

**Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over de bescherming van investeerders en beslechting van geschillen tussen investeerders en staten in handels- en investeringsovereenkomsten tussen de EU en derde landen**

(2015/C 332/06)

**Rapporteur: Sandy BOYLE**

Het Europees Economisch en Sociaal Comité heeft op 10 juli 2014 besloten om overeenkomstig artikel 29, lid 2, van zijn reglement van orde een initiatiefadvies op te stellen over:

*„Bescherming van investeerders en beslechting van geschillen tussen investeerders en staten in handels- en investeringsovereenkomsten tussen de EU en derde landen.”*

De afdeling Externe Betrekkingen, die met de voorbereidende werkzaamheden was belast, heeft haar advies op 28 april 2015 goedgekeurd.

Het Europees Economisch en Sociaal Comité heeft tijdens zijn op 27 en 28 mei 2015 gehouden 508e zitting (vergadering van 27 mei) onderstaand advies uitgebracht, dat met 199 stemmen vóór en 55 stemmen tegen, bij 30 onthoudingen, is goedgekeurd.

**Overzicht van de in dit advies gebruikte afkortingen**

BIT — bilaterale investeringsovereenkomst

CETA — Uitgebreide economische en handelsovereenkomst met Canada

HvG — Handvest van de grondrechten van de EU

MM — Maatschappelijk middenveld

OMM — organisaties van het maatschappelijk middenveld

EC — Europese Commissie („de Commissie”)

EVRM — Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

ECT — Europees Energiehandvest

HvJ — Hof van Justitie

EP — Europees Parlement

EU — Europese Unie

BDI — Buitenlandse directe investeringen

FTA — Vrijhandelsovereenkomst

ICSID — Internationaal centrum voor de beslechting van investeringsgeschillen

IIA — internationale investeringsovereenkomst

INTA — Europees Parlement, Commissie internationale handel

IP — bescherming van investeerders

ISDS — beslechting van geschillen tussen investeerders en staten

LSE — London school of Economics

LS — lidstaten

NAFTA — Noord-Amerikaanse vrijhandelsovereenkomst.

OESO — Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling

MKB — Midden- en kleinbedrijf (ook kmo's: kleine en middelgrote ondernemingen)

TBC — Trans-Atlantische Economische Raad

VEU — Verdrag betreffende de Europese Unie

VWEU — Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

TTIP — Trans-Atlantisch partnerschap voor handel en investeringen

UNCITRAL — Commissie van de Verenigde Naties voor internationaal handelsrecht

UNCTAD — Conferentie van de Verenigde Naties voor handel en ontwikkeling

WTO-DSP — WTO-afwikkelingsprocedure voor geschillen

## 1. Conclusies en aanbevelingen

### Conclusies

1.1 Buitenlandse directe investeringen (BDI) dragen in hoge mate bij tot economische groei en buitenlandse investeerders moeten dan ook wereldwijd worden beschermd tegen rechtstreekse onteigening en discriminatie en dienen soortgelijke rechten te genieten als binnenlandse investeerders.

1.2 Het recht van een staat om regels uit te vaardigen uit hoofde van het algemeen belang is primordiaal en mag niet worden ingeperkt door een internationale investeringsovereenkomst (IIA). Een ondubbelzinnige bepaling met horizontale toepassing om dit recht te garanderen is essentieel.

1.3 ISDS mag de status van transnationaal kapitaal niet op het niveau van die van een soevereine staat plaatsen noch buitenlandse investeerders de mogelijkheid geven om op te komen tegen het recht van overheden om te reguleren en over hun eigen zaken te beslissen.

1.4 In de loop der tijd is ISDS echter wel misbruikt en daar moet nu iets aan worden gedaan. De systematische tekortkomingen van ISDS omvatten ondoorzichtigheid, gebrek aan duidelijke regels voor arbitrage, het ontbreken van een recht van beroep, discriminatie van binnenlandse investeerders die geen gebruik kunnen maken van het systeem, vrees dat zuiver speculatieve investeringen worden beschermd, die, onder meer, niet leiden tot werkgelegenheid en de angst voor exploitatie door gespecialiseerde advocatenkantoren. Het doel is nu een alternatieve ISDS-procedure voor te stellen om de legitieme eisen van investeerders in overeenstemming te brengen met de bezorgdheid van andere segmenten van het maatschappelijk middenveld die voortvloeit uit genoemde negatieve percepties van ISDS.

Bij de raadpleging door de Commissie over ISDS in het TTIP (Trans-Atlantisch partnerschap voor handel en investeringen) bleek duidelijk dat de standpunten van enerzijds de zakenwereld in ruime zin en anderzijds de grote meerderheid van het maatschappelijk middenveld (MM) zeer uiteenlopen.

1.5 Er heerst zorg over de bevoegdheden van een panel dat bestaat uit drie juristen uit de particuliere sector om een zaak te beslechten middels bindende besluiten op gebieden van fundamenteel algemeen belang. Ondanks het feit dat UNCITRAL onlangs nieuwe regels inzake transparantie heeft goedgekeurd, bestaat er nog steeds de bezorgdheid dat een groot deel van het huidige stelsel transparantie en een recht van beroep ontbeert.

1.6 Het oorspronkelijke idee achter ISDS wordt al sinds geruime tijd niet meer aangehangen. ISDS is nu verworpen tot een uitermate rendabele *business* voor een klein aantal in investeringskwesties gespecialiseerde advocatenkantoren die dat circuit domineren.

1.7 Een aantal gespecialiseerde advocatenkantoren promoten ISDS als een belangrijk instrument voor risicobeperking vooraf voor investeerders. ISDS bleek in bepaalde geruchtmakende zaken een lobby-instrument met veel dreiging van procedurele stappen dat de wetgever koudwatervrees inboezemt voor uitvaardiging van regels waarmee legitieme doelstellingen van algemeen belang worden nagestreefd. Er bestaat ook bezorgdheid over het feit dat ISDS speculatieve investeringen van onder meer hedgefondsen heeft aangetrokken.

1.8 Liberale interpretaties van het concept onteigening wakkeren de zorg aan dat de belastingbetaler schadevergoeding financiert voor beleid ten behoeve van algemeen belang dat bedrijfswinsten zou beperken.

1.9 De overeenkomst tussen de EU en Canada (CETA), eind 2014 ondertekend, en het afzonderlijke hoofdstuk over investeringen dat is toegevoegd aan de vrijhandelsovereenkomst tussen de EU en Singapore, vormen de allereerste investeringshoofdstukken in alle door de EU onderhandelde overeenkomsten sinds de EU bij het Verdrag van Lissabon (2009) bevoegd voor investeringen werd gemaakt. Hoewel deze hoofdstukken verbeteringen in het huidige ISDS-systeem aan te lijken brengen, en erin wordt beschreven wat de door de Commissie nieuwe „state of the art” van het EU- ISDS-model inhoudt, is dit alles bepaald ontoereikend om de vrees bij het publiek weg te nemen. De modellen van Singapore en de CETA zijn niet identiek en naar het oordeel van velen blijft ISDS een onevenwichtig en zeer kostbaar proces dat aan de democratie vreet. Het kent geen recht van beroep en vormt een risico vormt voor het recht van een overheid om te reguleren. Buitenlandse investeerders ontnemen er namelijk rechten aan die verder gaan dan die zijn vastgelegd in de nationale constitutie en de rechten van binnenlandse investeerders. Het EESC maakt zich zorgen over het feit dat de CETA-bepalingen over ISDS op dit moment de basis vormen voor de onderhandelingen over de vrijhandelsovereenkomst tussen de EU en Japan.

1.10 De rolvermenging tussen arbiters en raadslieden is een duidelijk belangenconflict dat niet middels de CETA wordt aangepakt. Dit bevestigt andermaal dat ISDS geen eerlijke, onafhankelijke en evenwichtige methode is voor de beslechting van investeringsgeschillen.

1.11 Het EESC is ingenomen met de openbare raadpleging over ISDS in het TTIP. In tegenstelling tot hetgeen met de CETA het geval was, heeft die raadpleging geholpen om de onderhandelingen over het TTIP transparanter te maken en scheidt zij een belangrijk precedent die volgens het EESC voortaan bij alle handelsbesprekingen moet worden gevolgd. De Commissie heeft in haar reactie vier specifieke gebieden voor nader onderzoek in kaart gebracht. Het Comité ziet dat niet als een volledige lijst en maakt er daarom in de hoofdstukken 7 -10 van dit advies gedetailleerde opmerkingen over.

1.12 Het EESC kan zich ook vinden in het voorstel om „kansloze vorderingen” uit te sluiten van ieder toekomstig mechanisme voor de bescherming van de beleggers. Het is van belang dat de partijen bij een IIA beschermd worden door een algemene politieke filter die hun de mogelijkheid biedt om met onderling goedgevonden een vordering op gewettigde gronden van arbitrage uit te sluiten.

1.13 Investeerders moeten worden aangemoedigd om verdragsrechtelijke geschillenbeslechting als ultimum remedium te beschouwen en hun heil te zoeken in alternatieve methoden zoals verzoening en bemiddeling. Buitenlandse investeerders kunnen hun risico's namelijk ook beperken via particuliere verzekeringen contractvoorwaarden.

1.14 Verder varieert de behoefte aan BDI-bescherming van land tot land. In landen met een democratisch goed functionerend rechtstelsel dat vrij van corruptie is, moeten investeringsgeschillen worden opgelost via bemiddeling, interstatelijke beslechting of de nationale rechter. Deze middelen zijn voor handen in de EU, de VS en Canada. Voorts maken de huidige hoge niveaus van trans-Atlantische investeringen het meer dan aannemelijk dat het ontbreken van een ISDS-regeling geen belemmering vormt voor investeringen en dat ISDS in het TTIP of de CETA onnodig is. Het EESC komt dan ook tot de conclusie dat het niet nodig is ISDS in het TTIP en de CETA op te nemen en wijst daarmee een opname dus af.

1.15 ISDS zou het TTIP en de CETA zelfs wel eens kunnen doen ontsporen. De Commissie moet nagaan of voortzetting van deze politiek gevoelige en onder het publiek impopulaire wijze van arbitrage wel verstandig en correct is.

1.16 Ontwikkelingslanden hebben al duidelijk gemaakt dat ISDS voor hen onaanvaardbaar is en dat een toenemend aantal belangrijke mondiale spelers zich ertegen zullen verzetten. Indien er geen alternatief systeem wordt gevonden, zal het steeds moeilijker om IP (investeerdersbescherming) op te nemen in toekomstige overeenkomsten met landen waar dat het meest nodig is.

1.17 Wat de verhouding tussen een ISDS-uitspraak en de rechtsorde van de Unie betreft, kunnen er zich grote problemen voordoen die voortvloeien uit de EU-verdragen en nationaal constitutioneel recht. Particuliere geschillenbeslechtingers kunnen een uitspraak doen die niet voldoet aan het EU-recht of strijdig is met het Handvest van grondrechten van de EU (HvG). Gegeven het primaat van toepassing van het EU-recht is het volgens het Comité dan ook absoluut noodzakelijk om het Hof van Justitie (HvJ) formeel om advies over ISDS te verzoeken, alvorens dat de bevoegde instellingen een besluit nemen en voordat er sprake is van voorlopige inwerkingtreding van een IIA, waarover de Commissie heeft onderhandeld.

## Aanbevelingen

1.18 Mocht er al een allesomvattende oplossing voor de beslechting van investeringsgeschillen moeten worden gevonden, dan kan die toch niet worden gebaseerd op een beperkte herziening van de huidige, bepaald niet populaire ISDS.

1.19 Momenteel zijn alle G7-landen bezig met vergevorderde onderhandelingen over een breed scala aan aspecten van handel en investeringen en dat biedt een unieke gelegenheid om een geloofwaardig systeem te vinden waarin de legitieme belangen van investeerders en de rechten van een staat hand in hand gaan.

1.20 Indien één enkele autoriteit de beste weg zou zijn, dan mag die niet zijn samengesteld uit juristen uit de particuliere sector, moet die beter toegankelijk zijn voor het midden- en kleinbedrijf (MKB) en dient er een beroepsmogelijkheid te komen.

1.21 Het EESC dringt er dan ook met klem bij de Commissie op aan om de UNCTAD-voorstellen voor de hervorming van ISDS in overweging te nemen en concludeert dat de oprichting van een Internationaal Investeringshof de beste manier is om te zorgen voor een democratisch, fair, transparant en billijk systeem.

## 2. Inleiding

2.1 Toen het Comité zijn advies REX/390<sup>(1)</sup> met overgrote meerderheid goedkeurde, besloot het tevens om een initiatiefadvies over ISDS op te stellen. Hoewel het daarbij in eerste instantie uitsluitend over het TTIP ging, werd vervolgens besloten om dat advies uit te breiden tot investeerdersbescherming en ISDS in handels- en investeringsovereenkomsten met derde landen.

2.2 Hoewel dit advies gaat over talloze implicaties van ISDS, is het onvermijdelijk dat een groot deel van het gebruikte materiaal en verwijzingen betrekking hebben op het TTIP. Gedurende de onderhandelingen over het TTIP vormde ISDS een dominante kwestie voor de stakeholders in de EU en de VS.

2.3 De Commissie organiseerde een online-openbare raadpleging van 15 weken (maart — juli 2014) over ISDS in het TTIP. Het EESC achtte het verstandig om te wachten op de publicatie van de resultaten van die raadpleging en een openbare hoorzitting te houden alvorens de laatste hand aan het advies te leggen. De resultaten zijn medio januari 2015 gepubliceerd en de hoorzitting vond op 3 februari 2015 plaats. Beide bleken zeer nuttig bij het opstellen van dit advies.

## 3. Achtergrond

### 3.1 *Het systeem*

3.1.1 ISDS is een internationaal publiekrechtelijk instrument dat een buitenlandse investeerder het recht geeft om op basis van IIA-bepalingen een geschillenbeslechtingsprocedure tegen zijn investeringsland in te leiden. Die IIA's zijn ontworpen om een aantal basisverplichtingen van partijen met betrekking tot buitenlandse investeringen in het leven te roepen middels garanties dat overheden essentiële beginselen zullen respecteren, zoals

- een verplichting om niet op grond van nationaliteit te discrimineren en te zorgen voor faire behandeling
- een verbod van directe of indirecte onteigening zonder passende, toereikende en beschermende vergoeding
- bescherming van de mogelijkheid om kapitaal over te maken.

3.1.2 In het geval van een vermeende schending van deze verplichtingen door een staat kunnen buitenlandse investeerders in de zin van een IIA via ISDS een vordering instellen bij een internationale arbiter. Eiser moet dan bewijzen dat de betrokken maatregelen hem significante schade hebben toegebracht. Wordt de vordering toegewezen, dan is het gastland tot schadevergoeding gehouden. In tegenstelling tot hetgeen bij de afwikkelingsprocedure voor geschillen van de WTO (WTO-DSP) het geval is, is de staat die de zaak verliest niet verplicht om zijn wetgeving te wijzigen.

3.1.3 ISDS is grotendeels gebaseerd op het argument dat het een gedepolitiseerde neutrale manier is om geschillen tussen buitenlandse investeerders en gastlanden te beslechten. Het biedt ondernemingen de mogelijkheid om een staat voor internationale tribunalen te dagen. Deze mogelijkheid is alleen weggelegd voor buitenlandse concerns of transnationale ondernemingen met een dochter in een ander land. Getroffen gemeenschappen, burgers, binnenlandse ondernemers en overheden kunnen geen gebruik van dit mechanisme maken.

3.1.4 De scheidslieden zijn geen gewone rechters met openbaar gezag zoals dat in de nationale rechtsstelsels het geval is. Deze tribunalen bestaan doorgaans uit drie particuliere juristen die achter gesloten deuren zitting houden en op ad-hocbasis worden aangesteld. Hun beslissing is onherroepelijk, hetgeen betekent dat er geen formeel beroep mogelijk is.

---

<sup>(1)</sup> EESC-advies over Trans-Atlantische handelsbetrekkingen en standpunten van het EESC over nauwere samenwerking en een mogelijk vrijhandelsakkoord tussen de EU en de VS (PB C 424, 26.11.2014, blz. 9).

3.1.5 Indien beide partijen zulks wensen, kunnen ISDS-procedures volledig *in camera* worden gehouden, zelfs wanneer het geschil betrekking heeft op vraagstukken van algemeen belang. Hoewel de US-BIT-norm meer transparantie vergemakkelijkt, bestaat er in veel van de huidige BIT's nog steeds geheimhouding. De UNCITRAL-transparantievoorwaarden zullen hier aanzienlijke verbeteringen aanbrengen mits zij universeel worden toegepast.

### 3.2 Feiten en cijfers

3.2.1 93 % van bilaterale investeringsovereenkomsten (BIT's) bevatten een geschillenbeslechtingbepaling<sup>(2)</sup>. Verder is ISDS ook aanwezig in internationale handelsovereenkomsten als de NAFTA en in internationale investeringsovereenkomsten als het ECT. In 2014 overtrof het ECT de NAFTA als meest ingeroepen verdrag<sup>(3)</sup>.

3.2.2 Sinds de jaren '50 hebben de lidstaten meer dan 1 400 BIT's gesloten en dat komt neer op ongeveer de helft van het wereldtotaal<sup>(4)</sup>. Alle bevatten grotendeels dezelfde bepalingen inzake investeringsbescherming en ISDS. Investeerdere uit de EU worden genoemd als de grootste gebruikers van ISDS wereldwijd (50 % van alle zaken).

3.2.3 De EU onderhandelt momenteel over het TTIP met de VS, over een uitgebreide vrijhandelsovereenkomst met Japan en heeft onlangs de onderhandelingen afgesloten met Canada. Deze drie hebben meer dan enige andere kwestie aanleiding gegeven tot een intensieve openbare discussie over de vraag of er in een investeringshoofdstuk inderdaad ISDS moet worden opgenomen.

3.2.4 Slechts negen lidstaten hebben een BIT met de VS (Bulgarije, Kroatië, de Tsjechische Republiek, Estland, Letland, Litouwen, Polen, Roemenië en Slowakije), zeven lidstaten hebben een BIT met Canada geen een heeft er een met Japan. Alle BIT's dateren van vóór de toetreding tot de EU.

3.2.5 De BDI door VS-investeerdere in deze negen lidstaten bedragen 1 % van de totale VS-BDI in de EU. De BDI van deze lidstaten in de VS, zijn slechts goed voor 0,1 % van de totale BDI in de VS<sup>(5)</sup>.

### 3.3 Gebruiksintensiteit

3.3.1 Het aantal ISDS-zaken is tussen 2002 en 2014 spectaculair gestegen (58 in 2013 en 42 in 2014)<sup>(6)</sup>, waarbij het aantal verdragsgebaseerde arbitragezaken tegen het einde van 2014 610 bedroeg. Aangezien de meeste arbitragefora geen openbaar register van vorderingen aanhouden, wordt het totaal aantal zaken hoger geraamd.

3.3.2 Van de 356 bekende zaken die zijn afgesloten, werden er 25 % opgelost ten voordele van de investeerder en 37 % ten gunste van de staat. De specifieke voorwaarden van 28 % van de zaken is vertrouwelijk gebleven.

### 3.4 Tijd en kosten

3.4.1 De gemiddelde kosten van een arbitragezaak bedragen 4 miljoen USD per partij, waarvan ongeveer 82 % rechtsbijstandkosten zijn<sup>(7)</sup> en sommige zaken kunnen verscheidene jaren aanslepen.

3.4.2 Die hoge kosten hebben geleid tot toename van financiering van vorderingen door derden. De daling van het financiële risico voor ondernemingen draagt bij tot stijging van het aantal kansloze zaken, maar waarvoor de staten wel volledig de kosten moeten ophoesten. Het EESC is fel gekant tegen de vermelde speculatieve beleggingen door hedgefondsen in specifieke ISDS-procedures in ruil voor een aandeel in toegekende schadevergoedingen<sup>(8)</sup>.

<sup>(2)</sup> OECD (2012) ISDS a scoping paper for the investment policy community.

<sup>(3)</sup> UNCTAD Recent Trends in IIAs and ISDS — N°1, februari 2015, [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf)

<sup>(4)</sup> Nota bij de openbare raadpleging over ISDS in het TTIP.

<sup>(5)</sup> UNCTAD — ISDS Information Note on the US and EU.

<sup>(6)</sup> Zie voetnoot 3.

<sup>(7)</sup> E(SN/EP/677 van 10.12.2013.

<sup>(8)</sup> Europees Parlement Centrum voor onderzoek „ISDS en vooruitzichten voor hervorming” [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/545736/EPRS\\_BRI\\_%282015\\_%29545736\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/545736/EPRS_BRI_%282015_%29545736_EN.pdf)

#### 4. Argumenten voor ISDS

4.1 Met uitzondering van Ierland hebben alle lidstaten ISDS in hun BIT's opgenomen. Er zijn ook 190 intra-EU BIT's die goed zijn voor 16 % van alle ISDS-zaken die wereldwijd bekend zijn.

4.2 Het onderhandelingsmandaat van de Commissie werd in 2012 goedgekeurd door de (toen) 27 lidstaten en omvat als doelstelling mede de invoering van ISDS. Bedoeling was *een doeltreffend en modern mechanisme voor geschillenbeslechting tot stand te brengen*.

4.3 Volgens het standpunt van de Commissie <sup>(9)</sup> is ISDS een:

- *belangrijk instrument voor het beschermen van investeringen en derhalve voor het bevorderen en veiligstellen van de economische groei in de EU;*
- *een doeltreffende manier om de naleving af te dwingen van de verplichtingen die onze handelspartners met onze investeerders overeenkomen bij het sluiten van investeringsovereenkomsten.*

4.4 Een Business Round Table, georganiseerd door de groep Werkgevers van het EESC over het TTIP, stelde in een gemeenschappelijke verklaring <sup>(10)</sup> dat *een internationale overeenkomst zoals het TTIP de juiste voorwaarden moet scheppen voor het aantrekken van een hoog niveau van toekomstige investeringen op de trans-Atlantische markt. Dit houdt in verlening van ruime toegang en niet-discriminerende behandeling van investeerders aan beide zijden en verbetering van het huidige kader voor de bescherming van investeringen, inclusief ISDS door deze toegankelijker te maken voor het MKB, en een evenwicht te vinden tussen de rechten van investeerders en het recht van staten en lokale overheden om te reguleren in het algemeen belang*. Een van de conclusies van de gezamenlijke vergadering die in juni 2014 door de categorieën consumenten, milieu en landbouwers werd gehouden over de trans-Atlantische onderhandelingen, luidde dat de TTIP-bepalingen inzake ISDS in geen geval de mogelijkheid van de EU-lidstaten om wetten ter bescherming van hun bevolking uit te vaardigen, op de helling mogen zetten.

4.5 De noodzaak van een ISDS-mechanisme wordt met klem onderschreven door de zakenwereld aan beide zijden van de Atlantische Oceaan die het mechanisme beschouwt als een fundamentele waarborg voor buitenlandse investeerders en zich op het volgende standpunt stelt:

- *het is een essentieel onderdeel van investeringsbescherming, een neutraal en op feiten gebaseerd mechanisme voor geschillenbeslechting, met regels ter bevordering van de naleving en voorkoming van misbruik;*
- *het helpt ter omlijning van het recht van staten om regelgeving uit te vaardigen en van het recht van investeerders om middels internationaal recht beschermd te worden.*

4.6 Ook wordt aangevoerd dat ISDS een laatste redmiddel is dat alleen wordt gebruikt in extreme gevallen wanneer alle andere opties zijn mislukt en dat ongeveer 90 % van de BIT's nooit door investeerders is gebruikt om een zaak in te leiden. Tevens wordt erop gewezen dat hoewel de BDI meer dan 25 biljoen USD bedragen, er sinds 1987 slechts 500 arbitragezaken zijn geweest. In die zaken wordt uitsluitend een geldelijke vergoeding toegekend. Scheidslieden hebben niet de mogelijkheid om wetgeving of maatregelen van staten te wijzigen <sup>(11)</sup>.

4.7 Het bedrijfsleven voert voorts aan dat een goed werkend en modern ISDS-systeem ook belangrijk is voor het MKB, dat 22 % van de wereldwijd ingediende dossiers voor zijn rekening nam <sup>(12)</sup>.

4.8 Maar ondanks de roep uit het bedrijfsleven om onderhandelingen over een liberaal investeringsakkoord <sup>(13)</sup> wordt erkend dat maatregelen moeten worden genomen om ervoor te zorgen dat ISDS een efficiënter, modern, voorspelbaar en transparant instrument wordt. Voorts moeten er duidelijkere definities moeten komen van belangrijke begrippen als „investeerder/investering”, „eerlijke en billijke behandeling” en „indirecte onteigening”. <sup>(14)</sup>

<sup>(9)</sup> EC — factsheet over ISDS — punt 2, 3.10.2013.

<sup>(10)</sup> EESC Business Round Table — gemeenschappelijke verklaring over het TTIP, 16.12.2014.

<sup>(11)</sup> Business Europe — ISDS — Overview of BusinessEurope position — February 2015.

<sup>(12)</sup> Idem and Eurochambres position paper — Views and priorities for the negotiations with the US for a TTIP, 6.12.2013.

<sup>(13)</sup> Transatlantic Business Council — Comments of the TBC regarding the proposed TTIP, 10.5.2013.

<sup>(14)</sup> Business Europe: TTIP — An Indispensable Tool to Protect Investors, 2.5.2014. ISDS — Overview of BusinessEurope position — February 2015.



4.9 Ten slotte wordt, gegeven de zeer grote waarde die wordt gehecht aan het TTIP, de CETA en de onderhandelingen over een vrijhandelsovereenkomst met Japan, aangevoerd dat wanneer deze drie op niets uitlopen ernstige schade zou worden toegebracht aan de vooruitzichten op onderhandelingen over een geschillenbeslechtingbepaling in een BIT omdat elke overeenkomst een impact zal hebben op andere die nog in de pijplijn zitten.

## 5. Bezorgdheden en verzet

5.1 Andere belangrijke sectoren van het MM steunen ISDS niet. Wel bestaat er brede consensus over dat buitenlandse investeerders moeten worden beschermd tegen directe onteigening, niet mogen worden gediscrimineerd en gelijke mogelijkheden dienen te hebben als binnenlandse investeerders.

5.2 Sterk trans-Atlantische verzet is geuit door vakbonden, ngo's en consumenten-, milieu- en volksgezondheidsorganisaties.

5.3 Belangrijkste bezorgdheden zijn dat het ISDS-systeem niet geschikt is voor het beoogde doel en dat grensoverschrijdend kapitaal een juridische status krijgt die gelijkwaardig is aan die van een soevereine staat. Het EESC merkt evenwel op dat, indien twee landen streven naar economische betrekkingen met elkaar via een IIA, zij elkaar zullen beloven dat zij bepaalde niveaus van behandeling van investeerders en investeringen uit het andere land zullen garanderen.

5.4 Vanaf een bescheiden begin, toen ISDS nog was bedoeld om buitenlandse directe investeerders te helpen bij het verkrijgen van een schadevergoeding voor directe onteigening van particuliere eigendom door nationale regeringen in ontwikkelingslanden met slecht functionerende rechterlijke stelsels, is het uitgegroeid tot een mechanisme dat:

- fundamentele verschuivingen in het machtsevenwicht tussen investeerders, staten en andere betrokkenen teweegbrengt;
- voorrang geeft aan rechten van ondernemingen boven het recht van overheden om te reguleren en soeverein over hun eigen zaken te beslissen.

5.5 Onteigening heeft zich uitgebreid tot *maatregelen die neerkomen op onteigening, indirecte en regelgevende onteigening*. Gevolg was toekenning van schadevorderingen tegen een overheidsmaatregel die een impact zou kunnen hebben op winst, toekomstige winst of redelijkerwijs te verwachten winst, zelfs wanneer het beleid of de maatregel van algemene aard was en niet van toepassing was op de specifieke investering.

5.6 Nadelig uitgevallen uitspraken van nationale rechters zijn als „onteigening” aangevochten. Daartoe behoort de vordering van 500 miljoen USD die door Amerikaanse farmaceutische reus Eli Lilly tegen Canada werd ingediend: de federale gerechtelijke uitspraak met betrekking tot twee geoctrooieerde geneesmiddelen zou de investeerdersrechten van het bedrijf hebben geschonden. Dit is de eerste poging van een octrooihoudende farmaceutische onderneming om buitengewone door VS-handelsovereenkomsten verstrekte privileges als instrument te gebruiken om haar op octrooi gebaseerde monopoliepositie te versterken <sup>(15)</sup>.

5.7 In zakelijke dienstverlening gespecialiseerde advocatenkantoren adviseren momenteel in en verdienen dik aan gevallen die weinig te maken hebben met onteigening van privé-eigendom. Een handvol in investeringszaken gespecialiseerde advocatenkantoren hebben een „processnuewbal” aangemaakt en domineren die markt.

### 5.8 Is ISDS nodig in het TTIP?

5.8.1 Wat het TTIP betreft, kan moeilijk worden volgehouden dat investeerders zich zorgen moeten maken over de nationale rechtssystemen. De EU en de VS hebben beide ontwikkelde en solide rechtssystemen. Er is geen duidelijke reden waarom de rechten van BDI niet adequaat zouden kunnen worden beschermd door de opname van een eenvoudige non-discriminatiereguleer ten behoeve van rechtsbescherming en gelijke toegang tot de nationale rechter. Soortgelijke argumenten gelden ook in het geval van Canada en Japan. Indien het in deze hoogontwikkelde democratieën moeilijk blijkt om internationale rechten af te dwingen door middel van onderhandelingen, bemiddeling of in nationale rechtbanken, dan moet de kwestie in principe worden afgewikkeld door de betrokken staten.

<sup>(15)</sup> <https://www.citizen.org/eli-lilly-investor-state-factsheet>

5.8.2 Significant is dat de LSE in een rapport over het BIT-model-2012 van de VS opmerkt dat dit model op bepaalde gebieden verder gaat dan het recht van het Verenigd Koninkrijk. Daarom en in het licht van de omvang van de investeringen van de VS in het VK, menen wij dat het VK een aanzienlijk risico loopt een politieke kostprijs te betalen wanneer voor de toekomst ontworpen beleid zou worden opgegeven of gewijzigd naar aanleiding van bezwaren van Amerikaanse investeerders in het VK, aldus de LSE.

5.8.3 Het is ongeloofwaardig dat het ontbreken van een ISDS-mechanisme een obstakel voor inkomende investeringen zou vormen: Het volume van die investeringen varieert evenwel sterk in de EU. Sommige lidstaten die ISDS-procedures in hun BIT's met de VS hebben opgenomen, zijn de kleinste ontvangers van inkomende investeringen uit de VS:

- BDI tussen de VS en de EU bedragen momenteel sowieso al meer dan 2,5 biljoen USD (1,5 biljoen EUR). BDI vanuit de VS in alleen al België bedragen een viervoud van de BDI vanuit de VS in China.
- Brazilië, Latijns-Amerika's grootste ontvanger van BDI, heeft geen investeringsovereenkomsten met ISDS.
- Het geval van Australië toont aan dat een land op geloofwaardige wijze investeringsbescherming kan uitsluiten van een handelsovereenkomst met het ene land (VS) en die wel kan opnemen in een overeenkomst met een ander land (Korea). Er is geen reden waarom de EU niet een soortgelijke weg zou kunnen volgen.

5.8.4 Het is uiterst twijfelachtig of de afwezigheid van ISDS in het TTIP afbreuk zou doen aan de mogelijkheid van de EU om ISDS op te nemen in toekomstige BIT's met landen van buiten de OESO zoals China. China heeft reeds een dicht netwerk van meer dan 130 BIT's (inclusief de BIT's met 26 lidstaten) opgebouwd. Het land wil een BIT net zo graag als de EU. Wat bepaald niet vaststaat is of de Unie er belang bij heeft wanneer Chinese staatsbedrijven (in feite een deel van de Chinese overheid) middels ISDS beleid van de EU en/of de lidstaten zouden kunnen aanvechten. Dat zou namelijk betekenen dat in aangelegenheden die moeten worden opgelost via onderhandelingen en diplomatie een vreemd land gebruik kan maken van iets dat als een handelsmechanisme is bedoeld.

5.8.5 Een gedetailleerde nota die in maart 2015 is gepubliceerd door het Centre for European Policy Studies, het Centre for Transatlantic Relations en de John Hopkins University bevatte de volgende conclusie: „[...] een hoofdstuk over investeringsbescherming in het kader van het TTIP, dat vergezeld gaat van ISDS zal waarschijnlijk geen significante economische of politieke voordelen opleveren voor de EU. Ook zou opnemng van dergelijke bepalingen kunnen leiden tot aanzienlijke economische en politieke kosten voor de EU. De potentiële kosten mogen dan wel niet worden overschat, maar ons algemeen oordeel is dat die waarschijnlijk hoger zullen zijn dan de eventuele voordelen voor de EU. Daarom stellen wij voor dat, tenzij ISDS gepaard gaat met aanzienlijke toezeggingen van de Verenigde Staten om ISDS-kosten te neutraliseren, het verstandig zou zijn voor de EU om alternatieven te overwegen”<sup>(16)</sup>.

## 5.9 De huidige politieke situatie

5.9.1 Zuid-Afrika, Bolivia, Ecuador, Venezuela en Indonesië zijn ermee begonnen om BIT's al dan niet geleidelijk op te zeggen. India is naar verluidt ook zijn verdragen aan het herzien en in de nasleep van het arrest Philip Morris heeft Australië aangekondigd geen ISDS-clausules in zijn toekomstige overeenkomsten meer op te nemen.

5.9.2 De Nationale conferentie van wetgevers, vertegenwoordiger van alle 50 Amerikaanse parlementaire organen, heeft aangekondigd<sup>(17)</sup> dat zij geen steun zal verlenen aan een handelsovereenkomst met een ISDS-mechanisme omdat ISDS afbreuk doet aan hun vermogen om als wetgevers billijke, niet-discriminerende regels vast te stellen en te handhaven ter bescherming van de volksgezondheid, de veiligheid en de welvaart, de gezondheid en veiligheid van werknemers en het milieu.

<sup>(16)</sup> „Trans-Atlantische investeringen Verdrag bescherming”, gelijktijdig gepubliceerd op het CEPS ([www.ceps.eu](http://www.ceps.eu)) en de CTR-website (<http://transatlantic.sais-jhu.edu>).

<sup>(17)</sup> <http://www.citizen.org/documents/State-Legislators-letter-on-Investor-State-and-TPP.pdf>



5.9.3 Ook in Europa groeit de weerstand tegen ISDS. Zo plaatsen Duitsland, Oostenrijk, Griekenland en Frankrijk vraagtekens bij de rechten van investeerders in het TTIP.

5.9.4 Verder is er ook kritiek in het EP: leden van de invloedrijke INTA hebben ertoe opgeroepen om ISDS uit het TTIP te schrappen.

5.9.5 Het Comité van de Regio's waarschuwt dat ISDS tussen de EU en de VS de gewone rechter omzeilt, een groot risico inhoudt en daarom maar beter kan worden geschrapt<sup>(18)</sup>.

5.9.6 Dit alles weerspiegelt de gevoelens van een veelvoud aan Europese organisaties van het maatschappelijk middenveld: die zijn ook tegen ISDS in het TTIP. Een van de cruciale bezwaren is dat als een investeerder zich eerst tot de nationale rechter wendt en een onherroepelijk vonnis krijgt, hij daarna alsnog zijn vordering bij een ISDS-tribunaal aanhangig kan maken. Op die manier wordt zo'n tribunaal de rechter in hoogste instantie en dat wordt als een regelrechte aanslag op de democratie beschouwd.

## 6. De openbare raadpleging van de Commissie over investeerdersbescherming en ISDS in het TTIP

6.1 Het EESC was en is ingenomen met het besluit van de Commissie om een openbare raadpleging te houden over ISDS in het TTIP. Met uitsluiting van dubbele reacties kwamen er 143 053 reacties binnen, hetgeen aantoont hoezeer de zaak leeft. Het in januari 2015 gepubliceerde werkdocument van de diensten van de Commissie bevat een diepgaande analyse van inhoud en essentie van die reacties<sup>(19)</sup>.

6.2 De raadpleging was gebaseerd op een referentietekst die op zijn beurt op de CETA was gebaseerd. Helaas waren het CETA-ontwerp en dat van de overeenkomst met Singapore geen voorwerp van de raadpleging. Deze ontwerpen, waarover de onderhandelingen zijn afgerond, werden echter wel als basis voor raadpleging gebruikt en dat nadat de inkt nog maar net droog was. Dat gaf velen het gevoel, voor een voldongen feit te staan: de raadpleging zou zijn bedoeld als legitimatie van de nieuwe generatie investeringsovereenkomsten die de EU zou willen sluiten. Deze vrees werd nog aangewakkerd omdat het raadplegingsdocument geconcentreerd was op allerlei modaliteiten maar niet op de principiële vraag of ISDS in het TTIP moest worden opgenomen. Het doel van de raadpleging was echter om de belanghebbenden te raadplegen over manieren om ISDS in het TTIP te verbeteren.

6.3 Verder voegde de raadpleging weinig toe aan het grote aantal gegevens dat reeds beschikbaar was door de actieve online-openbare discussie over ISDS. Het was echter toch een uiterst nuttige oefening in het naast elkaar leggen van de diverse aspecten van de zaak en ook werd het maatschappelijk middenveld de gelegenheid geboden om direct zijn standpunten te ventileren.

6.4 Het valt te betreuren dat sommige pleitbezorgers van ISDS de 97 % aan via diverse online-platforms ingediende collectieve reacties hebben genegeerd. Collectieve antwoorden vormen immers een legitiem onderdeel van een openbare raadpleging. Het EESC juicht het wel toe dat de Commissie heeft verzekerd dat met alle reacties op basis van gelijkheid rekening is gehouden.

6.5 Minder dan 1 % van de respondenten verklaarde in de VS te investeren, maar ziet dat niet als een punt van zorg. Betreffende kwesties als democratie en de soevereine rechten van staten om hun eigen zaken te regelen, zijn een breed gebaseerde input van het maatschappelijk middenveld en advies essentieel.

6.6 De Commissie heeft vier gebieden in kaart gebracht waarop verdere verbeteringen moeten worden onderzocht:

- bescherming van het recht te reguleren
- oprichting en werking van scheidsgerechten
- relatie tussen nationale gerechtelijke stelsels en ISDS
- beroepsmogelijkheden.

<sup>(18)</sup> CvdR — TTIP — ECOS — V-063 02/15.

<sup>(19)</sup> [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153044.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf)

Hierop wordt dieper ingegaan in de conceptnota „Investment in TTIP and beyond — the path for reform” (Investerings in het kader van het TTIP en daarbuiten — de weg naar hervorming), die commissaris Malmström in mei 2015 aan het Europees Parlement en de Raad heeft gepresenteerd.

6.7 Het EESC neemt met verbazing kennis van het feit dat tijdens de vergadering van de Dialoog met het maatschappelijk middenveld op 18 mei 2015 werd bevestigd dat het model voor investeerdersbescherming dat thans in de onderhandelingen over een vrijhandelsvereenkomst met Japan wordt gebruikt, het model is dat in de CETA is overeengekomen. Aangezien de commissaris in haar concepttekst „Investment in TTIP and beyond — the Path for Reform”, die op 6 mei aan het EP werd voorgelegd, tal van terreinen in de CETA-tekst aangeeft die voor verbetering vatbaar zijn, is het Comité bezorgd dat dit de basis voor onderhandelingen met een belangrijke mondiale partner als Japan zal blijven vormen.

## 7. Het recht te reguleren

7.1 Het stemt tot zorg dat het European Service Forum in zijn respons erom vraagt uitzonderingen en beperkingen tot een minimum te reduceren en de Commissie verzoekt om haar onderhandelingsmandaat ex het Verdrag van Lissabon te gebruiken om het ISDS te verbeteren en te versterken, en niet om het te verzwakken. Voornoemde vraag betreft ongekwalificeerde meestbegunstigings-, nationale-behandelings- en faire en billijke behandelingsclausules, alsook een brede parapluclausule en verder geen uitzonderingen voor bepaalde sectoren, geen filtermechanismen en volledige vergoeding voor directe en indirecte onteigening<sup>(20)</sup>.

7.2 ISDS wordt steeds meer gebruikt om de nationale rechtsstelsels te omzeilen en in plaats daarvan overheden voor particuliere internationale tribunalen te dagen en door de belastingbetaler op te hoesten vergoedingen te eisen voor beleid van algemeen belang dat winst zou beperken. Dit is vooral het geval op het gebied van gezondheid en milieubescherming.

7.3 Recente geruchtmakende gevallen hebben het verzet tegen ISDS nog versterkt:

- Philip Morris tegen Australië over gezondheidswaarschuwingen op sigarettenpakjes: het bedrijf voerde aan dat die waarschuwingen de waarde van haar investeringen in handelsmerken en andere intellectuele-eigendomsrechten aantasten;
- Vattenfall vordert met een beroep op het ECT meer dan 3,7 miljard USD van Duitsland naar aanleiding van het besluit om geleidelijk met kernenergie te stoppen;
- Lone Pine wil 250 miljoen Canadese dollars van Canada nadat de provincie Québec uit milieuoverwegingen een moratorium op schaliegaswinning had ingesteld;
- Veolia begint een ISDS-zaak tegen Egypte omdat het besluit van dat land tot verhoging van het minimumloon de winst van die onderneming zou doen verminderen;
- Libië werd veroordeeld tot betaling van 935 miljoen USD aan een Koeweitse onderneming wegens gederfde winst uit reële en zekere kansen als gevolg van annulering van een toeristisch project<sup>(21)</sup>. Die onderneming had slechts 5 miljoen USD geïnvesteerd in het project en de bouw ging nooit van start.
- Roemenië werd gedaagd door Micula vanwege een investering die het bedrijf in het kader van een Roemeens stimuleringsproject had gedaan voordat het land toetrad tot de EU. Na toetreding moest Roemenië het project wegens de EU-steunbepalingen afblazen. Het scheidsgerecht kende Micula een schadevergoeding toe van 116 000 USD, vermeerderd met rente (geraamd totaal 250 000 USD) vanwege niet-nakoming door het land van zijn verplichtingen in het kader van de BIT. In 2014 heeft DG Concurrentie Roemenië voorlopig bevolen niet te betalen, want de vergoeding zou als onrechtmatige staatssteun worden beschouwd. Desondanks hebben de arbiters Micula toegestaan om de schadevordering bij VS-rechters voort te zetten op basis van een clausule die naar het Verdrag van New York verwijst.

<sup>(20)</sup> ESF-reactie op de ISDS-raadpleging, 20.6.2014.

<sup>(21)</sup> <http://www.iisd.org/itn/2014/01/19/awards-and-decisions-14/>

7.4 Investeringsverdragen verbieden iedere beperking van repatriëring van fondsen of winst. Overheden mogen geen kapitaalcontroles uitvoeren om druk op hun valuta te bestrijden of „hot money”-stromen in een crisis beperken, hoewel het IMF van mening is dat dergelijke controles essentieel zijn. Geen enkele staat is harder door ISDS geraakt dan Argentinië: het land moest meer dan 500 miljoen USD betalen naar aanleiding van zijn besluit om in 2002 de peso los te koppelen van de Amerikaanse dollar.

7.5 Er bestaan uitzonderingen voor openbare diensten in hoofdstuk 11 van de CETA (*grensoverschrijdende handel in diensten*), maar er zijn geen vrijstellingen of uitzonderingen voor die diensten in hoofdstuk 10 (*bescherming van investeringen*). Ofschoon het in beginsel zo moet zijn dat investeerders worden beschermd tegen willekeurige besluiten van nationale autoriteiten, geven de definities van *onteigening* en met name van *indirecte onteigening* aanleiding tot bezorgdheid met betrekking tot de vrijheid van staten om bepaalde activiteiten die door commerciële entiteiten worden uitgevoerd om redenen van algemeen belang weer in eigen handen te nemen. Onteigening omvat volgens hoofdstuk 10 alle wetgeving die leidt tot vermindering van de waarde van particuliere ondernemingen. De vergoeding dient dan een afspiegeling te zijn van *werkelijk verlies*. Dit zou het onbetaalbaar kunnen maken voor staten om diensten weer zelf te gaan verlenen.

7.6 In de CETA wordt erkend dat de definitie van indirecte onteigening te breed is en in bijlage X, 11, paragraaf 3 wordt gepoogd de zaak te verduidelijken door beleidsdoelstellingen te noemen waarbij er geen sprake van indirecte onteigening is: onder meer gezondheid, veiligheid en milieu. Het gevaar bestaat echter dat dit zou kunnen worden geïnterpreteerd als zijnde limitatief. Andere bredere doelstellingen van overheidsbeleid, zoals economisch of begrotingsbeleid of renationalisatie van essentiële diensten, zouden dan via ISDS bloot kunnen staan aan vorderingen wegens indirecte onteigening. Hier moet stellig opheldering komen.

7.7 In de aankondiging van haar plannen om te voorkomen dat investeerders misbruik maken van ISDS merkt de Commissie op dat zij graag bepalingen in het TTIP wil opnemen die kansloze vorderingen voorkomen<sup>(22)</sup>. De ontwerp-CETA voorziet ook in een snelle procedure voor de afwijzing van ongegronde en kansloze vorderingen. Echter, „kansloos” is strikt juridisch gezien bijzonder moeilijk te definiëren en dat zou nog wel eens een voedingsbron kunnen worden voor in investeringenzaken gespecialiseerde advocaten.

7.8 Het CETA-ontwerp bevat ook een definitie van *eerlijke en billijke behandeling*. Deze notie wordt door ISDS-tegenstanders te ruim geacht en door de zakenwereld als onvoldoende flexibel. Zij laat interpretatievrijheid aan het scheidsrecht en ook ontbreekt het aan een flexibel herzieningsmechanisme.

7.9 Alleen al de dreiging van een ISDS-zaak kan een regelgevende autoriteit ervan afschrikken om in het algemeen belang te reguleren en zulks uit angst voor rechtszaken en de daaruit voortvloeiende geldelijke sancties. Zo heeft de Nieuw-Zeelandse regering regelgeving voor de verpakking van tabaksartikelen uitgesteld in afwachting van de beslissing in de zaak Philip Morris tegen Australië.

7.10 In een rondschrijven van advocatenkantoor Freshfields Bruckhaus Deringer aan zijn multinationale cliëntèle valt te lezen: *ondernemingen zijn nu beter op de hoogte van de mogelijke relevantie van investeringsovereenkomsten, niet alleen als een bescherming in ultimo als er iets fout gaat, maar ook als een belangrijk risicobeperkend instrument ex ante bij het aangaan van investeringen.*

7.11 Weliswaar heeft de Commissie zich ertoe verbonden om ervoor te zorgen dat een staat in het kader van de toekomstige handels- en investeringsovereenkomsten van de Unie niet kan worden gedwongen een maatregel in te trekken, maar dan nog gaat zij voorbij aan de mogelijke gevolgen van een dreigende miljardenclaim.

7.12 Het CETA-ontwerp bepaalt ook dat de kosten van arbitrage moeten worden gedragen door de in het ongelijk gestelde partij. Dit betekent dat de indieners van onbeduidende vorderingen alle kosten moeten dragen. De enorme omvang van veel van de meest recente vorderingen maakt het echter onwaarschijnlijk dat dit een belemmering zal vormen voor multinationals met genoeg cash en gespecialiseerde advocatenkantoren. Zij gokken immers op de potentiële baten. Maar anderzijds zouden die gemiddelde kosten van 4 miljoen USD per partij wel eens kunnen fungeren als een belangrijke hindernis voor kleine en middelgrote ondernemingen (kmo's) om ISDS-claims in te dienen.

<sup>(22)</sup> De factsheet over ISDS, paragraaf 8, 3.10.2013.

## 8. Oprichting en werking van scheidsgerechten

8.1 Het bestaande systeem wordt uitgelegd in hoofdstuk 3. Het bleek bij de raadpleging een zaak van zorg in brede kring te zijn.

Er bestaat algemene overeenstemming dat ISDS niet in haar huidige vorm kan worden voortgezet.

### 8.2 *Investeringsarbiters*

8.2.1 Arbiters worden per zaak geselecteerd door de partijen. Iedere partij draagt er een voor en beiden moeten het eens worden over een derde. Indien zij dat niet kunnen, dan is er gewoonlijk een autoriteit die de derde aanwijst. Zulks in tegenstelling tot nationale rechters die niet op basis van aanwijzing door partijen werken. Zij komen doorgaans uit ICSID- en UNCITRAL-kringen en behoren tot de juridische elite: bijv. ervaren juristen, hoogleraren en voormalige rechters. In tegenstelling tot de WTO-praktijk lijkt het er niet op dat ISDS-raadsleden van een staat of personen die namens een overheid een investeringsverdrag hebben onderhandeld, geselecteerd zijn als arbiter in zaken betreffende andere staten.

8.2.2 Zoals aangegeven door Corporate Europe Observatory (CEO)<sup>(23)</sup>: velen onder hen hebben ook reeds in andere zaken gepleit: 50 % voor investeerders en 10 % voor staten. Dit verwisselen van de rollen tussen een relatief klein aantal personen (15 advocaten zijn opgetreden als arbiter in 55 % van alle gevallen)<sup>(24)</sup> wordt soms gezien als resulterend in wederzijdse „beroeppsolidariteit” die kan leiden tot „ongezonde compromissen”<sup>(25)</sup>. De toename van het aantal wrakingen illustreert de bezorgdheid over de onpartijdigheid van de kandidatenreserve<sup>(26)</sup>.

8.3 Duidelijk is dat de CETA-bepalingen inzake selectie en gedrag van de arbiters en het verloop van de procedure, ondanks de erkenning door velen als verbetering op sommige gebieden, niet op brede steun van het maatschappelijk middenveld kunnen rekenen. Er bestaat ernstige bezorgdheid over de oprichting en werking van scheidsgerechten:

- Voorstellen van staten om regels ten behoeve van het openbaar belang uit te vaardigen kunnen leiden tot een vordering tot schadevergoeding waarover een panel van drie particuliere juristen beslist.
- Garanties tegen belangenconflicten zijn zwak en zullen weinig helpen om de angst weg te werken dat die in een ISDS-systeem kunnen worden voorkomen. Artikel X, lid 25, bepaalt dat arbiters moet voldoen aan de International Bar Association-richtsnoeren inzake belangenconflicten in internationale arbitrage. Dit is echter geen oplossing voor het fundamentele probleem van specifieke personen die optreden als raadsman en arbiter voor dezelfde partij in verschillende zaken, en dat is het centrale thema ter zake van belangenconflicten.
- In het CETA-ontwerp valt te lezen dat de transparantieregels van de UNCITRAL gelden voor openbaarmaking van informatie en dat hoorzittingen voor het publiek toegankelijk zijn. Deze aanvankelijk aantrekkelijke steunbetuiging aan transparantie werd vervolgens echter aanzienlijk afgezwakt door de bepaling dat een tribunaal over ruime discretionaire bevoegdheid beschikt om achter gesloten deuren zitting te houden en documenten niet vrij te geven.

<sup>(23)</sup> Corporate Europe Observatory (CEO) is een non-profit-onderzoek- en campagnegroep die onderzoek doet naar en publiceert over lobbyactiviteiten van bedrijven op EU-niveau. (<http://corporateeurope.org/>).

<sup>(24)</sup> EPRS ISDS — stand van zaken en vooruitzichten voor de hervorming, 21.1.2014.

<sup>(25)</sup> OESO, werkdocument nr. 2012/3 inzake internationale investeringen, blz. 44-45.

<sup>(26)</sup> UNCTAD — hervorming van ISDS — een stappenplan — discussienota, nr. 2, juni 2013, blz. 4.

## 9. Relatie tussen nationale gerechtelijke stelsels en ISDS

9.1 BDI's hebben momenteel een bijna uniek recht: een persoon kan een staat op grond van het internationaal recht aan arbitrage onderwerpen. De rechten van de mens omvatten specifieke rechten, maar toch, vooral om te voorkomen dat de nationale rechter wordt genegeerd, is een persoon verplicht om de nationale rechtsmiddelen uit te putten alvorens een vordering bij een internationale rechter in te dienen. De CETA vergt geen uitputting. Investeerders dienen enkel naar overleg te zoeken.

9.2 De lidstaten hebben een aantal met de Verdragen en de nationale constituties verband houdende cruciale zorgen geuit over ISDS, zoals vervat in de CETA en overwogen voor het TTIP<sup>(27)</sup>. De voorgestelde verbeteringen van ISDS in BIT's hebben deze zorgen nog niet weggenomen<sup>(28)</sup>. In haar handelsbeleid (artikelen 205 en 207 VWEU) is de EU gebonden aan de beginselen die zijn neergelegd in artikel 3 VEU, het HvG en andere Europese wettelijke normen.

Via een handelsovereenkomst waarbij investeringsgeschillen worden beslecht via internationale arbiters, die niet op dezelfde wijze als de „gewone” rechter gebonden zijn, kunnen beslissingen worden genomen die niet in overeenstemming met het Unierecht zijn (zie par. 7.3 — Micula/Roemenië).

9.3 Deze delegatie van bevoegdheid aan particuliere arbiters die niet gebonden zijn aan de beginselen van de EU zou wel eens strijdig met het Verdrag van Lissabon en daarmee zeer *ultra vires* kunnen zijn. Het HvJ oordeelde dat de invoering van een dergelijke internationale bevoegdheid niet mag raken aan het beginsel van eerbiediging van de autonomie van de rechtsorde van de Unie en de in de Verdragen vastgelegde attributie<sup>(29)</sup>.

9.4 Aangezien ISDS in het TTIP goedgekeurd moet worden via een gemengde overeenkomst die instemming van alle 28 nationale parlementen vergt voor de (voorlopige) inwerkingtreding, moet het subsidiariteitsbeginsel worden erkend met betrekking tot de uitsluiting van de nationale rechterlijke instanties.

9.5 Erkend moet ook worden dat er een spanningsveld bestaat tussen het EU- en het internationale recht, met name waar het gaat om het rechtsmachtmonopolie van het HvJ (artikel 19 VEU en de artikelen 263 e.v. VWEU). Het advies van het HvJ over de toetreding van de EU tot het EVRM<sup>(30)</sup> en de eis van de Commissie om voorrang van het EU-recht in zaak Micula/Roemenië spreken in dit verband voor zich. Krachtens artikel 14.16 van het CETA-ontwerp werkt die overeenkomst niet direct en moeten de CETA-bepalingen in het recht van de EU of de lidstaten worden opgenomen alvorens investeerders er een beroep op kunnen doen. Dit zorgt voor een verdere bemoeilijking van de betrekkingen tussen de rechtsorde van de Unie en ISDS-uitspraken.

9.6 Voor het allereerst zou ISDS worden opgenomen in FTA's van de EU met een wereldwijde impact op lidstaten en vele burgers. Daarom is het volgens het EESC vitaal dat het HvJ vooraf nagaat of er overeenstemming met het EU-recht is, met name met betrekking tot de fundamentele waarden van de Unie en haar HvG, maar ook aangaande het monopolie van het HvJ betreffende uitleg en subsidiariteit. Daarom moet adequaat juridisch advies worden ingewonnen en worden opgevolgd voordat de overeenkomst in werking treedt, en ook vóór de voorlopige inwerkingtreding ervan (artikel 218 VWEU). In dit verband moet worden opgemerkt dat als de CETA in werking treedt, zij een „overlevingsclausule” bevat: wordt de overeenkomst op welke wijze dan ook beëindigd, dan blijft zij daarna nog 20 jaar gelden voor investeringen die zijn gedaan vóór beëindiging.

<sup>(27)</sup> Adviezen: „Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA)” (European and constitutional law provisions for the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between the EU and Canada) door Dr Andreas Fischer-Lescano, Bremen, October 2014; „Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective” door Dr Markus Krajewski, Friedrich-Alexander-University, Erlangen-Nürnberg, FES October 2014; „Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit (Free trade agreements: some comments on the issue of private arbitration)” door Prof. Siegfried Broß, Report on Mitbestimmungsförderung (co-determination promotion) No 4, H.Böckler Stiftung, 2015.

<sup>(28)</sup> „CETA: „verkaufte Demokratie”, Corporate Europe Observatory.

<sup>(29)</sup> HvJ, Advies 1/91 van 14.12.1991 — EER I; Advies 1/00 van 18.4.2002 — ECAA; Advies 1/09 van 8.3.2011 — Octrooigerecht.

<sup>(30)</sup> HvJ Advies 2/13 van 18.12.2013 09

9.7 Bovendien is het dringend zaak dat de Commissie gaat nadenken over de vraag wat te doen met intra-EU-BIT's en BIT's tussen lidstaten en derde landen. Bij dat laatste moet vooral worden gedacht aan BIT's met ontwikkelde landen zoals de Verenigde Staten en Canada, die niet-hervormde ISDS-mechanismen bevatten en die momenteel kunnen worden gebruikt ter betwisting van het recht van een staat om te reguleren en legitieme beleidsdoelstellingen te verwezenlijken. De meeste van deze overeenkomsten bevatten ook overlevingsclausules waardoor hun beëindigingsproces nog gecompliceerder wordt.

## 10. Beroepsmogelijkheden

10.1 Bij de raadpleging is duidelijk gebleken dat er in het maatschappelijke middenveld brede steun voor een beroepsmechanisme bestaat en dat werd bevestigd tijdens de door het EESC georganiseerde openbare hoorzitting.

10.2 Het CETA-ontwerp bevat geen beroepsprocedure, maar biedt wel de mogelijkheid om zo'n procedure in te voeren. Er is namelijk voorzien in toekomstige raadplegingen over beroepsstelsels en -modaliteiten. Maar daarmee wordt de zaak in wezen naar de lange termijn verschoven en dus gebagatelliseerd. Er moet dan ook snel een oplossing worden gevonden.

10.3 In principe is de toekenning van een vergoeding door een arbiter onherroepelijk en kan slechts in zeer extreme omstandigheden tot herziening of vernietiging worden overgegaan<sup>(31)</sup>. Dit blijft flink achter bij enig nationaal rechterlijk stelsel en er wordt evenmin tegemoet gekomen aan de tijdens de raadpleging geuite fundamentele bezorgdheden.

## 11. De hervorming van ISDS

11.1 UNCTAD heeft vijf opties gedefinieerd:

- Afstemming van bestaande systemen middels internationale investeringsovereenkomsten
- Beperking van de toegang van investeerders tot ISDS
- Bevordering van alternatieve geschillenbeslechting tussen staten (ASR)
- Invoering van een beroepsmogelijkheid
- Oprichting van een permanent Internationaal Investeringshof.

11.2 Deze opties verdienen nadere bestudering. De Commissie heeft zich beziggehouden met de eerste vier opties bij het ontwerpen van een nieuwe benadering van investeringsbescherming en ISDS in het CETA-ontwerp en de ontwerpovereenkomst met Singapore. De raadpleging heeft echter opgeleverd dat diepgewortelde problemen nog steeds bestaan. Het Comité is van mening dat de invoering van een Internationaal Investeringshof de beste weg is. Zo'n hof zou in hoge mate kunnen zorgen voor legitimiteit en transparantie van het systeem en een meer consistente interpretatie en grotere nauwkeurigheid van beslissingen. Het is in dit verband ingenomen met de opmerking die de commissaris Handel tijdens de INTA-vergadering van 18 maart 2015 maakte: volgens haar zou een multilaterale gerechtelijke instantie een doelmatiger gebruik van middelen en meer legitimiteit belichamen.

11.3 *Het Comité is echter van mening dat onderhandelingen over ISDS in het TTIP met een optie voor de middellange termijn naast de bespreking van de oprichting van zo'n hof niet de juiste weg is.* Indien een akkoord in het kader van het TTIP wordt gevonden, zal het bijna zeker „de gouden standaard” worden en de vooruitzichten voor dat hof ondermijnen. De situatie wordt verder gecompliceerd door het feit dat het TTIP niet een automatische blauwdruk van de CETA is. Het is belangrijk te benadrukken dat de onderhandelingen over de CETA zijn afgerond en er geen garantie bestaat dat de Canadese regering zal instemmen met inpassing van wijzigingen waarover in het kader van het TTIP overeenstemming is bereikt.

<sup>(31)</sup> Artikel 52 ICSID.



11.4 Door de huidige strategie kan de Commissie worden geconfronteerd met het vooruitzicht dat haar eerste set onderhandelingen over bescherming van investeerders kan resulteren in drie verschillende stelsels voor resp. de VS, Canada en Singapore. Anderzijds zal de Commissie alleen na zeer moeizame onderhandelingen een uniform systeem uit het vuur kunnen slepen. Het zou dan wel eens vrijwel onmogelijk kunnen zijn om de nodige steun te krijgen voor inspanningen ten behoeve van de oprichting van een internationaal gerecht.

11.5 Het EESC concludeert derhalve dat nu grote spelers op de wereldmarkt, zoals de VS, Canada en Japan, betrokkenen zijn bij de huidige besprekingen over handel en investeringen er een unieke gelegenheid bestaat om naar een Internationaal Investeringshof te streven. Het denkt ook dat dit tevens de beste kans biedt om de ontwikkelingslanden, waar de behoefte aan investeerdersbescherming vast groter is, ervan te overtuigen om deel te nemen aan een nieuwe wereldwijde systeem.

Brussel, 27 mei 2015.

*De voorzitter*  
*van het Europees Economisch en Sociaal Comité*  
Henri MALOSSE

---

## BIJLAGE

**bij het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité**

Het volgende tegenadvies, waarvoor ten minste een kwart van alle stemmen is uitgebracht, is tijdens de beraadslaging verworpen:

**De gehele tekst van het advies schrappen en vervangen als volgt:****1. Conclusies en aanbevelingen**

1.1 Buitenlandse directe investeringen (BDI) dragen in hoge mate bij tot economische groei en werkgelegenheid. Bedrijven die investeren in een ander land nemen ipso facto een specifiek risico, maar buitenlandse contractpartners dienen te worden beschermd tegen buitensporige en oneerlijke behandeling door het gastland, zoals via directe onteigening, discriminatie op grond van nationaliteit en oneerlijke en ongelijke behandeling in vergelijking met binnenlandse investeerders. Een neutrale geschillenbeslechting is belangrijk. Investeringen zijn vaak een zaak van lange adem en politieke omstandigheden in de gastlanden kunnen veranderen.

1.1.1 Bij een internationale investeringsovereenkomst (International Investment Agreement — IIA) tussen twee staten (of regio's) speelt ook internationaal recht een rol. Om doeltreffend te zijn, heeft dat recht behoefte aan een evenwichtig en internationaal mechanisme voor geschillenbeslechting.

1.1.2 De meeste IIA's brengen individuele ondernemingen en gastlanden evenwel samen in een ISDS-procedure<sup>(1)</sup>. De ISDS toetst achteraf. In tegenstelling tot de procedure voor geschillenbeslechting van de WTO moet een staat als hij een zaak verliest, uitsluitend compensatie betalen. Het hoeft de wetgeving in kwestie niet in te trekken. Investeringen vallen niet onder de bevoegdheden van de WTO sinds zij van de agenda van de Doha-ronde in 2003 werden geschrapt.

1.2 De EU is zowel de grootste verstrekker en ontvanger van buitenlandse investeringen. Investeringen zijn van essentieel belang voor het Europese bedrijfsleven, met inbegrip van het midden- en kleinbedrijf. Het Comité is dan ook ingenomen met het standpunt van de Commissie<sup>(2)</sup> dat ISDS:

- een belangrijk instrument is voor het beschermen van investeringen en derhalve voor het bevorderen en veiligstellen van de economische groei in de EU;
- een doeltreffende manier is om de naleving af te dwingen van de verplichtingen die onze handelspartners met onze investeerders overeenkomen bij het sluiten van investeringsovereenkomsten.

1.2.1 Een Business Round Table, georganiseerd door de groep Werkgevers van het EESC over het trans-Atlantisch partnerschap voor handel en investeringen (TTIP), stelde<sup>(3)</sup>: „Een internationale overeenkomst zoals het TTIP moet de juiste voorwaarden scheppen voor het aantrekken van een hoog niveau van toekomstige investeringen op de trans-Atlantische markt. Dit houdt in verlening van ruime toegang en niet-discriminerende behandeling van investeerders aan beide zijden en verbetering van het huidige kader voor de bescherming van investeringen, inclusief ISDS door deze toegankelijker te maken voor het MKB, en een evenwicht te vinden tussen de rechten van investeerders en het recht van staten en lokale overheden om te reguleren in het algemeen belang.”.

<sup>(1)</sup> Ongeveer 93 % van de meer dan 3 250 IIA's bevatten ISDS-regelingen, maar de procedure werd slechts in minder dan 100 gevallen, minder dan 3 % gebruikt.

<sup>(2)</sup> EC — factsheet over ISDS — paragraaf 2, 3.10.2013.

<sup>(3)</sup> EESC Business Round Table — gemeenschappelijke verklaring over het TTIP, 16.12.2014.

1.3 De handelsovereenkomst tussen de EU en Canada (CETA), die nog geratificeerd moet worden, bevat een uitvoerig hoofdstuk over investeringsbescherming en ISDS. Deze overeenkomst is, samen met het hoofdstuk over investeringen in de vrijhandelsovereenkomst EU-Singapore<sup>(1)</sup>, de eerste die ooit door de EU gesloten is nadat zij in 2009 in het kader van het Verdrag van Lissabon bevoegdheid voor investeringen kreeg. Er is een lange weg afgelegd om onopgeloste vraagstukken aan te pakken, maar de ISDS moet verder worden uitgebouwd.

1.4 Afgezien van het beginsel van „meest begunstigde natie” (MFN), en de dekking die de Commissie gewoonlijk opneemt voor compensatie in geval van oorlog, revolutie en dergelijke, dringt het Comité erop aan om de bescherming van investeerders krachtens een IIA, waarbij dus ISDS van toepassing is, te beperken tot vier essentiële vormen van bescherming, te weten:

- geen discriminatie op grond van de nationaliteit van de investeerder;
- een minimumnorm voor behandeling, gewoonlijk aangeduid als „eerlijk en billijk”;
- snelle, adequate en effectieve vergoeding bij onteigening (niet discriminerend en volgens geijkte procedures);
- mogelijkheid om kapitaal over te maken in verband met de investeringen.

1.5 In de loop der tijd is er sprake geweest van echt of vermeend misbruik van ISDS, en daar moet iets aan worden gedaan. ISDS moet worden gemoderniseerd. Het Comité is ingenomen met de vier gebieden die nader moeten worden onderzocht op het stuk van investeringsbescherming en ISDS, die de Commissie in januari 2015 heeft aangewezen naar aanleiding van de openbare hoorzitting over investeringsbescherming en ISDS in het kader van het TTIP, nadat de lidstaten met eenparigheid van stemmen toestemming hadden gegeven om ISDS op te nemen in het onderhandelingsmandaat.

1.5.1 Dit waren:

- bescherming van het recht van staten om te reguleren;
- oprichting en werking van scheidsgerichten;
- beroepsmogelijkheden tegen ISDS-beslissingen;
- de relatie tussen ISDS en nationale rechtsstelsels.

1.5.2 Volgens het Comité is een adequate bescherming van **het recht van een staat om regels uit te vaardigen** van essentieel belang, en moeten resterende dubbelzinnigheden worden weggenomen. Zoals het in zijn advies over het TTIP<sup>(2)</sup> al heeft verklaard, acht het EESC het „essentieel dat een eventuele ISDS-bepaling in het TTIP de mogelijkheid van de lidstaten intact laat om in het openbaar belang regulerend op te treden”. Eerdere IIA's waren voornamelijk opgesteld met het oog op de bescherming van investeringen. Zowel de CETA als de overeenkomst met Singapore hebben de belangrijkste definities aangescherpt om ongegronde interpretaties te voorkomen, en bevatten in de preambule een specifieke verwijzing naar het recht om regels uit te vaardigen. Het EESC is van oordeel dat dit in het dispositief van de overeenkomsten moet worden opgenomen, als een specifiek artikel.

1.5.3 Het is van essentieel belang dat **arbiters van ISDS-tribunalen** volkomen onpartijdig zijn en geen aanleiding geven tot belangenconflicten. Het EESC dringt erop aan dat alle arbiters moeten worden gekozen uit een lijst die vooraf door de partijen bij de overeenkomst is opgesteld, en dat duidelijk wordt vastgesteld welke kwalificaties worden vereist voor dergelijke arbiters, met name dat zij gekwalificeerd zijn voor rechterlijke functies en over bewezen deskundige kennis beschikken op de relevante gebieden van het internationale recht.

<sup>(1)</sup> Deze moet ook nog worden geratificeerd en wordt betwist voor het Hof van Justitie om te bepalen of er sprake is van een „gemengde” overeenkomst en dus goedkeuring door alle parlementen van de lidstaten nodig is.

<sup>(2)</sup> EESC-advies over *Trans-Atlantische handelsbetrekkingen en standpunten van het EESC over nauwere samenwerking en een mogelijk vrijhandelsakkoord tussen de EU en de VS*, 4 juni 2014 (PB C 424, 26.11.2014, blz. 9).

1.5.4 Ook is het van essentieel belang dat er een beroepsmogelijkheid komt; een juridische procedure zonder recht van beroep is terecht zeer zeldzaam, hoewel dit wel voorkomt in het kader van de huidige IIA's. Het EESC stelt vast dat in de oorspronkelijke onderhandelingsrichtsnoeren voor het TTIP melding was gemaakt van een beroepsmechanisme. Het ontwerp van een dergelijk mechanisme zal van cruciaal belang zijn, ook als het gaat om de methoden voor aanwijzing van de leden, hun kwalificaties en beloning, en de eventuele termijnen. Het mechanisme zou moeten kunnen worden ingesteld bij onjuiste rechtsopvattingen en feitelijke onjuistheden. Er zou tijdig aandacht moeten worden besteed aan de vraag of een bilateraal mechanisme multilateraal kan worden gemaakt, eventueel naar het voorbeeld van de beroepsinstantie van de WTO. Een dergelijk mechanisme zal altijd extra kosten met zich mee brengen, iets waarmee rekening moet worden gehouden.

1.5.5 De relatie tussen **ISDS en de nationale rechtsstelsels** zal een hardere noot zijn om te kraken. IIA's zijn internationale overeenkomsten, en de nationale rechter is niet altijd bevoegd om vragen van internationaal recht uit te leggen. Zelfs de beste systemen kunnen falen, maar dubbele claims zouden verboden moeten zijn. Potentieel procederende partijen zouden aan het begin van de procedure een definitieve keuze moeten maken, of zij zouden het recht om naar de nationale rechter te stappen moeten verliezen zodra zij hun toevlucht nemen tot ISDS.

1.6 Op langere termijn zou de oplossing gelegen zijn in een multilateraal, **internationaal tribunaal**. Dit moet parallel aan de ontwikkeling van ISDS in het kader van het TTIP en elders worden ontwikkeld. Het is absoluut noodzakelijk dat er een zekere vorm van internationale investeerdersbescherming blijft terwijl er wordt onderhandeld over de oprichting van een dergelijke internationale instantie.

1.6.1 Er moet voldoende kritische massa zijn voor de oprichting van een internationaal tribunaal, als langetermijn-doelstelling voor de beslechting van investeringsgeschillen. Om algemeen te worden aanvaard moet een dergelijk internationaal beroepsmechanisme op basis van consensus worden vastgesteld. Er moet dan ook een oplossing worden gevonden voor de potentiële problemen waarmee alle nieuwe internationale instanties — waaronder het Internationaal Strafhof — te maken kunnen krijgen.

1.6.2 Het EESC ziet niet veel heil in het voorstel om de leden van de G7, die momenteel allen betrokken zijn bij IIA-onderhandelingen, alvast te laten beginnen met de ontwikkeling van een apart internationaal gerechtshof. De kritische massa kan alleen worden bereikt als van begin af aan wordt deelgenomen door veel meer landen, en de deur open wordt gelaten voor anderen om later in te stromen als en wanneer zij geïnteresseerd zijn.

1.6.3 Intussen beveelt het EESC aan dat de EU en de VS overeenstemming bereiken over een bilaterale regeling voor geschillenbeslechting in het TTIP.

## 2. Achtergrond

2.1 Het EESC merkt op dat, indien twee landen streven naar economische betrekkingen met elkaar via een internationale investeringsovereenkomst, zij elkaar zullen beloven dat zij bepaalde niveaus van behandeling van investeerders en investeringen uit het andere land zullen garanderen. Deze vrijwillig gedane beloftes moeten vervolgens de gehele nationale ratificatieprocedure doorlopen. Daarbij wordt in geen enkel opzicht voorrang gegeven aan bedrijfsbelangen boven het recht van overheden om te reguleren. Wel vereist de rechtstaat dat overheden hun gegeven garanties nakomen.

2.2 Uiteraard willen staten bepalingen in een IIA opnemen om hun bedrijven tegen discriminerende praktijken van hun handelspartners te beschermen. Maar het is onrealistisch om te veronderstellen dat een schadelijgend bedrijf kan verwachten dat ieder geschil automatisch tussen de staten zal worden afgehandeld, d.w.z. dat de zaak naar politiek of diplomatiek niveau wordt getild.

2.2.1 Als bedrijven op de EU zouden moeten vertrouwen voor de afhandeling van geschillen tussen staten, dan zou slechts een klein aantal geschillen kunnen worden aangepakt en zouden kleinere bedrijven waarschijnlijk minder snel gehoord worden. Het is onwaarschijnlijk dat er veel zaken zouden worden aangespannen tussen twee volwassen democratische rechtsstelsels, maar als een geschillenbeslechtingsprocedure tussen staten de norm zou worden, dan zou het aantal potentiële zaken wellicht stijgen en dat zou grote gevolgen hebben voor de middelen van staten.

2.2.2 Zoals commissaris Malmström zelf heeft opgemerkt in verband met de TTIP-onderhandelingen<sup>(1)</sup>, kan het internationale recht niet worden aangevoerd voor een Amerikaanse rechtbank, en er is geen Amerikaanse wet die discriminatie van buitenlandse investeerders verbiedt. In andere landen zijn nationale rechtbanken wellicht minder betrouwbaar.

<sup>(1)</sup> EP, 6 mei.

2.2.3 Investeringszaken zijn iets anders dan handel. In een handelsconflict is het duidelijk aan de staat om het voortouw te nemen. Bij dergelijke conflicten gaat het veelal om producten als bananen, zonnepanelen of textiel: veel WTO-afwikkelingsprocedures voor geschillen gaan over dumping.

### 3. ISDS door de jaren heen

3.1 Hoewel het totale aantal ISDS-gevallen klein blijft <sup>(1)</sup>, wordt er sinds 2002 wel aanzienlijk vaker gebruik gemaakt van deze procedure. Dit staat in verhouding tot de stijging van de totale hoeveelheid buitenlandse directe investeringen, die in 2013 wereldwijd meer dan 25 000 miljard US-dollar bedroegen. Europese investeerders zijn sinds 2002 goed voor ongeveer 50 % van alle vorderingen. Een flink aantal hiervan is afkomstig van kleinere of gespecialiseerde bedrijven <sup>(2)</sup>. Het is belangrijk dat een nieuwe ISDS-procedure toegankelijker wordt voor kleine en middelgrote ondernemingen.

3.1.1 Van de 356 bekende zaken die zijn afgesloten, werden er 25 % opgelost ten voordele van de investeerder en 37 % ten gunste van de staat. De rest werd geschikt <sup>(3)</sup>.

3.2 Door — werkelijke en vermeende — problemen als gevolg van het resultaat van een aantal ISDS-zaken wereldwijd, waaronder een aantal nog lopende zaken, maakt een steeds aanzienlijker deel van de publieke opinie in de EU, onder leiding van vakbonden, ngo's en andere organisaties, zich zorgen over het gebruik van deze procedure en rijst er steeds meer verzet tegen een hoofdstuk over investeringen en ISDS in het TTIP.

3.3 Zonder herziening van de ISDS en de opname van een hoofdstuk over investeringen in het TTIP zouden vorige regelingen zoals aangetroffen in de 1 400 bilaterale investeringsovereenkomsten (BIT's) die door afzonderlijke lidstaten (m. u.v. Ierland) zijn gesloten, en met name de akkoorden die eerder door negen lidstaten met de VS zijn bereikt, uiteraard nog steeds van toepassing zijn en geldig blijven.

#### Stemuitslag:

Voor:	94
Tegen:	191
Onthoudingen:	25

---

<sup>(1)</sup> Eind 2014 waren dat 610 gevallen.

<sup>(2)</sup> Volgens de Kamer van Koophandel van Stockholm werd ongeveer 22 % van de circa 100 tussen 2006 en 2011 afgehandelde zaken aangespannen door kleine en middelgrote ondernemingen. In het geval van Duitsland was dat 30 %, aldus het *Bundesverband der Deutschen Industrie* (BDI).

<sup>(3)</sup> EC — factsheet over ISDS — 3 oktober 2013.