



Alles wat je nog niet wist over bilaterale investeringsverdragen (en wel wil weten)

Op kosten van de belastingbetaler

COLOFON

Op kosten van de belastingbetaler.

Alles wat je nog niet wist over bilaterale investeringsverdragen (en wel wil weten)

13 januari 2018

REDACTIE Barbara van Male

VORMGEVING Karen Paalman, www.getlos.nl

OMSLAG ILLUSTRATIE Marto, @MartoArt 

UITGEGEVEN DOOR TNI, Both Ends, Somo en Milieudefensie

VIP-behandeling voor multinationals en de burger betaalt de rekening

Geheime afspraken met de Belastingdienst. Dividendbelasting die wordt afgeschaft. Handelsverdragen die vrij verkeer van kapitaal garanderen, zodat winsten makkelijk kunnen worden weggesluisd. Voor de multinationals van deze wereld wordt de rode loper uitgerold. Onder het motto 'het is goed voor de economie' leven we in een verzorgingsstaat voor multinationals. Maar intussen worden hun privileges wel betaald uit belastinggeld. Waarvoor er minder geld overblijft voor bijvoorbeeld klimaat, milieu, gezondheidszorg en onderwijs.

En als klap op de vuurpijl beschikken multinationals over de mogelijkheid om staten rechtstreeks – dus buiten de nationale rechter om – aan te klagen voor miljoenen en soms zelfs miljarden. Via BITs, ISDS, ICS en MIC. Deze brochure legt uit wat die schimmige afkortingen voor de gewone burger betekenen...

Afkortingen die veel geld opleveren

Een *Bilateral Investment Treaty* (**BIT**) is een investeringsverdrag tussen twee landen, waarin de bescherming van buitenlandse investeerders wordt geregeld (zie kader). In het Nederlands heet dit ook wel InvesteringsBeschermings-Overeenkomst of IBO. In een BIT worden alleen de rechten van de buitenlandse investeerder opgesomd – er staat niets bindend in over plichten en verantwoordelijkheden van de investeerder, en een enkele verwijzing naar codes voor maatschappelijk verantwoord ondernemen verplicht ook tot niets. Overigens zijn er naast verdragen tussen twee landen, ook een flink aantal overeenkomsten tussen meerdere landen. Denk aan NAFTA (de vrijhandelszone tussen de VS, Canada en Mexico). Of aan CETA en het voorgestelde TTIP, allebei vrijhandelsakkoorden met landen in Noord-Amerika en de Europese Unie.

In 2017 heeft Nederland een netwerk van 90 BITs. Daarnaast zijn een aantal nieuwe investeringsverdragen getekend met Brazilië, Chili, Eritrea, Oman en de Verenigde Arabische Emiraten – deze zijn nog niet officieel van kracht.

Met een BIT krijgt een buitenlandse investeerder ook het voordeel van de *Investor State Dispute Settlement*, **ISDS**. In goed Nederlands: geschillenbeslechting tussen een investeerder en een overheid. Met ISDS in de hand kan een investeerder de overheid voor een arbitragetribunaal dagen als de investeerder vindt dat deze overheid de voorwaarden schendt waarop hij volgens een investeringsbeschermingsverdrag aanspraak kan maken. Zo'n tribunaal werkt achter gesloten deuren, bestaat uit private arbiters, gaat buiten het gewone rechtssysteem om, en hoger beroep is niet mogelijk. Het tribunaal bekijkt of de investeerder inderdaad schade lijdt, en zo ja, dan kent het compensatie toe voor de geleden schade. Daarbij wordt vaak ook misgelopen winst meegerekend, waardoor de schadevergoedingen erg hoog kunnen oplopen. De uitspraak van een arbitragetribunaal is bindend en internationaal afdwingbaar. Investeringsbescherming is bijna overal. In vrijwel elk handelsverdrag dat twee of meer landen met elkaar afsluiten, staat zo'n clause.

De aandacht voor CETA en TTIP bracht een storm van kritiek op deze vorm van arbitrage met zich mee (ook: zie 2. Wat is er mis mee?). Inmiddels heeft de EU het systeem enigszins herzien: ISDS heet nu **ICS**, *Investment Court System*. Dat is vooral oude wijn in nieuwe zakken. Want ook al vindt de afhandeling van zaken niet meer achter gesloten deuren plaats en is hoger beroep mogelijk, de grondslagen waarop buitenlandse investeerders zaken kunnen aanspannen zijn niet veranderd – elke overheidsmaatregel die een buitenlands bedrijf als oneerlijk beschouwt, kan aanleiding zijn voor een schadeclaim. Dergelijke bezwaren worden in het ICS niet aangepakt.

Toch wil de EU het ICS-model graag uitbreiden tot een *Multilateral Investment Court* (**MIC**), om geschillen tussen investeerders en staat te beslechten. Zo'n mondiaal systeem van arbitrage is makkelijker voor multinationals, maar is geen antwoord op de maatschappelijke kritiek op ISDS.

HET EERSTE IN ZIJN SOORT

Internationale handel wordt geregeld via handelsverdragen, tussen twee, drie of meer landen. Eind jaren '50, ten tijde van de dekolonisatie, werden de eerste bilaterale investeringsverdragen (*Bilateral Investment Treaty*, BIT) afgesloten. Veel voormalige koloniën wilden hun onafhankelijkheid onderstrepen door belangrijke industrieën te nationaliseren. Met een BIT kregen en krijgen buitenlandse investeerders bescherming van hun rechtspositie, bindend en op internationaal niveau, bovenop het nationaal recht van de staat waarin ze investeringen plegen.

In 1968 sloot Nederland een investeringsverdrag met Indonesië – het eerste in zijn soort, want nieuw was de mogelijkheid tot internationale arbitrage in het verdrag. Met zo'n clausule in de hand kunnen investeerders de staat aanklagen buiten de nationale rechter om, en schadeclaims indienen als ze vinden dat nieuw overheidsbeleid voor hen nadelig dreigt uit te pakken. Tot die tijd stond er wel iets over de rechten van investeerders in dergelijke verdragen, maar moesten de investeerders diplomaten bewegen om met elkaar in gesprek te gaan als er een geschil was. De nieuwe vorm van arbitrage haalde die diplomatieke horde weg: buitenlandse investeerders konden en kunnen de overheid van hun gastland rechtstreeks aanklagen.

VAN 72 NAAR 2954

Traditioneel werden BITs vooral afgesloten tussen ontwikkelde, kapitaal-exporterende landen en kapitaal-importerende ontwikkelingslanden. De eerste BIT, tussen Duitsland en Pakistan, werd afgesloten in 1959. Eind jaren '60 waren er 72 BITs afgesloten, tussen 48 landen. Inmiddels zijn er volgens de UN Conference on Trade and Development (UNCTAD) wereldwijd 2954 bilaterale investeringsovereenkomsten afgesloten, waarvan er 2364 van kracht zijn. Daarnaast zijn er nog 373 andere verdragen met bepalingen die investeringen beschermen, waarvan er 307 van kracht zijn.

Wat is er mis met BITs?

Bedrijven bescherming bieden zodat hun investeringen niet verloren gaan ... daar lijkt niet veel mis mee. De werkelijkheid is wranger. Want wat bedoeld is als waarborg, is een miljardenindustrie geworden: bedrijven kunnen de verdragen creatief gebruiken om vele miljoenen aan schadevergoeding te eisen die uiteindelijk betaald worden van overheidsgeld. BITs zetten de deur wagenwijd open voor claims, en investeerders gebruiken ISDS als politiek pressiemiddel. En omdat binnen ISDS alleen bedrijven overheden kunnen aanklagen – en niet andersom – kan een bedrijf wel winnen maar nooit verliezen.

Bedrijven bedrijven politiek, met spierballen

Een overheid kan een ISDS-claim aan z'n broek krijgen wanneer multinationals denken dat overheidsbeslissingen en nieuwe wetgeving hun investeringen kunnen bedreigen waardoor ze minder winst zouden kunnen maken. Ook als dat gaat om regelgeving die burgers beschermt, zoals vakbondsrechten en voedselveiligheidsnormen, of om maatregelen om het klimaat en het milieu te beschermen. En de claims zijn niet mager. Zo liepen de geëiste bedragen in de claims die bedrijven in 2016 aanspanden op van 8,5 miljoen tot 14 miljard euro. Investeerders hebben met ISDS zo een krachtig politiek middel in handen om sociaal en milieubeleid tegen te houden of af te zwakken. Landen zijn vaak niet opgewassen tegen de juridische spierballentaal van multinationals – alleen al door met een ISDS-claim te dreigen kunnen buitenlandse investeerders zorgen dat een overheid beleid aanpast of in de ijskast zet. Bovendien is de ISDS-clausule eenzijdig: alleen bedrijven kunnen overheden via internationale arbitrage aanklagen, niet andersom.

Makkelijk zaken doen

Waar in het verleden een conflict rondom investeringen tussen landen diplomatiek werd opgelost, hebben BITs en ISDS die politieke laag eraf gehaald. Staten hebben bewust uitgedragen dat het doel van BITs was om eventuele geschillen te 'depolitiseren'. Daarmee is de drempel om een staat aan te klagen voor buitenlandse investeerders veel lager geworden. Ze spannen dan ook steeds vaker zaken aan.

DREIGEN HELPT

Dat een claim een overheid huiverig maakt, blijkt onder meer uit de zaak van mijnbouwer Newmont tegen Indonesië. Newmont spande een ISDS-zaak aan toen de Indonesische overheid een wet aannam die buitenlands eigendom van mijnen beperkte en die bepaalde dat ruwe grondstoffen deels in Indonesië zelf moesten worden verwerkt. Anders zou er een forse exportbelasting worden geheven. Toen Indonesië garandeerde dat het bedrijf een nieuwe belasting van 25 procent op de uitvoer van ruwe grondstoffen niet hoeft te betalen, trok Newmont de claim weer in. Door te dreigen met een claim wist Newmont een voorkeurstarief van 7,5 procent af te dwingen.

Nu zijn percentages en belastingtarieven nogal abstract. Maar minder belastingen heeft gewoon rechtstreeks gevolgen voor een samenleving: een overheid heeft daardoor minder inkomsten, en dus ook minder te besteden aan publieke voorzieningen als infrastructuur, openbaar vervoer, een goed rechtssysteem, onderwijs, gezondheidszorg, kinderopvang, en andere sociale voorzieningen.

Tot begin jaren '90 werd het ISDS-mechanisme nauwelijks gebruikt, en ging het om een handvol claims per jaar. Daarna grepen multinationals steeds vaker naar ISDS, en vanaf begin deze eeuw nam het aantal zaken exponentieel toe. Tot 31 juli 2017 zijn er 817 bekende ISDS-claims – hoogstwaarschijnlijk ligt het werkelijke aantal ISDS-zaken een stuk hoger, omdat niet alle zaken openbaar gemaakt hoeven te worden.

Wereldwijd zijn er inmiddels 495 ISDS-zaken, die op grond van een BIT zijn aangespannen, afgerond.

In de periode 1987 tot 2017 werd 37 procent van de zaken gewonnen door de aangeklaagde staat. Investeerders wonnen in 27 procent van de gevallen, 23 procent van de zaken werd geschikt, en 11 procent van de aangespannen zaken werd niet doorgezet. Maar een investeerder zal niet schikken als hij daar niks



FIGUUR 1 Aantal bekende ISDS-zaken tussen 1987 – en juli 2017



FIGUUR 2 Resultaat van ISDS-zaken en resultaat na ontvankelijkheid 1987 – juli 2017

bij wint. Bij de ingetrokken zaken geldt ook vaak dat een investeerder besluit die claim in te trekken als hij bepaalde concessies heeft binnengehaald. Volgens de statistieken van UNCTAD is tot nu toe 59 procent van alle claims die ontvankelijk zijn verklaard beslist in het voordeel van de investeerder. In 41 procent van de gevallen werd de staat in het gelijk gesteld.

Burgers betalen de rekening

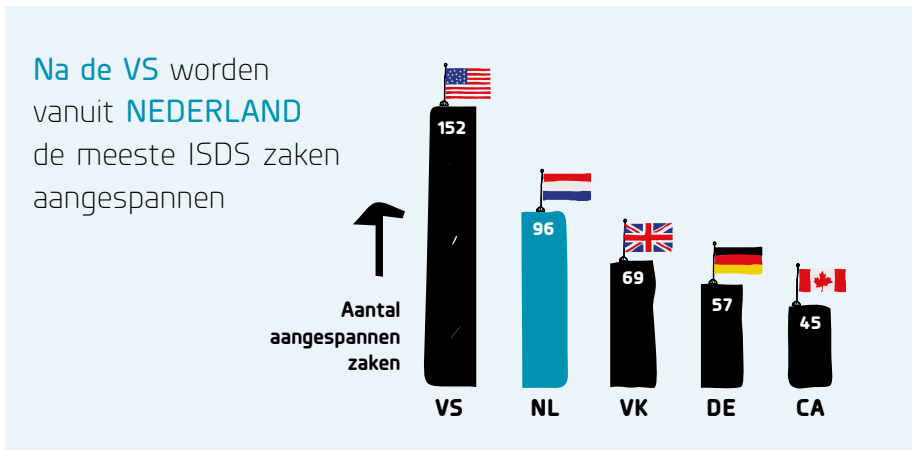
Een overheid die een claim van een bedrijf via ISDS-arbitrage moet betalen, doet dat uit overheidsbudget. Het bedrag dat een bedrijf gemiddeld als schadevergoeding krijgt, bedraagt 4,62 miljoen euro. De hoogte van de claims die bedrijven in 2016 hebben aangespannen, varieerde van 8,5 miljoen tot 14

miljard euro. Alle openbare claims opgeteld levert dit een totaalbedrag van 91 miljard euro aan claims op. Maar ook als de staat niet verliest, zijn de kosten van het proces voor de belastingbetaler – en zonder boete kunnen die ook al in de (vele) miljoenen lopen. De gemiddelde proceskosten in een ISDS-claim worden geschat op 5 miljoen euro of meer.

Selectief winkelen met Nederlandse brievenbussen

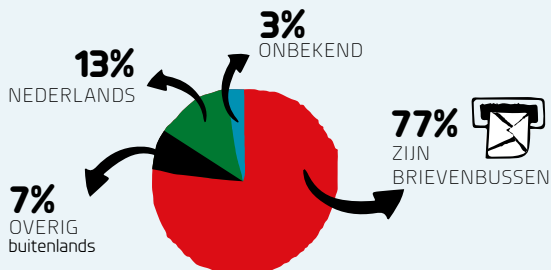
Investeerders gaan ook graag *treaty shopping*. Dat wil zeggen: ze brengen hun investeringen formeel onder in een bepaald land om zo aanspraak te maken op de voordelen van een (gunstiger) belasting- of investeringsverdrag. Per jaar stroomt er 4000 miljard euro aan buitenlandse investeringen door Nederland, waarvan 85 procent voor rekening komt van brievenbusbedrijven.

Nederland en Nederlandse BITs zijn populair voor de selectief winkelende multinational – immers, in ons paradijselijk belastingklimaat is een brievenbusmaatschappij, met alle voordelen van dien, zo gevestigd. Na de verdragen van de VS maken investeerders in meer dan 10 procent van de wereldwijd aangespannen investeringsclaims gebruik van een Nederlandse BIT – in totaal 96 zaken. In meer dan driekwart van de ISDS-claims die vanuit Nederland worden aangespannen, gaat het niet om Nederlandse bedrijven, maar om lege brievenbussen die gebruik maken van Nederlandse verdragen.



FIGUUR 3 Uit welk land komen investeerders die BIT-claims aanspannen – 1987-juli 2017 (UNCTAD data)

WELKE BEDRIJVEN maken gebruik van NEDERLANDSE verdragen?



FIGUUR 4 aandeel brievenbussen in het totaal aantal claims op NL BITs

FOSSIEL

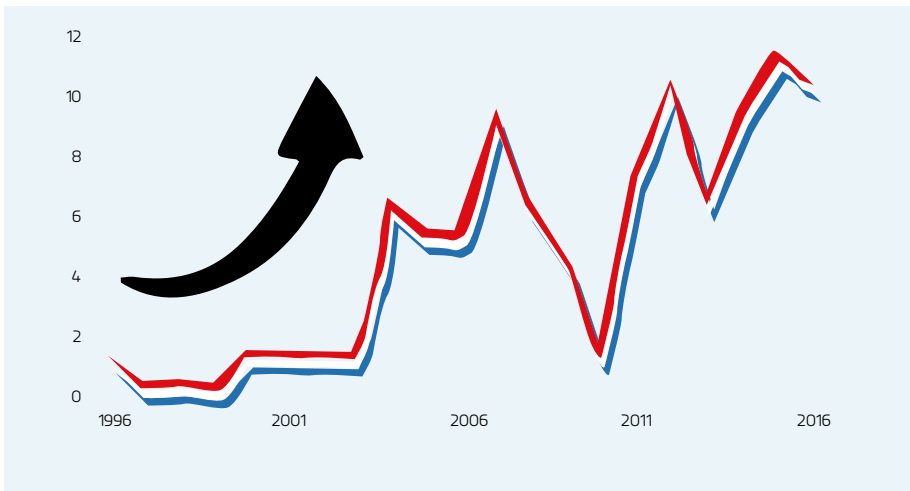
Bedrijven in fossiele brandstoffen vestigen zich veelvuldig (op papier) in ons land om gebruik te maken van Nederlandse BITs. Van de 96 bekende ISDS-zaken waarin Nederland figureert als het 'thuisland' van de investeerder, komen 39 zaken voort uit de energiesector (olie, gas, mijnbouw en elektriciteit). Van de tien meest vervuilende private bedrijven, hebben er zeven via Nederland gebruik gemaakt van ISDS, waaronder de volledige top vijf: Chevron, ExxonMobil, British Petroleum, Shell, ConocoPhillips, Total en Anglo American.



Inmiddels wordt een ambitieus klimaatbeleid steeds urgenter, en fossiele brandstoffen zijn wat ze uitdrukken, fossiel. Echter, BITs beperken overheden in hun beleid om fossiele investeringen terug te dringen. En bedrijven in fossiele brandstoffen zetten steeds vaker ISDS in om hun toekomstige fictieve winst zeker te stellen. ISDS houdt zo de wereldwijde transitie naar schone energie tegen.

De eredivisie

Met een gemiddeld toegekende schadevergoeding van 545 miljoen dollar per rechtszaak en gemiddelde juridische en arbitragekosten van 8 miljoen dollar, is investeringsarbitrage een zeer lucratieve business geworden. Investeringsjuristen spreken van een 'gouden tijdperk' voor ISDS-arbitrage. En Nederland zet zich graag op de kaart als aantrekkelijke juridische arena voor buitenlandse investeerders. Den Haag kent al het Permanente Hof van Arbitrage waar ook ISDS-zaken worden afgehandeld. Sinds 2013 kent Nederland de *Dutch Arbitration Association* (DAA). In 2018 gaat het *Netherlands Commercial Court* (NCC) van start. Alles bij elkaar een duidelijk signaal aan het transnationale bedrijfsleven dat Nederland zich voorbereidt voor de eredivisie van internationale arbitrage.



FIGUUR 5 Aantal zaken aangespannen op basis van Nederlandse BITs, 1996 – 2016

WATERSCHADE VAN 1,4 MILJARD



In 2009 diende het Zweedse Vattenfall – het moederbedrijf van Nuon – een claim in tegen Duitsland. Het bedrijf eiste bijna 1,2 miljard euro als schadevergoeding voor de invoering van striktere EU-regels voor het watergebruik in een kolencentrale aan de rivier de Elbe. De zaak werd in 2011 geschikt nadat de Duitse regering ermee instemde de milieustandaarden af te zwakken. Er loopt nog een tweede claim van Vattenfall waarin het bedrijf 4,7 miljard euro compensatie eist omdat Duitsland heeft besloten op termijn alle kerncentrales te sluiten.

Wapen

ISDS vervangen door die andere twee afkortingen, ICS en MIC? Dat is een schijnoplossing. Ook onder die nieuwe benamingen blijft de arbitrage eenzijdig toegankelijk voor buitenlandse investeerders: burgers, vakbonden, maatschappelijke organisaties en overheden kunnen geen zaak aanspannen als een bedrijf bijvoorbeeld milieustandaarden of mensenrechten schendt. En de zaken gaan nog steeds buiten de nationale rechter om. De ‘rechten’ op grond waarvan bedrijven claims kunnen aanspannen, worden ook niet ingeperkt. Terwijl het hier vaak gaat om vaag geformuleerde beschermingen, die door slimme advocaten heel ver kunnen worden opgerekt. Alle claims die tot nu toe zijn ingediend, zouden onder ICS en MIC nog net zo goed mogelijk zijn, en net als ISDS blijven ook ICS en MIC een politiek wapen van bedrijven.

Wat moet er veranderen, en hoe?

Het systeem van duizenden BITs en honderden claims door bedrijven ligt steeds meer onder vuur en een toenemend aantal landen wil er niet meer aan. BITs scheppen immers geen enkele verplichting om duurzaam en maatschappelijk verantwoord te ondernemen. En alleen al door een ISDS-claim op tafel te gooien, of ermee te dreigen, kunnen buitenlandse investeerders overheden onder druk zetten om beleid aan te passen of nieuw beleid niet in te voeren. *Regulatory chill* heet dit in jargon.

Daarbij is er nauwelijks bewijs voor het argument dat handels- en investeringsverdragen de doorslag geven bij een beslissing om te investeren. Onderzoeken spreken elkaar tegen, vinden geen oorzaak en gevolg, en kunnen de voordelen van investeringen niet terugleiden tot verdragen.

KOFFIE EN SIGARETTEN



Mens, dier en milieu verdienen bescherming, maar nieuwe wetgeving die dit afdwingt, is kwetsbaar voor ISDS-claims. Zo kreeg Uruguay een miljardenclaim van sigarettenfabrikant Philip Morris aan zijn broek toen het maatregelen doorvoerde om, in het belang van de volksgezondheid, roken te ontmoedigen. De dreiging van claims deed Indonesië afzien van maatregelen om bedreigd regenwoud te beschermen tegen mijnbouwactiviteiten. Nederlandse verdragen zijn gebruikt om zaken aan te spannen tegen Bolivia dat drinkwater weer in publieke handen wilde brengen om het betaalbaar te maken voor iedereen. En tegen Venezuela, dat de koffie- en olieproductie wilde nationaliseren om de leefomstandigheden van de inheemse bevolking te beschermen.

BITs worden onder druk ongewild

Tallose landen willen het anders en komen met nieuwe verdragsmodellen. Zo heeft Zuid-Afrika besloten zijn BITs op te zeggen en de bescherming van buitenlandse investeerders via de nationale wetgeving te laten lopen. Indonesië kondigde hetzelfde aan in 2014. Ook in India heerst grote onvrede over het BITs-keurslijf, na diverse geschillen met buitenlandse investeerders over belastingmaatregelen van de Indiase overheid. India en Indonesië willen hun BITs heronderhandelen op basis van een model dat de rechten en plichten van multinationals beter in balans houdt. In Latijns-Amerika heeft Ecuador recent aangekondigd zich te willen terugtrekken uit zijn BITs.

WERELDWIJD & BINDEND

Naast de besluiten van landen zelf om verdragen op te zeggen of andere modellen te gebruiken, zijn ook de VN nodig voor een bindend verdrag over mensenrechten in internationale handel. Inmiddels legt, op initiatief van Ecuador en Zuid-Afrika, een VN-werkgroep de basis voor een internationaal verdrag over de aansprakelijkheid van multinationals als zij zich schuldig maken mensenrechtenschendingen.

Nieuw Nederlands model – en (bijna) alles blijft hetzelfde

De Nederlandse overheid zegt, op termijn, alle Nederlandse BITs te willen aanpassen op basis van een nieuw model dat meer aandacht heeft voor duurzaamheid. Maar blijft, met de Europese Commissie, inzetten op ICS en MIC – dat is weliswaar een verbetering in het proces, maar pakt niet de basis aan waarmee bedrijven zaken kunnen aanspannen. Intussen zijn er alleen vrijblijvende gesprekken tussen partnerlanden om handel duurzamer te maken. Juridisch bindende en afdwingbare verantwoordelijkheden voor multinationals blijven buiten schot.

Voorrang voor mensenrechten en milieu

Een paar cosmetische verbeteringen zijn niet genoeg. Dit eenzijdige systeem vereist een veel krachtiger aanpak. Investeringsverdragen moeten zo worden opgesteld dat ze investeringen bevorderen die bijdragen aan duurzame ontwikkeling in het gastland. Mensenrechten en milieu moeten voorrang krijgen op de rechten van investeerders. Bovendien moeten investeerders gebonden kunnen worden aan nieuwe, strengere normen in bijvoorbeeld klimaat- en sociaal beleid, zonder dat ze daar buitensporige prijskaartjes aan kunnen hangen. En als er geschillen ontstaan, dan is het een zaak voor de nationale rechter – niet voor een arbitrage-tribunaal dat alleen kijkt naar de rechten van investeerders zonder het brede maatschappelijk belang in ogenschouw te nemen.

Van de BITs af ... hoe moeilijk kan 't zijn?

Het is een zaak van omdenken. De huidige investeringsverdragen zijn 20e-eeuws en zijn onhoudbaar geworden. Dit systeem biedt te veel macht aan multinationals, en maakt overheden huiverig om krachtig op te treden in het algemeen belang. Het moet anders. En ook Nederland moet van z'n BITs af.

En hoe moeilijk kan het zijn? Want overheden staat niets in de weg om internationale mensenrechten en milieuafspraken voorrang te geven boven de rechten van investeerders. En overheden en bedrijven zijn zeer goed in staat om bij internationale handel en dito investeringen bindende afspraken te maken over mensenrechten, klimaat, gezondheidszorg, arbeidsrechten en milieu. ISDS, ICS en MIC zijn overbodig. Bedrijven kunnen heel goed zelf hun ondernemersrisico inschatten als ze in een bepaald land winstkansen zien. En voor dat risico kunnen ze zich particulier verzekeren. Daar hoeft de belastingbetaler niet voor op te draaien.



Wat kan jij doen?

TNI, SOMO, Both ENDS en Milieudefensie voeren campagne om een einde te maken aan deze eenzijdige afspraken.

Jij kunt ons helpen!

- informeer je,
- deel onze verhalen over BITs en ISDS met zoveel mogelijk mensen,
- doe mee met onze online en offline acties. Laat je e-mailadres achter op milieudefensie.nl/brandbrief,
- volg ons op Facebook of Twitter.

