben. Dat leidt tot belangenverstrengeling.

„Investering“ is zeer breed gedefinieerd. Dit geeft bedrijven de mogelijkheid om veel wet- en regelgeving aan te vechten zonder daadwerkelijk in het buitenland te investeren.

IS HET VOORSTEL VAN DE EUROPESE COMMISSIE EEN VERBETERING?

Nee. Arbiters van het ICS worden ook in de toekomst per zittingsdag betaald, zoals vastgelegd in de ICSID-regels. In het voorstel staat weliswaar dat het proces in de eerste instantie binnen 18 maanden moet zijn afgerond, maar het staat de „rechtbanken“ vrij om deze termijn te overschrijden. Zolang ze maar een reden aangeven.

Deels. In het voorstel staat dat arbiters niet bij een zaak betrokken mogen worden als dat tot een belangenconflict kan leiden. Verder mogen ze gedurende de periode van een zaak niet als advocaat optreden bij andere ISDS-zaken. De criteria voor belangenverstrengeling zijn verder helaas buitengewoon vaag geformuleerd. De voorgestelde aanpak om belangenconflicten te beperken levert is licht aangepast ten opzichte van de (tot nu toe vaak gebruikte) ICSID-regels. Het voordeel hiervan is dat het in toekomst niet meer nodig om alle arbiters te overtuigen van de partijdigheid van een arbiter, om deze van het proces uit te sluiten. Die beslissing is nu aan de president van het ICS-„hof“. Het nadeel is dat deze persoon een arbiter is. Deze beslissing is alleen aan te vechten tijdens de beroepsprocedure, en dan alleen in uitzonderlijke gevallen.

Nee. De definitie van „investering“ is even breed als in eerdere handelsovereenkomsten. „Investerings“ zijn volgens deze opvatting verschillende soorten bezit, bijvoorbeeld aandelen, gebruiksrechten, aanspraken en zelfs concessies of intellectuele eigendomsrechten.

KRITIEK OP ISDS

Bedrijven uit derde landen – dus landen die niet aan de overeenkomst gebonden zijn – kunnen claims indienen en binnenlandse bedrijven kunnen via hun buitenlandse vestigingen een claim indienen bij een ISDS-tribunaal tegen hun eigen regering.

Investeerders kunnen „treaty shoppen“ en zo de handelsovereenkomsten uitzoeken op basis waarvan ze een ISDS-claim indienen. Hiervoor is het alleen nodig vestigingen in verschillende landen te openen of een andere organisatievorm te kiezen.

Door ISDS-claims getroffen derden hebben onvoldoende rechten.

IS HET VOORSTEL VAN DE EUROPESE COMMISSIE EEN VERBETERING?

Nee. In de concepttekst staat niets dat dit zou verhinderen. Er mag vanuit worden gegaan dat de methode gelijk zal zijn aan het CETA-concept en het standaardhandelsverdrag van de VS. Dat betekent dat een investeerder alleen indien wanneer er geen „substantiële economische activiteit“ aangetoond kan worden een zaak onontvankelijk kan worden verklaard. Dit is echter een veel te beperkte voorwaarde, want het is voor multinationals geen enkel probleem hun onderneming daar op de passende wijze op in te richten.

Deels. Het voorstel bepaalt dat het tribunaal een zaak mag weigeren als duidelijk is dat de klager een investering slechts gedaan heeft om een claim in te kunnen dienen. Maar het is lastig om treaty shopping te bewijzen als de claim korte tijd na de investering wordt ingediend. De aangeklaagde staat moet bewijzen dat het strijdpunt al te voorzien was op het moment van aankoop. De arbiters behouden ook hier veel interpretatieruimte.

Deels. In het concept is een nieuw interventierecht voorzien voor iedereen met een „direct belang“ bij het proces. De omvang van dit recht blijft echter onduidelijk. Of dit interventierecht ook open staat voor belangenorganisaties, die vaak als enige in staat zijn om effectief te strijden voor milieu- en consumentenbelangen, blijft ter beoordeling van de arbiters. Ook het bestaande recht om schriftelijke stukken in te dienen als amicus curiae legt weinig gewicht in de schaal. De arbiters zijn niet verplicht deze stukken mee te wegen in de beslissing.



Vertaling van Duits naar Nederlands door foodwatch, in samenwerking met de auteurs / februari 2016

Redactie:

foodwatch Nederland · Fizeaustraat 23 · 1097 SC Amsterdam

Jurjen de Waal · jurjen.de.waal@foodwatch.nl

www.foodwatch.nl

Wij danken Ben Beachy (Sierra Club), Maritta Strasser (Campact) en Malte Marwedel (universitair medewerker, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg) voor hun bijdrage aan deze analyse.