

Brussel, 13.9.2017
COM(2017) 493 final

Aanbeveling voor een

BESLUIT VAN DE RAAD

**houdende machtiging tot het openen van onderhandelingen over een verdrag tot
oprichting van een multilateraal gerecht voor de beslechting van investeringsgeschillen**

{SWD(2017) 302 final}

{SWD(2017) 303 final}

TOELICHTING

1. ACHTERGROND VAN HET VOORSTEL

• Motivering en doel van het voorstel

In de afgelopen jaren is de opname van de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten (ISDS, Investor-State Dispute Settlement) in handels- en investeringsovereenkomsten het voorwerp geworden van toenemende kritiek en discussie bij het publiek. Er is een aantal problemen waarvan is vastgesteld dat zij het gevolg zijn van ISDS, die is gebaseerd op de beginselen van arbitrage. Deze problemen zijn onder meer het ontbreken van voldoende legitimiteit, consistentie en transparantie van ISDS, alsmede het ontbreken van een mogelijkheid om in hoger beroep te gaan.

Om tegemoet te komen aan deze bezwaren, heeft de Europese Unie in 2015 besloten het systeem voor de beslechting van investeringsgeschillen in handels- en investeringsovereenkomsten van de EU te institutionaliseren door het stelsel van investeringsgerechten (ICS, Investment Court System) in deze overeenkomsten op te nemen. Gezien zijn bilaterale aard vormt het stelsel van investeringsgerechten echter geen volledige oplossing voor alle bovengenoemde problemen. Bovendien gaat de opnemng van stelsels van investeringsgerechten in de overeenkomsten van de Unie gepaard met door administratieve complexiteit en budgettaire effecten veroorzaakte kosten.

Het initiatief voor een multilateraal investeringsgerecht is gericht op het instellen van een kader voor de beslechting van internationale investeringsgeschillen¹ dat permanent, onafhankelijk en legitiem is; voorspelbaar is door consistente jurisprudentie te verschaffen; een hoger beroep op beslissingen mogelijk maakt; kosteneffectief is; transparante en efficiënte procedures en interventies van derde partijen (zoals belanghebbende milieu- en arbeidsorganisaties) mogelijk maakt. De onafhankelijkheid van het gerecht moet worden gegarandeerd door middel van strenge voorschriften inzake ethiek en onpartijdigheid, niet-hernieuwbare benoemingen, voltijdse benoeming van arbiters en onafhankelijke benoemingsmechanismen.

Dit initiatief zal alleen betrekking hebben op procedurele kwesties. Kwesties zoals de toepasselijke wetgeving of normen inzake uitlegging, met inbegrip van het garanderen van de verenigbaarheid met andere internationale verplichtingen (bijvoorbeeld van de Internationale Arbeidsorganisatie en VN-verdragen), komen aan de orde in de desbetreffende investeringsovereenkomsten, die moeten worden toegepast door het multilaterale investeringsgerecht.

Dit initiatief is erop gericht het beleid van de Unie voor investeringsgeschillenbeslechting in overeenstemming te brengen met de aanpak van de Europese Unie op andere gebieden van internationale governance en internationale geschillenbeslechting, waarbij de voorkeur wordt gegeven aan multilaterale oplossingen. Dit initiatief maakt geen deel uit van het programma voor gezonde en resultaatgerichte regelgeving (REFIT) van de Commissie.

¹ Geschillen die voortvloeien uit bilaterale investeringsovereenkomsten tussen de lidstaten (intra-EU-BIT's) en geschillen tussen een investeerder van een lidstaat en een lidstaat uit hoofde van het Verdrag inzake het Energiehandvest, vallen buiten het toepassingsgebied van dit initiatief. De Commissie is van mening dat dergelijke overeenkomsten in strijd zijn met de wetgeving van de Unie.

- **Verenigbaarheid met bestaande bepalingen op het beleidsterrein**

In mei 2015 heeft de Commissie in haar conceptnota "Investment in TTIP and beyond – the path for reform - Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court"² een tweestappenplan voor de hervorming van het traditionele ISDS-stelsel uiteengezet. De eerste stap is het opnemen van een geïnstitutionaliseerd gerechtelijk stelsel voor de beslechting van investeringsgeschillen (stelsel van investeringsgerechten) in toekomstige handels- en investeringsovereenkomsten van de Unie. De tweede stap bestaat eruit dat de Unie toewerkt naar de totstandbrenging van een multilateraal investeringsgerecht. Dit multilaterale gerecht heeft als doel alle bilaterale stelsels van investeringsgerechten die zijn opgenomen in de handels- en investeringsovereenkomsten van de Unie te vervangen en het voor de Unie, haar lidstaten en de partnerlanden mogelijk te maken om de ISDS-bepalingen in hun bestaande investeringsovereenkomsten te vervangen door toegang tot het multilaterale investeringsgerecht.

- **Verenigbaarheid met andere beleidsterreinen van de Unie**

Deze aanbeveling is in overeenstemming met de mededeling van de Commissie "Handel voor iedereen"³ van oktober 2015, waarin is bepaald dat de Commissie gelijktijdig met de bilaterale inspanningen samen met partners consensus zal nastreven over een volwaardig permanent Internationaal Hof voor Investeringszaken.

Bij de bekendmaking op 12 november 2015 van de door de EU voorgestelde tekst voor het Trans-Atlantisch Partnerschap voor Handel en Investeringszaken (TTIP) over de bescherming van investeringen en de beslechting van investeringsgeschillen, verklaarde de Commissie dat zij samen met andere landen zou werken aan de oprichting van een permanent internationaal investeringsgerecht. Dit zou, aldus de Commissie, leiden tot de volledige vervanging van het oude ISDS-mechanisme door een modern, efficiënt, transparant en onpartijdig systeem voor de internationale beslechting van investeringsgeschillen.⁴

De aanbeveling is ook in overeenstemming met de in mei 2017 door de Commissie gepubliceerde "Discussienota over het in goede banen leiden van de mondialisering"⁵, waarin expliciet wordt verwezen naar dit initiatief met de opmerking dat "*geschillen [over internationale investeringen] niet langer [zouden] moeten worden behandeld door arbiters in het kader van de regeling voor beslechting van geschillen tussen investeerders en staten. Daarom heeft de Commissie een voorstel gedaan voor de oprichting van een eerlijk en transparant multilateraal investeringsgerecht*".

Bovendien heeft de Raad bij gelegenheid van de goedkeuring door de Raad van het besluit betreffende de ondertekening van de CETA het volgende verklaard: "*[de Raad] steunt [...] de Europese Commissie in haar voornemen om werk te maken van de oprichting van een multilateraal investeringsgerecht dat, zodra het is ingesteld, en overeenkomstig de in de CETA voorziene procedure, het door de CETA ingestelde bilaterale systeem zal vervangen*".⁶

² Zie http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

³ Zie http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf.

⁴ Zie http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm.

⁵ Zie https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-globalisation_nl.pdf

⁶ Verklaring 36 van de verklaringen die werden opgenomen naar aanleiding van de vaststelling door de Raad van het besluit tot ondertekening van de CETA. Brussel, 27 oktober 2016.

2. RECHTSGRONDSLAG, SUBSIDIARITEIT EN EVENREDIGHEID

• **Rechtsgrondslag**

Artikel 218, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) bepaalt dat de Commissie aanbevelingen moet doen aan de Raad, die een besluit vaststelt houdende machtiging tot het openen van de onderhandelingen en waarbij de onderhandelaar van de Unie wordt aangewezen. Overeenkomstig artikel 218, lid 4, VWEU kan de Raad de onderhandelaar richtsnoeren geven.

• **Subsidiariteit (bij niet-exclusieve bevoegdheid)**

Op grond van artikel 5, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) is het subsidiariteitsbeginsel niet van toepassing op gebieden die onder de exclusieve bevoegdheid van de EU vallen.

De Unie heeft een deels exclusieve en deels gedeelde bevoegdheid met betrekking tot de bescherming van investeringen.

Artikel 3 VWEU bepaalt dat de Unie exclusief bevoegd is voor de gemeenschappelijke handelspolitiek. Overeenkomstig artikel 207 VWEU maken directe buitenlandse investeringen, met inbegrip van de mogelijkheid tot het onderhandelen over en sluiten van internationale overeenkomsten over directe buitenlandse investeringen, deel uit van de gemeenschappelijke handelspolitiek van de Unie.

In zijn Advies 2/15 inzake de vrijhandelsovereenkomst tussen de EU en Singapore (EUSFTA) heeft het Hof van Justitie bevestigd dat de Unie op basis van artikel 207 VWEU een exclusieve bevoegdheid heeft voor de materiële beschermingsbepalingen die doorgaans zijn opgenomen in investeringsovereenkomsten, in de mate dat deze bepalingen van toepassing zijn op directe buitenlandse investeringen⁷. In hetzelfde advies heeft het Hof van Justitie verduidelijkt dat met betrekking tot andere dan directe investeringen de bevoegdheid voor die materiële bepalingen wordt gedeeld door de Unie en de lidstaten.

In zijn Advies 2/15 heeft het Hof verder verduidelijkt dat de bevoegdheid met betrekking tot een ISDS (zowel voor directe buitenlandse investeringen als voor andere dan directe investeringen) is verdeeld tussen de Unie en haar lidstaten, in de mate dat de lidstaten verplicht zijn om in bepaalde geschillen als verweerder op te treden.

De Unie is, samen met de lidstaten, partij bij overeenkomsten waarin traditionele ISDS (het Verdrag inzake het Energiehandvest – ECT) of een stelsel van investeringsgerechten (de brede economische en handelsovereenkomst (CETA) tussen Canada en de EU) zijn opgenomen en kan verplicht zijn om op te treden als verweerder in bepaalde uit die overeenkomsten voortvloeiende geschillen. Bovendien is de Commissie in onderhandeling over verscheidene andere vrijhandelsovereenkomsten en autonome investeringsovereenkomsten waarin een stelsel van investeringsgerechten is opgenomen. Het is de bedoeling dat de Unie als verweerder optreedt in ten minste een aantal van de uit die overeenkomsten voortvloeiende geschillen.

⁷ Advies van het Europees Hof van Justitie van 16 mei 2017 (C-2/15, EU:C:2017:376) uit hoofde van artikel 218, lid 11, VWEU, betreffende de bevoegdheid van de Europese Unie om de vrijhandelsovereenkomst met Singapore te sluiten.

De deelname van de Unie aan het voorgenomen verdrag is daarom noodzakelijk om die geschillen uit hoofde van de bovengenoemde overeenkomsten waarbij de Unie verweerder wordt, binnen het toepassingsgebied te brengen.

In de bestaande overeenkomsten waarin ISDS of stelsels van investeringsgerechten zijn opgenomen en waarbij de Unie partij is (ECT en CETA) wordt bepaald dat de lidstaten in sommige gevallen verweerder zijn. In de beoogde overeenkomsten waarin stelsels van investeringsgerechten zijn opgenomen, kan eveneens worden bepaald dat de lidstaten in bepaalde geschillen verweerder zijn. Bovendien zijn de lidstaten op grond van Verordening nr. 1219/2012⁸ door de Unie gemachtigd om bijna 1 400 bilaterale investeringsovereenkomsten waarin traditionele ISDS is opgenomen, van kracht te laten blijven of te sluiten. Om deze redenen moet de multilaterale hervorming van de beslechting van investeringsgeschillen die door dit initiatief wordt beoogd, niet alleen door de Unie, maar ook door de lidstaten worden ondertekend.

- **Evenredigheid**

Deze aanbeveling voor een besluit van de Raad houdende machtiging tot het openen van onderhandelingen over een verdrag tot oprichting van een multilateraal gerecht voor de beslechting van investeringsgeschillen gaat niet verder dan hetgeen nodig om de desbetreffende beleidsdoelstellingen te bereiken.

Overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel zijn alle redelijke beleidsopties in overweging genomen om te beoordelen hoe doeltreffend deze beleidsmaatregel waarschijnlijk is. Zij worden nader toegelicht in het effectbeoordelingsverslag.

- **Keuze van het instrument**

Een aanbeveling van de Commissie voor een besluit van de Raad houdende machtiging tot het openen van onderhandelingen is in overeenstemming met artikel 218, lid 3, VWEU, op grond waarvan de Commissie aanbevelingen moet doen aan de Raad, die een besluit vaststelt houdende machtiging tot het openen van de onderhandelingen.

3. EVALUATIE, RAADPLEGING VAN BELANGHEBBENDEN EN EFFECTBEOORDELING

- **Evaluatie van bestaande wetgeving en controle van de resultaatgerichtheid ervan**

Op gezette tijden wordt in het kader van het Verdrag inzake het Energiehandvest (ECT) een herziening van de ISDS verricht, waaraan de Unie en de lidstaten als overeenkomstsluitende partij actief deelnemen. Hoewel modernisering van investeringsbescherming, waaronder geschillenbeslechting, in het kader van de herziening van het ECT een prioriteit van de Unie blijft, is het geschiktste instrument voor de hervorming van de beslechting van investeringsgeschillen de multilaterale hervorming van dit initiatief.

Gezien het stelsel van investeringsgerechten zeer recentelijk is ingevoerd, is het nog niet geëvalueerd.

⁸ Verordening (EU) nr. 1219/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten tussen lidstaten en derde landen (PB L 351 van 20.12.2012, blz. 40).

- **Raadpleging van belanghebbenden**

De Commissie heeft actief overlegd met de belanghebbenden en een uitvoerige raadpleging verricht in het kader van het effectbeoordelingsproces.

Tussen 21 december 2016 en 15 maart 2017 heeft de Commissie een online openbare raadpleging verricht die werd gestart op de website van DG TRADE en gepost op "EU Survey" (dit is het online instrument van de Commissie om openbare raadplegingen te houden). Belanghebbenden is verzocht om vragen te beantwoorden over de problemen en de mogelijke beleidsopties, technische aspecten van deze opties en de mogelijke gevolgen. Uit de raadpleging bleek dat er over het algemeen brede steun was voor een multilaterale hervorming van de beslechting van investeringsgeschillen zoals beschreven in dit initiatief, hoewel er nog vragen openblijven, vooral over de technische aspecten.

De individuele reacties op de openbare raadpleging zijn bekendgemaakt op de website voor openbare raadplegingen. Het samenvattend verslag van de online openbare raadpleging, en van alle andere activiteiten die worden uitgevoerd door de Commissie als onderdeel van de raadpleging van belanghebbenden, is opgenomen als bijlage bij het effectbeoordelingsverslag.

- **Effectbeoordeling**

Er is een effectbeoordeling verricht van de multilaterale hervorming van de beslechting van investeringsgeschillen, met inbegrip van de eventuele oprichting van een multilateraal investeringsgerecht. Deze aanbeveling gaat vergezeld van het effectbeoordelingsverslag, de samenvatting daarvan en het positieve advies van de Raad voor regelgevingstoetsing.

Aangezien het initiatief voor een multilateraal investeringsgerecht alleen betrekking heeft op procedurevoorschriften (d.w.z. geschillenbeslechting) en niet op materieelrechtelijke regels (die zijn opgenomen in de onderliggende investeringsovereenkomsten), zijn er geen relevante milieu- of sociale effecten te verwachten.

- **Resultaatgerichtheid en vereenvoudiging**

Het multilaterale investeringsgerecht zorgt voor verlichting van de administratieve lasten die verband houden met de beslechting van investeringsgeschillen door alle geschillen te centraliseren in één pakket van procedurevoorschriften. Het zal zorgen voor de toegang van investeerders tot een legitiem, onafhankelijk en doeltreffend systeem voor de beslechting van internationale investeringsgeschillen, ongeacht de omvang en/of het ermee gemoeid gaande bedrag. Kmo's kunnen extra bijstand krijgen in verband met hun lagere omzet. Naar verwachting zullen de procedures bij het gerecht korter duren en daarom minder kosten voor de investeerders met zich meebrengen in vergelijking met het traditionele ongewijzigde systeem. Bovendien zal dankzij de betere voorspelbaarheid en consistentie van de uitlegging van materiële voorschriften over investeringen het aantal geschillen afnemen.

- **Grondrechten**

In overeenstemming met artikel 21, lid 1, VEU zal de Unie worden geleid door de beginselen van de democratie, de rechtsstaat, de mensenrechten en de fundamentele vrijheden, voor zover zij betrekking hebben op dit initiatief, en met name artikel 47 van het Handvest van de grondrechten.

Het optreden van de Unie op multilateraal niveau mag evenwel geen afbreuk doen aan het niveau van bescherming van de grondrechten in de Unie. Het multilaterale investeringsgerecht is bedoeld als een aanvullend rechtsmiddel in het internationale recht voor

de handhaving van de verplichtingen die voor de staten voortvloeien uit internationale overeenkomsten. Het voorstel doet derhalve geen afbreuk aan de bestaande rechten van buitenlandse investeerders op grond van de interne wetgeving van de Unie en de wetgeving van de lidstaten, en evenmin aan de rechtsmiddelen ter handhaving van dergelijke rechten.

4. GEVOLGEN VOOR DE BEGROTING

De exacte financiële gevolgen van dit initiatief zijn in dit stadium onmogelijk te bepalen, aangezien over de belangrijkste aspecten van het multilaterale investeringsgerecht nog multilateraal moet worden onderhandeld. Het initiatief wordt beschouwd als minder duur dan het alternatief, namelijk het handhaven van het stelsel van investeringsgerechten in overeenkomsten die al zijn gesloten of waarover wordt onderhandeld en van het bestaande systeem. Er zijn berekeningen gemaakt op basis van een aantal veronderstellingen, en deze zijn opgenomen in het effectbeoordelingsverslag.

5. OVERIGE ELEMENTEN

- **Uitvoeringsplanning en regelingen betreffende toezicht, evaluatie en rapportage**

De Commissie zal regelmatig toezicht uitoefenen zodra het multilaterale gerecht operationeel is. Zij zal ook regelmatig controles verrichten naar de financiële bijdragen van de Unie aan de kosten van het gerecht. Er zal een evaluatie van de werking van het multilaterale investeringsgerecht worden verricht zodra het gerecht lang genoeg heeft gefunctioneerd om zinvolle gegevens op te leveren. Het aangehechte effectbeoordelingsverslag bevat nadere details over de beoogde toezichts- en evaluatieactiviteiten.

- **Procedurele aspecten**

De Commissie is verheugd dat de leden van de Raad van de Europese Unie de nationale parlementen steeds meer en in een vroeg stadium bij investeringsbesprekingen betrekken, in overeenstemming met de desbetreffende institutionele praktijken. Zij moedigt de leden van de Raad van de Europese Unie aan om dit met betrekking tot deze aanbeveling voor een besluit van de Raad ook te doen, met inachtneming van Besluit 2013/488/EU van de Raad betreffende de beveiligingsvoorschriften voor de bescherming van gerubriceerde EU-informatie⁹.

De Commissie maakt deze aanbeveling en de bijlage daarbij onmiddellijk na de goedkeuring ervan openbaar.

De Commissie adviseert de onderhandelingsrichtsnoeren onmiddellijk na de goedkeuring ervan openbaar te maken.

⁹

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:32013D0488>

Aanbeveling voor een

BESLUIT VAN DE RAAD

houdende machtiging tot het openen van onderhandelingen over een verdrag tot oprichting van een multilateraal gerecht voor de beslechting van investeringsgeschillen

DE RAAD VAN DE EUROPESE UNIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en met name artikel 218, leden 3 en 4,

Gezien de aanbeveling van de Europese Commissie,

Overwegende dat onderhandelingen moeten worden geopend met het oog op de sluiting van een verdrag tussen de Europese Unie en haar lidstaten en andere belanghebbende landen tot oprichting van een multilateraal gerecht voor de beslechting van investeringsgeschillen,

HEEFT HET VOLGENDE BESLUIT VASTGESTELD:

Artikel 1

De Commissie wordt gemachtigd om namens de Unie onderhandelingen te openen over een verdrag tot oprichting van een multilateraal gerecht voor de beslechting van investeringsgeschillen.

Artikel 2

De onderhandelingen worden gevoerd in overeenstemming met de onderhandelingsrichtsnoeren in de bijlage bij dit besluit.

Artikel 3

Het besluit en de bijlage worden onmiddellijk na de goedkeuring ervan openbaar gemaakt.

Artikel 4

Dit besluit is gericht tot de Commissie.

Gedaan te Brussel,

*Voor de Raad
De Voorzitter*