

Stakeholderconsultatie: Arbitrage (ISDS en ICS) in het EU-handelsbeleid

Verslag, 9 februari 2017

INHOUD

1 WELKOM DOOR FREDDY EVENS..... 2

2 TOELICHTING BIJ ISDS EN ICS DOOR KEVIN VEBELEN 2

3 PANELDEBAT..... 3

4 VRAGEN EN OPMERKINGEN TIJDENS HET DEBAT 7



3 PANELDEBAT

- *Prof. Joost Pauwelyn, van het Graduate Institute of International and Development Studies in Genève en ervaringsdeskundige in arbitrage.*
- *Prof. Frank Hoffmeister, professor bij het Institute of European Studies van de VUB*
- *Marc Maes, beleidsmedewerker 11.11.11., hij licht de standpunten van de middenveldorganisaties die lid zijn van de Verenigde Verenigingen toe.*
- *Gilles Suply, beleidsmedewerker VOKA, hij licht de standpunten van het Vlaamse bedrijfsleven toe.*

JOOST PAUWELYN

Joost Pauwelyn identificeert **2 soorten zaken**. Enerzijds zijn er de traditionele arbitragezaken waarvoor ISDS is opgericht en dat rudimentaire garanties aan ondernemers biedt bij bv. onteigeningen (bv. DEME – Filippijnen: opzeggen van concessie). Dergelijke afspraken waren belangrijk om enige rechtszekerheid te bieden aan bedrijven die risicovol ondernemen in staten die minder garantie op “rule of law” of stabiliteit boden (garantie van eerlijke en billijke behandeling, geen discriminatie van buitenlandse investeerders t.a.v. binnenlandse). Anderzijds zijn er recentere zaken die betrekking hebben op een ander soort onteigening bv. van intellectueel eigendomsrecht (bv. Philip Morris – Australië: Australië wou neutrale sigarettenpakjes opleggen of Chinees bedrijf – België: ontmanteling van Fortis/ontteigening van aandelen).

Deze laatste 2 recentere zaken vertonen andere kenmerken dan de traditionele zaken die daarenboven ook meer emotie bij het publiek opwekken. In de eerste plaats worden ontwikkelde landen waar wel stabiliteit heerst en goed werkende rechtbanken functioneren nu gedagvaard. Dit is een trend: in 2015 werden 40% van de zaken aangespannen tegen ontwikkelde landen. In de tweede plaats gaat het in de recentere zaken niet om een concessies of eigendomsverlies, het gaat zoals in de zaak van Australië om een openbare wet – democratisch gestemd – die wordt aangevochten. Hierdoor wordt het een “openbaar” i.p.v. “commercieel” geding.

België is tot hiertoe eenmaal gedagvaard m.n. door een Chinees bedrijf (Fortiszaak).

Joost Pauwelyn duidt daarna **hoe het systeem werkt voor Vlaamse/Belgische investeerders**. Hij start met een belangrijke kanttekening: bedrijven vermijden in de eerste plaats arbitragegeschillen op te starten (politiek heel gevoelig, staat niet op de tenen trappen met oog op toekomstige overheidsopdrachten, het is heel duur, de uitkomst is onzeker). Het ISDS is dus een mechanisme van ‘last resort’. Indien een investeerder een zaak wil aanspannen tegen een land, volstaat het dat hij kan aantonen dat hij een investeerder is in dat land en dat er een handels- of investeringsverdrag bestaat met dat land. Het is dus niet nodig dat de investeerder een contract heeft met de overheid. Alle handelingen van elke overheid kunnen bovendien worden aangevochten: ook handelingen van lokale overheden kunnen de basis vormen om een zaak in te spannen.

Inmiddels zijn er 14 geschillen aangespannen door Belgische investeerders. Er is tot hiertoe één enkel geschil geweest tegen België. Er is dus geen stortvloed aan zaken. Er bestaan diverse procedureregels van o.m. de Wereldbank, de VN (UNCITRAL), enz.



De procedures gebeuren normaal op confidentiële wijze en starten met de ontvankelijkheidsverklaring die al jaren in beslag kan nemen. In hogergenoemde 2 recentere zaken (Australië en België) werd de zaak niet ontvankelijk verklaard.

Wat de **arbiters** betreft, licht Joost Pauwelyn toe dat in het oude ISDS de partijen elk hun eigen arbiter kunnen aanstellen. In gezamenlijk overleg stellen ze de voorzitter aan. In de praktijk bestaat er een elite van 25 arbiters die steeds opnieuw benoemd worden. Die arbiters komen bovendien vooral van ontwikkelde landen en zijn hoofzakelijk mannelijk en behandelden meer dan 1/3^{de} van alle arbitragezaken. Twee vrouwen uit die groep van 25 staan op nummers 1 en 2 en zetelden in tientallen zaken (resp. 87 en 54 zaken). Dit betekent dat enorm veel zaken door 1 persoon worden behandeld, hetgeen een negatief effect heeft op de duurtijd, de kost, enz. Bovendien is er het probleem van 'double hatting': het kleine clubje van arbiters is ook advocaat/pleiter in andere zaken.

De **gemiddelde duurtijd** van de procedure is 3,5 jaar. In de DEME-zaak, aangepannen in 2011, viel vorige week pas de uitspraak (zes jaar). Ook de **kostprijs** is aanzienlijk: gemiddeld voor 2 partijen tezamen 8 miljoen dollar (kost arbiters (ca. 200.000\$) + grootste kost in zaken zijn advocaten en experten, vaak van grote internationale advocatenkantoren). Vaak worden die kosten gedeeld. In andere gevallen – als de investeerder wint – krijgt hij zijn kosten terugbetaald. Er kan ook **beroep** worden ingediend via het aanspannen van een procedure voor een lokale rechtbank. Het risico bestaat dat één tribunaal x zegt en het andere y.

FRANK HOFFMEISTER

Professor Hoffmeister licht de nieuwigheden van het ICS toe aan de had van het CETA-akkoord (<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-INIT/en/pdf>)

In de eerste plaats is er het verschil tussen een **ad hoc arbitrage** en een **permanent tribunaal**. Het huidige ISDS-systeem is ad hoc: voor elk geschil kiezen de partijen nieuwe arbiters. Dit zorgt voor onvoldoende onafhankelijkheid/neutraliteit ('double hatted') en inconsistente rechtspraak. CETA remedieert hieraan door een permanent tribunaal van 50 leden op te richten die daarenboven hoog gekwalificeerd moeten zijn. Daarnaast is er een extra garantie 'ethiek' ingebouwd: indien er twijfel bestaat of iemand onafhankelijk is, kan het Internationaal Gerechtshof dit onderzoeken (art. 8.30 van CETA).

Alle investeerders – ongeacht hun grootte – hebben **toegang tot ISDS**. Maar in de praktijk houden **kleinere bedrijven** er niet van het te gebruiken door de hoge kostprijs. In CETA zouden de partijen, EU & Canada, de kosten op zich nemen van het permanent tribunaal. Enkel de kosten van de zaak moeten door de procespartijen worden gedragen. De winnaar heeft daarnaast het recht dat de verliezer zijn kosten moet overnemen. Maar dit blijft een belangrijke toegangsdrampel voor kmo's.

Wat transparantie betreft, zijn in het huidige ISDS-systeem het de partijen die beslissen of zij de inhoud van de zaak **openbaar** willen maken. Bij CETA zijn echter de UNCITRAL-transparantieregels (<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>) van toepassing aangezien de Europese Commissie van oordeel is dat het in het belang is van het publiek om transparantie te krijgen.

////////////////////////////////////

Professor Hoffmeister gaat daarna in op het **recht van de staat om te reguleren**. Er is een vrij beperkt toepassingsgebied, nl. de 5 beschermingsstandaarden voor investeerders die echter vaak geformuleerd zijn. De Europese Commissie is van oordeel dat arbiters in sommige zaken een te ruime interpretatie hebben gegeven aan die standaarden (bv. directe versus indirecte onteigening). In CETA (art. 8.9) herbevestigen de partijen hun recht te reguleren: *“the Parties reaffirm their right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment or public morals, social or consumer protection or the promotion and protection of cultural diversity. For greater certainty, the mere fact that a Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor’s expectations, including its expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Section.”*

MARC MAES

Het is de verdienste van de Europese Commissie dat zij strijden voor een aanpassing van het ISDS. Zij hadden bij CETA het geluk dat Canada hun onderhandelingspartner was. Er is het afgelopen decennium veel veranderd, vooral sedert het Verdrag van Lissabon in werking trad.

ISDS is volgens Marc Maes een krakkemikkig systeem dat enorm is uitgedijd. Over de jaren heen zijn bilaterale investeringsakkoorden steeds uitgebreider geworden. Arbiters doen steeds bredere uitspraken over de 5 beschermingsstandaarden (evolutie van directe onteigening => directe onteigening => fair & equitable treatment). Gewone regelgeving kan ook worden aangevallen.

Marc Maes zegt dat het ISDS een fundamenteel probleem heeft: het discrimineert t.a.v. alle burgers en alle binnenlandse bedrijven. Alleen buitenlandse investeerders kunnen er beroep op doen. Er is ook een verschil met ‘business to business’-geschillen waarbij men zich op voorhand neerlegt bij de uitspraak. Bij investeerder-staatgeschillen bestaat dat niet. Dit is discriminatie. Waarom moeten buitenlandse investeerders niet eerst naar lokale rechtbanken gaan (cf. exhaustion of local remedy, cf. mensenrechtenschendingen) en zo onrechtstreeks het rechtssysteem in die landen versterken? Waarom gebruikt men het systeem van het concurrentierecht niet?

Rond ISDS is een grote arbitrage-industrie ontstaan: het aantal cases neemt toe, 20% van de Foreign Direct Investment is gemoed met de bijna 3000 investeringsakkoorden, advocatenkantoren leveren zowel advocaten als arbiters en spreken ook actief bedrijven aan, men spreekt beleggers aan om cases te financieren, er is een stevige lobby actief, enz.

Het recht om te reguleren, behoort tot de essentie van een soevereine staat. Het feit dat dit moet worden herhaald in bv. CETA toont hoe ver ISDS is afgegleden. De zwak geformuleerde clausule die is opgenomen in CETA doet volgens Marc Maes niets af aan de mogelijkheid om staten aan te vallen. Waarom ging men niet voor een sterkere formulering, cf. het uitsluiten van overheidssubsidies.

Marc Maes haalt nog even de “long-term capital gain or loss” aan. Heel wat bedrijven die schadevergoeding vragen, krijgen die niet alleen voor de waarde van de investeringen, maar ook voor de toekomstige winstverwachtingen. Dit is een uitwas van het systeem. In CETA is het enkel nog mogelijk om een schadevergoeding te krijgen voor de waarde van de investeringen.



De conclusie van Marc Maes luidt dat in TTIP en CETA er geen plaats is voor ISDS. Investeerders zouden terecht moeten kunnen bij lokale rechtbanken. Ook de Duitse rechtersbond heeft een heel kritische opinie gepubliceerd waarin staat dat de oprichting van bijzondere rechtsbanken voor specifieke rechtsgroepen niet goed is. ISDS-cases gaan ook over burgerlijk recht: EU heeft geen bevoegdheid om zulke rechtbank op te richten. Het zou het binnenlands rechtssysteem onderuit halen.

GILLES SUPPLY

De Powerpointpresentatie van Gilles Suply is beschikbaar op de website van het Departement Buitenlandse Zaken en van vleva.

Rechtszekerheid is voor bedrijven belangrijk om te investeren en bij te dragen aan welvaart. Het is positief dat sinds het Verdrag van Lissabon ‘buitenlandse directe investeringen’ een bevoegdheid zijn van de EU. De EU voert inzake arbitrage een recalibratie uit om weer meer macht bij de staten te leggen en het regelgevingsrecht te benadrukken. De kritiek op CETA onderkent te weinig dat de EU al heel wat inspanningen levert om tegemoet te komen aan terechte bezorgdheden. Er moet een evenwicht zijn, zoals in CETA, tussen de ‘legitimate expectations’ van bedrijven en de ‘regulatory chill’. Wat onteigening betreft, heeft CETA controlemechanismen ingebouwd. Ook inzake transparantie en onpartijdigheid betekent CETA een grote stap vooruit.

Kortom, investeringsbescherming en arbitrage, maken deel uit van de rechtszekerheid voor ondernemers. Het is wel goed dat de investeringsbescherming in de EU de afgelopen jaren een grote evolutie heeft gekend.



4 VRAGEN EN OPMERKINGEN TIJDENS HET DEBAT

- Directe werking/ inroepbaarheid van internationaal recht voor lokale rechtbanken. In de Verenigde Staten kan bv. een nationale rechter enkel internationaal recht gebruiken wanneer het in de nationale wetgeving is omgezet.
- Zou 'exhaustion of domestic remedies' een mogelijkheid zijn bij schendingen van het verdrag (als er geen contract is)?
- Vrees dat ICS niet van de grond zal komen en we verder gaan met het oude ISDS. Er zijn al alternatieven aan het ontstaan, bv. verschillende ontwikkelingslanden zeggen investeringsakkoorden op. (bv. Zuid-Afrika: BIT's vervangen door binnenlandse investeringswet met toegang tot lokale rechtspraak). Als we het systeem niet hervormen, gaan landen het verlaten.
- Gaan bedrijven nog wel willen investeren als men het volledig overlaat aan binnenlandse rechtspraak? Bedrijven kunnen ook verzekering nemen. Kunnen ontwikkelingslanden nog wel investeringen aantrekken?
- Moet mogelijk zijn dat in de toekomst kmo's voor enkele honderdduizenden dollars zaken aanspannen (als Canada en EU kost tribunaal op zich nemen).
- Gevaar dat als je alles m.b.t. milieu, gezondheid, enz. uit verdrag haalt, een land via bv. valse milieuwetgeving een investeerder onteigent (onteigening vertalen via milieuwet of gezondheidswet).
- Europese Commissie heeft intentie ICS als model te gebruiken voor heel de wereld en te komen tot multilateraal investeringshof.
- Maakt ICS het voor de bedrijven niet nog complexer naast het systeem van ISDS?
- Het implementeren van ICS voor alle BIT's uit het verleden? Commissie vraagt intra-EU BIT's op te zeggen. Heel wat lidstaten vragen om toch soort van arbitrage te laten bestaan.



Freddy Evens concludeert:

- Procedures gebeuren in luwte, kunnen een belangrijke impact hebben op investeerders en staat.
- Vrij beperkt toepassingsgebied (5 standaarden), maar brede interpretaties.
- Evolutie in procedure geweest en in zaken.
- Ook handelingen van andere niet-statelijke overheden (lokale besturen) kunnen gevat worden.
- Vernieuwingen komen niet tegemoet aan alle verwachtingen (toegang voor kmo's, transparantie, hoge kosten, aanstelling arbiters, enz.).
- Regelgevingsrecht: belangrijke vernieuwingen (zie ook CETA).
- Wat betekent eerlijke en billijke behandeling?
- Hoe ver ga je m.b.t. standaarden? Arbitrage-industrie versus transparantie?
- Historisch gegeven: BIT's en ISDS voorlopig enige systeem ondanks tekortkomingen.
- Belangrijke vragen en tekortkomingen m.b.t. uitputting lokale rechtsmiddelen, toegang enkel voor buitenlandse bedrijven, rechten van verdediging, maar anderzijds ook belangrijke evoluties/verbeteringen vast te stellen voor betere handels- en investeringsregels.
- Regelgevingsrecht van staten moet nog sterker onderbouwd worden, maar ook belang van level playing field en rechtszekerheid voor staat en bedrijven.
- Vorige week publicatie [OESO "Towards better Trade Policies"](#) – met diverse links naar diverse interessante documenten m.b.t. handelsbeleid.
- Bij de EU Commissie DG Trade loopt momenteel een [consultatie](#) over het multilateraal investeringshof tot 15 maart – oproep om daaraan deel te nemen.
- Het Departement Buitenlandse Zaken zal in de toekomst opnieuw stakeholdersessies organiseren over het handelsbeleid. Mogelijke thema's:
 - De Commissie Buitenlands Beleid heeft Minister-President gevraagd ook rond TISA een stakeholderoverleg te organiseren.
 - Kris Dierckx, de Algemeen Afgevaardigde van de Vlaamse Regering bij de Multilaterale Instellingen in Genève, een stand van zaken laten geven van de onderhandelingen voor een multilateraal investeringshof die hij opvolgt.

