

Vergaderjaar 2013–2014

21 501-02

Raad Algemene Zaken en Raad Buitenlandse Zaken

Nr. 1397

BRIEF VAN DE MINISTER VOOR BUITENLANDSE HANDEL EN ONTWIKKELINGSSAMENWERKING

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 25 juni 2014

Nederlandse ondernemers behoren mondiaal tot de grootste buitenlandse investeerders. In de Verenigde Staten staan Nederlandse bedrijven jaar in jaar uit in de top 3 van buitenlandse investeerders. Hun investeringen zorgen voor economische groei en werkgelegenheid hetgeen zowel de Nederlandse als de lokale economie ten goede komt. Ondernemers nemen hierbij financiële risico's. Bij schade door toedoen van het gastland, zoals onrechtmatige onteigening, oneerlijke behandeling, discriminatie en beperkingen voor het overmaken van kapitaal zou de ondernemer in de gelegenheid gesteld moeten worden om compensatie te vragen. Een recent voorbeeld is de zaak die televisiezender Al Jazeera onlangs is gestart tegen Egypte, nadat dat land de persvrijheid beknotte. Egypte verstoorde het signaal van Al Jazeera en leegde beslag op eigendom van de zender.¹

In de discussie met uw Kamer en met betrokken (maatschappelijke) partijen staat het principe van investeringsbescherming niet ter discussie. Vrijwel alle partijen zijn het erover eens dat wanneer Nederlandse bedrijven buitenlandse investeringen doen, zij ook in staat moeten worden gesteld om eventuele schade aan die investeringen te verhalen. Als de bescherming niet adequaat is geregeld, zal dat bedrijven kopschuwen maken, hetgeen de Nederlandse economie schade berokkent en ten koste gaat van (lokale) werkgelegenheid.

Dit laat onverlet dat er zorgen bestaan over de vormgeving van de investeringsbescherming. Deze zorgen zijn o.a. verwoord in de motie Van Ojik c.s. (Kamerstuk 33 750 XVII, nr. 42) inzake het opnemen van geschillenbeslechting door middel van *Investor to State Dispute Settlement*

¹ Zie Financial Times, «Al Jazeera sues Egypt for USD 150 million after crackdown on journalists», 28 april 2014, <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/7ff2210c-cec0-11e3-ac8d-00144feabdc0.html#axzz355EDyXJs>.

(investeerder-staat-geschillenbeslechting; ISDS) in het voorgenomen handelsakkoord tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten, ook bekend als het *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP).

De indieners vrezen dat ISDS internationaal opererende bedrijven de mogelijkheid biedt om de nationale rechtsgang te omzeilen. Gevreesd wordt dat dit tot hoge schadevergoedingen en dure procedures kan leiden en dat buitenlandse arbiters over nationale maatregelen gaan oordelen. Daarom wordt de regering verzocht een onderzoek in te stellen naar «de potentiële sociale en milieurisico's en de gevolgen van ISDS voor Nederland en naar de financiële risico's voor de Nederlandse overheid».

Tijdens het Algemeen Overleg RBZ Handelsraad d.d. 24 april 2014 heb ik u toegezegd ook de UNCTAD-voorstellen ter zake in de studie mee te laten nemen. Bijgevoegd treft u het onderzoek «The Impact of Investor-State-Dispute Settlement in the Transatlantic Trade and Investment Partnership»². Het onderzoek is uitgevoerd door professor Christian Tietje van de Universiteit Halle in Duitsland en professor Freya Baetens van de Universiteit Leiden, Ecorys voerde de economische en (geo)politieke analyse uit, die in de studie verwerkt is.

In deze brief ga ik eerst in op de bevindingen van de onderzoekers en zal ik de zorgen, zoals genoemd in de motie Van Ojik c.s., adresseren. Vervolgens ga ik specifiek in op voorstellen van de onderzoekers inzake de beperking van ISDS gerelateerde risico's, en zal daar mijn opvatting daarbij geven. Tenslotte ga ik in op de vervolgstappen die ik op basis van het onderzoek zie.

Onderzoek «The Impact of Investor-State-Dispute Settlement in the Transatlantic Trade and Investment Partnership»

De motie Van Ojik c.s. verzoekt om een overzicht van de potentiële kansen en risico's van ISDS in TTIP. Daartoe hebben de onderzoekers de effecten van investeringsbeschermingsovereenkomsten (IBO's) onderzocht, waarbij de VS partij is, te weten het Noord-Amerikaanse vrijhandelsverdrag (NAFTA) en het Centraal-Amerikaanse vrijhandelsverdrag (CAFTA). NAFTA (sinds 1994 in werking) is een van de belangrijkste vrijhandelsverdragen, die de VS afgesloten heeft en waaronder een groot aantal investeringsarbitragezaken gevoerd zijn. CAFTA (sinds 2006 in werking) is een recenter vrijhandelsverdrag, waarin nieuwe inzichten ten aanzien van investeringsbescherming en ISDS zijn opgenomen. In deze beide verdragen hebben partijen afspraken gemaakt over investeringsbescherming en ISDS. Het model dat hiervoor is gehanteerd, vormt ook nu nog grotendeels de basis voor de Amerikaanse onderhandelingsinzet in TTIP. De analyse van de NAFTA/CAFTA-praktijk geeft derhalve het meest betrouwbare inzicht in de praktijkuitwerking van ISDS-afspraken met de Verenigde Staten.

De onderzoekers is gevraagd de diverse investeringsclaims en jurisprudentie onder deze NAFTA- en CAFTA-akkoorden in kaart te brengen. Deze analyse is vervolgens gekoppeld aan een economische analyse van de Amerikaanse investeringen in Nederland en de EU (zowel de huidige investeringen, als de verwachte extra investeringen als gevolg van TTIP). De onderzoekers hebben daarbij gekeken naar de impact die de NAFTA- en CAFTA-verdragen hebben gehad op de beleidsvrijheid van betrokken overheden. Er is gekozen om juist ook de Europese dimensie mee te nemen in de studie, omdat investeringsbescherming sinds het Verdrag van Lissabon een Europese competentie is. De onderzoekers is verzocht

² Raadpleegbaar via www.tweedekamer.nl.

om bestaande studies over ISDS in TTIP (waaronder een studie van LSE³) in de analyse te verwerken. Voorts hebben de onderzoekers in kaart gebracht welke filtermechanismen er bestaan om eventuele, ongewenste gevolgen van ISDS te mitigeren. Hierbij is hen gevraagd alle relevante studies te verwerken, zoals de door uw Kamer genoemde UNCTAD-studie⁴.

Gedurende het onderzoek is contact geweest met betrokken stakeholders, onder andere door middel van een stakeholderbijeenkomst die op 17 april jl. plaatsvond, waarvan u het verslag heeft ontvangen (Kamerstuk 21 501-02, nr. 1382).

Met betrekking tot de risico's die worden genoemd in de motie Van Ojik c.s. komen de onderzoekers tot de volgende conclusies.

Sociale en milieurisico's

Ten eerste vraagt de motie Van Ojik c.s. om de potentiële sociale en milieurisico's in kaart te brengen. Deze risico's volgen uit de zorg dat de Nederlandse wetgever mogelijk onvoldoende ruimte behoudt om (ook) in de toekomst maatregelen te nemen om publieke belangen te borgen («regulatory chill»). Uit de studie blijkt dat het merendeel van de NAFTA- en CAFTA-claims betrekking had op maatregelen die specifiek tegen een bepaalde investeerder gericht waren (bijvoorbeeld het niet verlenen van een vergunning) en amper op algemene wetgeving (zoals tegen een bepaalde milieuwet). Uit een andere studie⁵ is gebleken dat slechts 9% van alle zaken die door het International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) zijn afgehandeld, wetgevende maatregelen betroffen. Datzelfde beeld komt ook bij de NAFTA-zaken naar voren, waarbij opvalt dat alle NAFTA-claims die betrekking hadden op wetgevende maatregelen ongegrond zijn bevonden.

Om deze reden stellen de onderzoekers dat het risico van een «regulatory chill» beperkt is. Zij merken wel op dat voor bepaalde sectoren, zoals de voedselverwerkende industrie en de chemische industrie, door de hogere mate van regulering in die sectoren, een groter risico voor ISDS-claims bestaat en dus een iets hoger risico voor «regulatory chill».

Financiële risico's

Ten tweede vraagt de motie Van Ojik c.s. om de financiële risico's voor Nederland in kaart te brengen.

Uit het onderzoek blijkt dat Amerikaanse investeerders verhoudingsgewijs minder investeringsclaims aanhangig maken dan Europese investeerders.⁶ Binnen NAFTA zijn tot nu toe 73 claims aanhangig gemaakt, 34 tegen Canada, 20 tegen de Verenigde Staten en 19 tegen Mexico. Investeerders hebben in 8 van de 73 NAFTA-zaken gewonnen. De hoogte

³ Costs and benefits of an EU-US Investment Protection Treaty: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/260380/bis-13-1284-costs-and-benefits-of-an-eu-usa-investment-protection-treaty.pdf.

⁴ UNCTAD Investment Policy Framework for Sustainable Development (2012): http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2012d5_en.pdf.

⁵ J. Caddel en N. Jensen, «Which Host Country Government Actors are Most Involved in Disputes with Foreign Investors?», Columbia FDI Perspectives: Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment (No. 120, 28 April 2014), <http://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac:173529>.

⁶ Volgens de studie hebben Amerikaanse investeerders 125 investeringsclaims ingediend, terwijl alle Europese investeerders samen genomen 225 investeringsclaims aanhangig hebben gemaakt, paragraaf 38.

van schadevergoeding die in NAFTA-ISDS-zaken vastgesteld werd, is lager vergeleken met andere zaken wereldwijd. Ten aanzien van alle ISDS-claims valt op dat 43% van de investeringsgeschillen door staten is gewonnen, terwijl 31% door investeerders is gewonnen, 26% van de zaken is geschikt. 22% van de ISDS-claims werd door particulieren of zeer kleine bedrijven ingediend, terwijl 50% door middelgrote en grote multinationals gestart werd, de overige 28% van de claims door bedrijven waarover geen publieke informatie beschikbaar is aanhangig gemaakt.

De gemiddelde proceskosten voor een ISDS-claim bedragen USD 8 miljoen per partij. De onderzoekers wijzen erop dat in toenemende mate het «loser pays all» principe wordt toegepast. Mocht de investeerder de zaak verliezen, dan worden de proceskosten dus niet doorbelast naar de Staat tegen wie de claim gestart werd, hetgeen de kosten van een ISDS-claim verlaagt. De onderzoekers geven verder aan dat het volgen van de nationale rechtsgang niet per definitie voordeliger hoeft te zijn voor de Staat. Ook de kosten van procedures voor de nationale rechter kunnen aanzienlijk oplopen, zeker in geval van hoger beroep. Kortom, de stelling dat nationale procedures per definitie goedkoper zouden zijn, wordt door de onderzoekers betwijfeld.

Nederland loopt mogelijk wel een financieel risico via de Europese Unie. De recentelijk afgeronde verordening voor de financiële aansprakelijkheid bij investeringsgeschillen⁷ kan er toe leiden dat Nederland via haar contributie aan de begroting van de EU mee moet betalen indien een maatregel van de EU in strijd wordt bevonden met een investeringsverdrag zoals TTIP. In deze verordening is afgesproken hoe de EU-lidstaten zullen omgaan met investeringsclaims die een buitenlandse investeerder tegen een EU-lidstaat of de Europese Unie als geheel start. De verordening bevat afspraken over de verdediging bij een claim en afspraken over de kostenverdeling tussen de EU en haar lidstaten. In geval een lidstaat een ISDS-claim krijgt door een handeling die in strijd is met de Europese regelgeving, moet de betrokken lidstaat zelf volledig voor de kosten opdraaien. Indien een claim tegen de EU wordt aangespannen gericht op Europese regelgeving, komen de lasten hiervan voor de begroting van de EU en zal Nederland hieraan bijdragen door middel van de reguliere afdrachten.

Nederland heeft zich er hard voor ingezet dat lidstaten hun eigen soevereiniteit over hun verdediging konden behouden en heeft hiervoor binnen de Raad een meerderheid weten te verwerven. Hierdoor dragen de lidstaten ook de eigen kosten (proceskosten en eventuele uit te keren schadevergoedingen) en hoeven andere lidstaten hier niet aan mee te betalen. Daarnaast zijn de mogelijkheden van de Europese Commissie om investeringsgeschillen van de lidstaten over te nemen beperkt, waardoor de EU-begroting minder belast zal worden.

De onderzoekers concluderen dan ook dat de finale versie van de verordening voor de financiële aansprakelijkheid voor investeringsgeschillen de risico's voor de lidstaten aanzienlijk heeft beperkt.

⁷ Verordening financiële aansprakelijkheid in verband met scheidsgerichten voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten die zijn ingesteld bij internationale overeenkomsten waarbij de EU partij is, 16 april 2014, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0419+0+DOC+XML+V0//NL>. Zie ook het bijhorende BNC-fiche (Kamerstuk 22 112, nr. 1452).

Conclusies

Kort samengevat komen de onderzoekers tot de volgende conclusies:

1. Het bestaande ISDS-systeem is op onderdelen voor verbetering vatbaar;
2. Het opnemen van ISDS in TTIP biedt de kans om een nieuwe mondiale standaard voor evenwichtige, moderne investeringsverdragen neer te zetten;
3. Uit de praktijk van bestaande vrijhandelsakkoorden (zoals NAFTA/CAFTA), waarin ISDS is opgenomen, is geen grond gevonden voor de aanwezigheid van een «Amerikaanse claimcultuur» bij geschillenbeslechting;
4. Het risico op «regulatory chill» is klein en kan worden beperkt indien de juiste definities en beschermingsstandaarden, zoals door de onderzoekers voorgesteld, opgenomen worden;
5. De onderzoekers achten de financiële risico's voor Nederland door de opname van ISDS in TTIP in combinatie met de verordening voor de financiële aansprakelijkheid bij investeringsgeschillen beperkt;
6. De voordelen om ISDS in TTIP op te nemen lijken op te wegen tegen de nadelen, mits de geïdentificeerde risico's beperkt kunnen worden. De onderzoekers hebben hiervoor nader geanalyseerd hoe de mogelijke risico's kunnen worden beperkt (zie hieronder).

Mitigatie van de risico's van Investor to State Dispute Settlement (ISDS)

In het maatschappelijk debat is veel discussie over de voor- en nadelen van ISDS. In geval ISDS onderdeel zou gaan uitmaken van TTIP, is de onderzoekers gevraagd om mogelijk ongewenste gevolgen van ISDS te analyseren en een appreciatie te geven van de opties om deze risico's te beperken. Ze hebben hierbij niet alleen gekeken naar opties om toegang tot ISDS en de bescherming onder een investeringsverdrag te beperken, maar ook naar mogelijke veranderingen in de werking van ISDS-tribunalen en formuleringen van specifieke artikelen in de investeringsverdragen. De onderzoekers doen in hoofdstuk V van de studie hiervoor een aantal concrete suggesties.

Ontvankelijkheid van claims

De studie beschrijft vier mechanismen om de toegang tot ISDS te beperken:

1. Uitputting van nationale rechtsmiddelen

Door sommige partijen wordt het ISDS-systeem *an sich* als een risico gezien. Het gebruik ervan kan worden beperkt door in het ISDS-hoofdstuk de bepaling op te nemen dat eerst de nationale rechtsgang moet worden uitgeput alvorens men naar een internationaal tribunaal stapt («exhaustion of local remedies»). De onderzoekers wijzen er echter op dat deze maatregel in wezen neerkomt op een additionele beroepsmogelijkheid, die tot langere procedures en hogere kosten leidt, zowel voor de investeerder, als ook voor de betrokken staat.

Ik deel deze analyse en ben dan ook geen voorstander van opname van een dergelijke clausule.

2. Parallele claims

Een risico van het ISDS-systeem is dat bij een nationale rechtbank en een internationaal tribunaal tegelijkertijd dezelfde claim aanhangig wordt

gemaakt, welke ook nog eens tot verschillende uitspraken kan leiden. Dit risico kan worden vermeden door middel van een zogenaamde «fork in the road» bepaling. Deze bepaling is erop gericht om te verbieden dat investeerders ten aanzien van dezelfde maatregel of overheidshandelen parallelle investeringsclaims bij zowel de nationale rechter, als bij een internationaal tribunaal indienen en zo kunnen «forum-shoppen». De onderzoekers geven aan dat een dergelijke bepaling duidelijkheid biedt aan alle betrokkenen.

De «fork in the road» bepaling lijkt mij zeer wenselijk in toekomstige investeringsakkoorden.

3. Uitsluiting van ongegronde claims

Er gaat veel aandacht uit naar ongegronde (frivole) claims, dat wil zeggen claims die zeer «dun» zijn en eerder lijken te beogen om geld te verdienen aan bijvoorbeeld een schikking. De onderzoekers geven aan dat meer werk kan worden gemaakt van het aan de voorkant uitsluiten van ongegronde claims. De filtering van ongegronde claims moet voor effectieve toepassing tevens worden gekoppeld aan een volledige kostenverschuiving naar de investeerder in geval zijn claim als ongegrond wordt bevonden, het «loser pays all»-principe. De onderzoekers geven aan dat eventueel kan worden besloten om het ICSID-instituut te versterken met een extra lichaam dat zich specifiek richt op de ongegrondheids-beoordeling.

Ik acht het uitsluiten van ongegronde claims een belangrijke aanvulling op bestaande ISDS-bepalingen.

4. Mediation

Een risico van geschillenbeslechting (ISDS of nationale rechtsgang) zijn de kosten die deze met zich meebrengen voor alle partijen. Deze kunnen worden vermeden als de betrokken partijen de kwestie in onderling overleg oplossen. In de meeste investeringsverdragen worden consultaties voorafgaand aan het doorzetten van een investeringsclaim gedurende een bepaalde periode verplicht gesteld. Sommige investeringsverdragen bieden ook de mogelijkheid voor vrijwillige mediation. De onderzoekers constateren dat er meer gebruik van deze mogelijkheden gemaakt moet worden om zo geschillen in een vroeg stadium minnelijk te schikken. De onderzoekers zijn positief over het opnemen van dergelijke afspraken.

Gezien de looptijd en kosten die met ISDS gemoeid zijn, vind ik de mogelijkheid van mediation een wenselijk aanvulling.

Afbakening van de investeringsbescherming

De onderzoekers doen voorts zes voorstellen om investeringsbescherming af te bakenen:

5. Ontkenning van de voordelen voor brievenbusmaatschappijen

Onder de standaard ISDS-bepalingen loopt Nederland het risico dat Amerikaanse brievenbusmaatschappijen (de formele aanduiding is Bijzondere Financiële Instellingen (BFI's)) een procedure starten. Het is mogelijk om dit uit te sluiten door bepaalde investeerders van investeringsbescherming uit te sluiten («denial of benefits»). Dit richt zich vooral op investeerders die geen substantiële economische activiteiten

ontplooiën in het betreffende land en geen economische relatie met de betrokken verdragspartijen hebben.

Ik vind het wenselijk om een bepaling op te nemen, waarbij alleen bedrijven die in de EU of VS gevestigd zijn en substantiële economische activiteiten ontplooiën, gebruik zouden kunnen maken van ISDS in TTIP.

6. Prudentiële en andere uitzonderingen

Nederland kan onder ISDS het risico lopen dat in een crisissituatie de Staat bij nationalisatie van een Nederlandse bank met buitenlandse eigenaren een ISDS-claim tegen zich krijgt. Dit kan worden vermeden door bepaalde prudentiële maatregelen op gericht financiële diensten uit te sluiten van dekking van ISDS. Een dergelijke afspraak voorkomt overigens niet dat buitenlandse investeerders bij nationalisatie onder het Nederlandse recht een claim kunnen indienen bij onze rechtbank.

Ik ben van mening dat een dergelijke uitzonderingsgrond in TTIP zou moeten worden opgenomen, mits deze op een niet-discriminatoire en proportionele manier toegepast wordt.

7. Interpretatieruimte van arbitragepanelen

ISDS-bepalingen en -definities kunnen heel specifiek of heel vaag worden geformuleerd. Een vaag geformuleerd artikel brengt als risico met zich mee dat *a priori* minder duidelijk is of een zaak wel of niet onder de bescherming van TTIP zou vallen. Ook bestaat er een grotere kans dat een dergelijke bepaling verschillend wordt geïnterpreteerd, wat de rechtszekerheid niet ten goede komt. De onderzoekers concluderen dat het wenselijk is om de interpretatieruimte van arbitragepanelen te beperken. Dit kan door het formuleren van specifiekere verdragsbepalingen. Voorbeeld is een nadere omschrijving van de bepaling «fair and equitable treatment» (FET-standaard). Dit is één van de belangrijkste beschermingsstandaarden in investeringsverdragen. Door het opnemen van voorbeelden in de FET-paragraaf wordt de FET-standaard nader gedefinieerd, zodat arbitragepanelen meer duidelijkheid hebben ten aanzien van wat de verdragspartijen onder de FET-standaard wensen te vatten.

Naar mijn mening is het wenselijk om de verdragsbepalingen nader te definiëren om zo de interpretatieruimte van de arbitragepanelen te beperken.

8. Parapluclausule

In de Nederlandse investeringsbeschermingsovereenkomsten (IBO's) wordt standaard een parapluclausule («umbrella clause») opgenomen die alle toezeggingen die een verdragspartij aan een investeerder heeft gemaakt onder de bescherming van de IBO brengt. Een dergelijke afspraak garandeert een grotere investeringszekerheid, maar kan ook worden gezien als een risico op inperking van de beleidsvrijheid van de overheid door toezeggingen van bijvoorbeeld lagere uitvoerende organen. De VS neemt normaliter geen «umbrella clause» op in haar investeringsverdragen. Bij wijze van compromis tussen een brede parapluclausule en het geheel niet opnemen van een dergelijke clausule, is een beperkte parapluclausule denkbaar, die slechts specifieke, schriftelijke toezeggingen van onder de parapluclausule laat vallen.

Ik ben voorstander voor de opname van een beperkte parapluclausule.

9. Uitsluiting van ISDS voor markttoegang

De Nederlandse IBO's beschermen alleen investeerders die zich reeds in een van de verdragspartijen gevestigd hebben («post-establishment»). Dat betekent dat alleen gevestigde investeerders de ISDS-bepalingen van de IBO's kunnen gebruiken. In de alomvattende vrijhandelsakkoorden, zoals TTIP, worden echter ook markttoegangsaspecten geregeld («pre-establishment»).

Hierin schuilt een risico dat een investeerder, alvorens deze een substantiële daadwerkelijke investering in Nederland doet al een beroep zou kunnen doen op ISDS, indien de investeerder de toegang tot onze markt belemmerd wordt.

Ik maak mij er hard voor dat de reikwijdte van ISDS wordt beperkt tot post-establishment.

10. Opnemen bepalingen over beleidsvrijheid

In het publieke debat komt veelvuldig aan de orde dat ISDS de handelingsvrijheid van overheden om publieke belangen te borgen, zou inperken. De onderzoekers wijzen erop dat ISDS-geschillen over wetgevende maatregelen altijd door overheden zijn gewonnen. Tegelijkertijd zie ik de zorgen die er spelen rondom de Vattenfall-zaak in Duitsland of de Philip Morris-zaak in Australië. Het is nu nog niet te zeggen wat hiervan de uitkomst is, maar ik deel de maatschappelijke zorgen die als gevolg hiervan zijn geuit.

In de TTIP-onderhandelingen zal ik mij dan ook inzetten voor een duidelijke bepaling die de verdragspartijen voldoende beleidsruimte geeft om niet-discriminatoire wetgevende maatregelen te nemen om publieke belangen zoals gezondheid, milieu, dierenwelzijn, arbeidsrechten e.d. te beschermen zonder hiermee het risico van ISDS-claims te lopen.

Daarnaast wil ik dat het ISDS-hoofdstuk verwijzingen bevat naar de OESO-Richtlijnen voor multinationale ondernemingen en ILO-conventies om zo maatschappelijk verantwoord ondernemen verder te bevorderen.

Verbeteringen van de arbitrageprocedures

Tot slot beschrijft de studie vier opties om ISDS-arbitrage te verbeteren:

11. Transparantie

Uit gesprekken met alle stakeholders is gebleken dat er onvoldoende duidelijkheid is over de diverse investeringsgeschillen die er mondiaal lopen. Ook de onderzoekers onderschrijven het belang van transparantie in investeringsgeschillen. Investeerders kunnen vaak zelf kiezen onder welke arbitrageregels zij hun claim willen laten arbitreren. ICSID, UNCITRAL, Permanent Hof van Arbitrage (PCA), International Chamber of Commerce (ICC), Swedish Chamber of Commerce (SCC) zijn de meest gebruikte regels. Hoewel de meeste investeringsgeschillen bij ICSID aanhangig worden gemaakt en ICSID de arbitrage uitspraken op haar website⁸ publiceert, stellen de andere instanties de openbaarmaking niet verplicht, waardoor niet geheel duidelijk is welke arbitragegeschillen mondiaal aanhangig zijn gemaakt en wat daarvan de uitkomst is. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede.

⁸ Zie: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Cases_Home.

Ik ben een groot voorstander om de transparantie in investeringsarbitrage te vergroten, zoals nu door de nieuwe UNCITRAL-transparantieregels voorgeschreven wordt.

12. Bindende interpretaties

Verdragsteksten kunnen soms onduidelijk zijn met het risico dat bepalingen door een arbitragetribunaal anders worden geïnterpreteerd dan de verdragspartijen hebben beoogd. Om dit risico te vermijden, kan een bepaling worden opgenomen die de verdragspartijen toestaat om interpretaties ten aanzien van verdragsbepalingen met elkaar af te spreken en vervolgens voor arbitragetribunalen bindend te verklaren. Hierdoor hebben de verdragspartijen de mogelijkheid om verkeerde of ongewenste interpretaties door arbitragetribunalen (voor de toekomst) te corrigeren.

Ik ben het met de onderzoekers eens dat verdragspartijen de mogelijkheid moeten hebben om ongewenste interpretaties voor te toekomst te corrigeren.

13. Arbiters

Het huidige systeem van arbitrage kan de schijn van belangenverstremgeling in de hand werken. Doordat een persoon in de ene zaak optreedt als verdediger voor een investeerder en in een volgende zaak als verdediger voor een staat of als voorzitter van het arbitragetribunaal fungeert, kan de schijn van belangenverstremgeling gewekt worden. De onderzoekers suggereren daarom een «code of conduct» voor arbiters op te nemen en lijsten op te stellen van arbiters, die zitting mogen hebben in het tribunaal.

De schijn van mogelijke belangenverstremgeling vind ik onwenselijk. Derhalve ben ik voorstander van een «code of conduct» voor arbiters en van het opstellen van een lijst van onafhankelijke en gekwalificeerde arbiters.

14. Beroepsorgaan

Het huidige ISDS-mechanisme kent geen beroepsorgaan en heeft daardoor een groter risico op inconsistentie van jurisprudentie of juridisch dwalen. De onderzoekers gaan uitgebreid in op de mogelijkheid om een beroepsorgaan voor investeringsgeschillen op te richten. Een dergelijk beroepsorgaan kan de consistentie van arbitragejurisprudentie verhogen en ook onwenselijke uitspraken corrigeren. Ook de onafhankelijkheid en het aantal arbiters kan hierdoor op permanente wijze verhoogd worden.

Ik deel de mening van de onderzoekers dat een beroepsorgaan een nuttige aanvulling voor TTIP is.

Vervolgstappen

Met het Verdrag van Lissabon is de bevoegdheid om investeringsverdragen uit te onderhandelen overgegaan naar de Europese Unie. Hiermee is de vraag of we een IBO met een ander land willen niet alleen een nationaal vraagstuk, maar een Europees vraagstuk. En dit is ook de reden dat er in het kader van TTIP over investeringsbescherming wordt gesproken. Een negental Oost-Europese lidstaten heeft momenteel een bilaterale IBO met de Verenigde Staten. Deze landen hebben vanaf het begin van de mandaatsonderhandelingen over TTIP aangegeven dat zij

TTIP zien als een kans om hun IBO's te heronderhandelen en op Europees niveau op een nieuwe, modernere leest te schoeien.

De motie van Van Ojik c.s. roept de regering op om «zich in Europees verband in te zetten om ongewenste gevolgen van het TTIP-akkoord aan te pakken.» Ik zal dat met overtuiging doen, waarbij ik speciale aandacht zal vragen om de risico's van ISDS zoals hierboven beschreven te beperken. Ik onderschrijf de uitkomsten van de studie en ben van mening dat internationale arbitrage toegevoegde waarde kan hebben in TTIP.

Wel zie ik kansen voor verbetering van het ISDS-instrument, waarbij hoge bescherming van investeerders samengaat met meer beleidsruimte voor overheden. ISDS in TTIP biedt in dat kader een kans om investeringsbeschermingsafspraken te verduurzamen en te moderniseren en zo een nieuwe evenwichtige mondiale standaard van de twee grootste economieën neer te zetten. In lijn met bovenstaande zie ik verbeteringen op een viertal punten:

- Toegang tot ISDS beperken: ik ben voorstander van extra filters die de ontvankelijkheid van claims beperken;
- Voldoende beleidsruimte voor verdragspartijen garanderen: ik ben voorstander van het opnemen van een duidelijke bepaling die verdragspartijen de mogelijkheid geeft om niet-discriminatoire wetgevende maatregelen te nemen om publieke belangen zoals gezondheid, milieu, dierenwelzijn, arbeidsrechten e.d. te beschermen zonder hiermee het risico van ISDS-claims te lopen;
- Berek van investeringsbescherming beperken en te verduidelijken: ik ben voorstander van het beperken van de reikwijdte van de investeringsbescherming, bijvoorbeeld door het uitsluiten van brievenbusondernemingen, duidelijkere formulering van standaarden, en een inperking van de parapluclausule;
- Verbetering van de arbitrageprocedure: ik deel kritieken op de ontoereikende transparantie van arbitragezaken en op de dubbelrol die arbiters momenteel kunnen innemen.

Voorafgaand aan de laatste RBZ Handelsraad heb ik samen met mijn Portugese collega Maçães een bijeenkomst georganiseerd over ISDS in TTIP in aanwezigheid van diverse andere EU-handelsministers.

Dit was een interessante bespreking waarin de aanwezige Ministers de toegevoegde waarde van ISDS onderschreven en tegelijkertijd duidelijk was dat een eventuele opname van ISDS in TTIP afhankelijk is van de mate waarin de zorgen kunnen worden geadresseerd. Daar zal de ISDS-consultatie van de Commissie, die op 6 juli a.s. sluit, ook helderheid in kunnen verschaffen. Ik zal mijn collega Ministers in de EU op de hoogte stellen van de resultaten van het onderzoek. Ik wil samen optrekken met hen als het gaat om de wijze waarop de Commissie de verbeterpunten voor ISDS in de onderhandelingen oppakt en over de vraag of we ons uiteindelijk kunnen vinden in het eindresultaat.

Voorts wil ik ook de bijgevoegde studie breder onder de aandacht brengen. De studie zal worden gedeeld met alle geïnteresseerde stakeholders en de dialoog met de diverse betrokken NGO's en bedrijven wordt voortgezet.

De Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking,
E.M.J. Ploumen