

Investeringsbeschermingsakkoorden (BITs):
een bedreiging voor het algemeen belang, sociaal en milieubeleid

Hoog tijd voor een ander investeringsbeleid!

Januari 2011

De afgelopen decennia hebben de lidstaten van de Europese Unie meer dan 1200 "bilaterale investerings- en beschermingsakkoorden" afgesloten om bescherming te bieden aan hun investeerders in het buitenland. Deze "BITs" (naar hun Engelse benaming Bilateral Investment Treaties) verschaffen multinationale ondernemingen het recht om sociale, economische en milieuregels van overheden aan te klagen als zij vinden dat die de winstverwachtingen van hun investeringen zouden kunnen schaden. Dankzij het geschillenbeslechtingsmechanisme dat standaard in BITs is opgenomen, kunnen buitenlandse investeerders de nationale rechtsgang omzeilen en gastlanden rechtstreeks voor internationale arbitragepanelen dagen. BITs ondermijnen de mogelijkheden van overheden om regelgevend op te treden en beleid te voeren in het algemeen belang. Ze hebben de belastingbetaler intussen ook al miljoenen gekost aan juridische kosten en schadevergoedingen. Bilaterale investeringsakkoorden vormen een bedreiging voor ons publiek beleid, ons democratisch bestuur en het algemeen belang en zouden alarmbellen moeten doen rinkelen bij iedereen die zich bezighoudt met milieu- en sociaal beleid.

Op dit moment doet zich een unieke kans voor om het investeringsbeleid zoals dat er nu uitziet op een nieuwe leest te schoeien en het algemeen belang boven

bedrijfswinsten te stellen. Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is de bevoegdheid t.a.v. buitenlandse investeringen verschoven van de lidstaten naar de Europese Unie. De Europese Commissie, de Raad en het Europees Parlement bediscussiëren op dit moment de inhoud en richting van het toekomstige Europese investeringsbeleid. Nu is hét moment voor sociale bewegingen, vakbonden, mensenrechten-, ontwikkelings- en milieuorganisaties om hun stem laten horen en aan te dringen op een evenwichtig investeringsbeleid. Een investeringsbeleid dat zich niet eenzijdig op de rechten van investeerders richt, maar dat diezelfde investeerders ook ter verantwoording roept - met het oog op het bevorderen en beschermen van het algemeen belang, mensenrechten en duurzame ontwikkeling.

Waarom zouden Europese burgers zich druk maken over investeringsverdragen?

BITs zijn overeenkomsten tussen twee landen waarin de voorwaarden voor het doen van particuliere investeringen op elkaars grondgebied worden vastgelegd. Ze bevatten doorgaans bepalingen over gelijke behandeling en non-discriminatie, compensatie bij ont-eigening of schade aan de investering en waarborgen omtrent het vrije verkeer van kapitaal. Deze bepalingen zijn vaak juridisch bijzonder breed en onzorgvuldig

Milieuwetgeving en democratie onder vuur - de zaak Vattenfall v. Duitsland

Tot nu toe hebben investeringsverdragen de zwaarste impact gehad in ontwikkelingslanden. Maar recent werd Europa opgeschrikt door een geruchtmakende zaak die duidelijk maakt dat BITs ook grote financiële en ecologische gevolgen kunnen hebben voor Europese burgers. In 2009 daagde het Europese energieconcern Vattenfall de Duitse regering voor het ICSID-tribunaal, het geschillenbeslechtingsmechanisme van de Wereldbank, wegens vermeende schending van de bepalingen van het Verdrag inzake het Energiehandvest - een multilateraal verdrag over investeringen in de energiesector. Vattenfall eiste schadevergoeding vanwege milieumaatregelen van de Duitse regering die het gebruik en de lozing van koelwater moesten beperken van een kolencentrale die het bedrijf op dat moment aan het bouwen was.. Vattenfall stelde dat deze nieuwe regelgeving strijdig was met eerdere toezeggingen van de stad Hamburg en de economische levensvatbaarheid van het project in gevaar bracht. De overheid verdedigde zich door te stellen dat de beperkingen aan de watervergunning geen concurrentienadeel voor Vattenfall vormden omdat ze rechtstreeks voortvloeiden uit een EU-richtlijn over waterkwaliteit waar alle fabrikanten aan de Duitse rivieren zich moeten houden. In augustus 2010 is er een schikking getroffen in deze zaak. De exacte voorwaarden van de schikking zijn niet openbaar gemaakt, maar de eerdere eisen van Vattenfall bedroegen ongeveer 1,4 miljard Euro voor de schade aan hun investering van 2,6 miljard euro. Berichten in de Duitse en internationale media zinspeelden bovendien op een mogelijke versoepeling van de beperkingen op het watergebruik die de fabriek verhinderden om op volle capaciteit te draaien.¹

¹ 'Parties announce settlement of dispute over German power plant 28.8.2010', Investment Treat News, Issue 1, Volume 1, September 2010.

ECOLOGISTAS
en acción



Both ENDS



11.11.11
VECHT MEE TEGEN ONRECHT



Power
Shift



geformuleerd. Investeerdere kunnen daar dankbaar gebruik van maken om de grenzen van de wet op te zoeken en hun rechten zo ver mogelijk op te rekken. Tegelijkertijd wordt het voor gastlanden vrijwel onmogelijk om met enige zekerheid voorspellingen te doen over hun bevoegdheden en aansprakelijkheid.

De juridische onzekerheid wordt nog vergroot door het feit dat de meeste BITs een geschillenbeslechtsmechanisme bevatten die het investeerders mogelijk maakt om de binnenlandse rechtsgang te omzeilen en gastlanden voor internationale arbitragepanelen te dagen als zij van mening zijn dat de rechten die hen door een BIT worden verleend in het geding zijn.

In BITs draait het exclusief om de rechten van investeerders. Aan verplichtingen voor investeerders wor-

arbitragepanelen tegelijkertijd wel bindend zijn en er geen beroep tegen hun beslissingen kan worden aangezet.

Tot op heden is een breed scala aan milieuwetgevingskwesties het onderwerp geweest van arbitragepanelen, waaronder het verbod op het gebruik van diverse chemische stoffen in verband met schade aan het milieu; het weigeren van een vergunning voor een stortplaats voor gevaarlijke afvalstoffen; een uitvoerverbod op afvalstoffen met PCB's; en maatregelen die opvullen van open groeves en afgravingen in de mijnbouw verplicht stellen.³ Daarnaast heeft het bedrijfsleven zijn pijlen ook gericht op allerlei sociaal beleid.

Sinds de eerste arbitragepanelen in de jaren 1990 zijn er meer dan 300 geschillen aanhangig gemaakt, meest-

Buitenlandse investeerders ondermijnen anti-apartheidsbeleid Zuid-Afrika

In 2007 diende een groep Italiaanse en Luxemburgse investeerders in de mijnbouw in Zuid-Afrika een arbitrageclaim in bij het ICSID, waarin werd aangevoerd dat het Zuid-Afrikaanse beleid ter bevordering van de arbeidsparticipatie voor zwarte burgers, het zgn. Black Economic Empowerment (BEE)-programma, in strijd was met de BIT die Zuid-Afrika getekend had met zowel Luxemburg als Italië. In Zuid-Afrika vormt het BEE-programma de kern van het beleid om rassengelijkheid tegen te gaan. In 2004 werd nieuwe wetgeving ingevoerd t.a.v. delfstoffen – de zgn. Mineral and Petroleum Resources Development Act. Deze wet eiste dat alle vergunningen van mijnbouwbedrijven opnieuw werden beoordeeld. Nieuwe vergunningen werden alleen afgegeven onder de voorwaarden dat een groter deel van de aandelen in handen van zwarte investeerders terecht zou komen en dat bedrijven zich zouden inspannen om het percentage 'historisch achtergestelde' Zuid-Afrikanen in leidinggevende posities te verhogen. De Italiaanse en Luxemburgse investeerders voerden aan dat deze nieuwe voorwaarden in strijd waren met de BIT-verplichtingen van Zuid-Afrika om hen een 'eerlijke en billijke' behandeling te garanderen die 'niet minder gunstig' mocht zijn dan die werd toegekend aan binnenlandse investeerders. In 2010 werd er een schikking getroffen, waarbij Zuid-Afrika stevige concessies deed ten aanzien van de BEE verplichtingen voor de investeerders.²

den maar weinig woorden vuilgemaakt. BITs bevatten gewoonlijk geen verplichtingen ten aanzien van milieubescherming, rechten van werknemers, sociale voorzieningen of natuurlijke hulpbronnen. Als gevolg daarvan worden dit soort onderwerpen in arbitragepanelen zelden meegewogen. Arbitragepanelen vinden vaak plaats achter gesloten deuren. De burger wordt in onwetendheid gehouden, terwijl de uitspraken van

al tegen ontwikkelingslanden. Daarbij ging het vooral om openbare diensten als water, elektriciteit, telecommunicatie en het beheer van afvalstoffen en delfstoffen (olie, gas en mijnbouw).⁴ Deze arbitragepanelen vormen een ernstige belemmering voor overheden als het gaat om het vormgeven van beleid ter bevordering van sociaal welzijn en een gezond milieu. Ze gaan vaak gepaard met hoge kosten, die zwaar kunnen drukken op

Recht op water onder vuur

Een groep Europese investeerders die beschikt over een concessie van 30 jaar voor het leveren van diensten voor water en afvalwater in en rond Buenos Aires, heeft bezwaar gemaakt tegen diverse maatregelen die eind jaren '90 werden uitgevaardigd door de Argentijnse overheid om de financiële crisis te bestrijden waaronder het land toen gebukt ging. Zij voerden aan dat deze maatregelen de waarde van hun investering onderuit haalden en dat Argentinië daarmee in gebreke bleef ten aanzien van zijn verplichtingen voortvloeiend uit BITs afgesloten met Spanje, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk om de belangen van buitenlandse investeerders te beschermen. In zijn eindvonnis (30 juli 2010) oordeelde het ICSID-tribunaal, dat Argentinië vanwege de ernstige economische crisis met het instellen van die maatregelen rechtmatig gehandeld had. Het tribunaal vervolgde echter dat Argentinië in reactie op de crisis ook andere maatregelen had kunnen nemen die de rechten van de investeerders niet zouden hebben geschonden. Argentinië had er bij het ICSID op aangedrongen om rekening te houden met het feit dat het hier ging om een concessie die nauw samenhangt met het (mens-)recht op water. De stelling dat de verplichtingen van een overheid voortvloeiend uit de bescherming van mensenrechten voortgaan op haar verplichtingen jegens investeerders uit hoofde van de BITs werd echter door ICSID verworpen. Volgens ICSID moeten staten zowel de rechten van de mens als hun verdragsrechtelijke verplichtingen gelijkelijk respecteren. Het bedrag van de schadevergoeding moet nog worden vastgesteld.⁵

² Voor meer informatie over deze zaak, zie: ITUC Briefing note on Bilateral Investment Treaties, at: <http://gurn.info/en/topics/bilateral-and-regional-trade-agreements/bilateral-investment-treaties/background/tils-briefing-note-on-bilateral-investment-treaties> (accessed 22-11-2010). En: 'ICSID Tribunal awards South African Government 7.5 per cent of its Euro 5.33m costs claim', op: <http://www.webberwentzel.com/web/view/www/en/page1873?oid=27715&sn=detail&pid=1873> (accessed 22-11-2010).

³ Nathalie Bernasconi, Background paper on Vattenfall v. Germany arbitration, International Institute for Sustainable Development, July 2009.

⁴ ITUC Briefing note on Bilateral Investment Treaties, op: <http://gurn.info/en/topics/bilateral-and-regional-trade-agreements/bilateral-investment-treaties/background/tils-briefing-note-on-bilateral-investment-treaties> (accessed 22-11-2010).

⁵ 'Argentina on the hook for breach of Fair and Equitable Treatment', Investment Treaty News, Issue 1, Volume 1, September 2010.

het overheidsbudget voor sociale zaken, gezondheidszorg en onderwijs. De angst om meegesleurd te worden in zulke dure arbitragezaken kan er zelfs toe leiden dat overheden huiverig worden om überhaupt nog nieuwe (noodzakelijke) sociale of milieuwetgeving door te voeren (het zogenaamde "chilling effect").



mulering van een overkoepelend EU-investeringsbeleid. Ook moet er een overgangsregeling worden gevonden voor de 1200 bestaande bilaterale investeringsakkoorden van de Lidstaten. Dit maakt de weg vrij voor een open en brede discussie over de toekomst van het Europese internationale investeringsbeleid.

Als 'marktleider' op het gebied van buitenlandse investeringen heeft de EU tot nu toe nog maar zelden aan het kortste eind getrokken. Maar dat snel kan veranderen, gezien de wereldwijde economische machtsverschuivingen. Opkomende economieën als China en India houden zich in toenemende mate bezig met buitenlandse investeringen.

Het zal zeker niet heel lang meer duren voor de maatregelen die we hier nemen om de gevolgen van de huidige economische crisis te bestrijden en het bankwezen te reguleren, om klimaatverandering tegen te gaan, de openbare dienstverlening veilig te stellen en het milieu te beschermen onderwerp kunnen worden van geschillenbeslechting, waarbij de overheid en daarmee de gewone belastingbetaler miljoenen euro's aan schadevergoeding kunnen ophoesten.

Ruimte voor verandering

Dat er nu op Europees niveau beleid wordt gemaakt, biedt ons een unieke kans om het evenwicht tussen de publieke en private belangen binnen investeringsakkoorden te herstellen.

De overdracht van de bevoegdheid op investeringen als gevolg van het Verdrag van Lissabon vereist de for-

In juli 2010 heeft de Europese Commissie een eerste aanzet gegeven voor de ontwikkeling van nieuw beleid met de publicatie van de Mededeling "Naar een algemeen Europees internationaal investeringsbeleid". Daarnaast heeft de Commissie een ontwerpverordening opgesteld over een overgangperiode voor bestaande BITs. Deze liggen nu ter beoordeling bij de Raad en het Europees Parlement. Ondertussen is de Commissie bezig met het opstellen van onderhandelingsmandaten om investeringsbeschermingshoofdstukken toe te voegen aan de vrijhandelsakkoorden waarover op dit moment wordt onderhandeld met Canada, India, Singapore en de landen van het Zuid-Amerikaanse Mersosur-blok. Ook zitten er op korte termijn mandaten aan te komen voor op zichzelf staande investeringsakkoorden met Rusland en China.

De Commissie heeft aangegeven dat conform het Verdrag van Lissabon het gemeenschappelijk investeringsbeleid van de EU moet bijdragen aan de bredere EU-doelstellingen zoals mensenrechten en duurzame ontwikkeling. De Commissie heeft ook gesuggereerd dat er meer transparantie moet komen ten aanzien van geschillenbeslechting tussen investeerders en staten en dat een beter evenwicht gezocht moet worden tussen publieke en private belangen met betrekking tot onteigening.

Tegelijkertijd, zal de Commissie willen voortbouwen op de 'best practices' uit de bestaande BITs van de

BITs oogsten kritiek in het Zuiden

Voor veel ontwikkelingslanden zijn directe buitenlandse investeringen een belangrijke bron van kapitaal die noodzakelijk is voor economische groei. Het is echter duidelijk dat de huidige BITs van de EU niet de bevordering van duurzame ontwikkeling tot doel hebben. Wereldwijd raken steeds meer landen zich bewust van de mogelijke negatieve gevolgen van BITs. Ze beginnen zich te beseffen dat BITs slechts enkele van de vele factoren zijn die invloed hebben op de beslissingen van bedrijven om ergens te investeren.⁶ Verschillende landen zijn dan ook begonnen met het evalueren en herzien van hun investeringsbeleid. De Zuid-Afrikaanse regering is op dit moment alle BITs kritisch aan het doorlichten om ze beter af te stemmen op ontwikkeling,⁷ waarbij ze aanvoeren dat 'een van de meest fundamentele elementen van de staatssoevereiniteit zowel het recht als de plicht van een regering omvat om economische activiteiten en actoren te reguleren in het bredere publieke belang... Bevordering en bescherming van investeringen mag niet ten koste gaan van andere belangrijke beleidsdoelstellingen.'⁸ Als een van de grootste ontvangers van directe buitenlandse investeringen in Latijns-Amerika weigert Brazilië nog altijd over te gaan tot ratificatie van BITs. Bolivia nam in 2007 zelfs het vergaande besluit om zich terug te trekken uit het ICSID. Het feit dat ICSID het multinationals mogelijk maakt om zaken aan te spannen tegen regeringen - ook voor het "verlies" van beoogde winst -, maar het staten tegelijkertijd niet de mogelijkheid biedt om op hun beurt actie te ondernemen tegen multinationals is voor Bolivia een belangrijk bezwaar. De president van Bolivia, Evo Morales, motiveerde zijn beslissing door te zeggen: "(Wij) verwerpen uitdrukkelijk de juridische, journalistieke en diplomatieke druk uit de hoek van enkele multinationals die... de soevereine beslissingen staten betwisten en overgaan tot het uiten van dreigementen en het aanspannen van internationale arbitragezaken."⁹

⁶ The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries, UNCTAD Series on International Investment, 2009. Op: http://www.unctad.org/en/docs/diaeia20095_en.pdf

⁷ <http://www.thedti.gov.za/ads/bi-lateral.htm>

⁸ http://www.dti.gov.za/ads/bi-lateral_policy.doc

⁹ <http://www.allbusiness.com/legal/labor-employment-law-alternative-dispute-resolution/8906068-1.html>

lidstaten. Waarschijnlijk zullen de ruim geformuleerde en open bepalingen als 'eerlijke en billijke behandeling', 'gelijke behandeling van elkaars onderdanen', 'meest bevoorrechte handelsnatie', 'enz. die hebben geleid tot de vele, door bedrijven aanhangig gemaakte, rechtszaken niet verdwijnen.

De lidstaten zullen intussen alles op alles zetten om ervoor te zorgen dat het EU-beleid een afspiegeling wordt van hun eigen praktijken en intussen hun eigen BITs en investeringsbeleid zo lang mogelijk voort te zetten.

Dit is hét moment waarop het maatschappelijk middelveld zijn zorgen kenbaar moet maken en zich hard moet maken voor een buitenlands-investeringsbeleid dat op een radicaal andere leest geschoeid is.

Maatschappelijke organisaties kunnen een belangrijke bijdrage leveren om te komen tot een meer evenwichtig investeringsbeleid door:

- contact op te nemen met hun **nationale vertegenwoordigers in het Europees Parlement** en in het bijzonder in de commissie Internationale Handel (INTA), waar in maart zal worden gestemd over een resolutie over het nieuwe investeringsbeleid van de EU en over amendementen op de ontwerpverordening inzake de bestaande BITs van de lidstaten;

- contact op te nemen met **nationale parlementsleden** en vraagtekens te zetten bij het investeringsbeleid van hun nationale overheden en de standpunten die zij innemen in de Raad;

- in contact te treden met de **Europese Commissie** om te voorkomen dat zij schadelijke BIT-praktijken van de lidstaten overneemt en onderhandelingen over investeringen begint voordat er een grondige evaluatie en een brede maatschappelijke discussie over dit onderwerp hebben plaatsgevonden;

- deze brochure verder te verspreiden, activiteiten te organiseren en een **publiek debat** rond deze kwestie aan te zwengelen;

Een **nieuw gemeenschappelijk Europees investeringsbeleid** moet:

- **verplichtingen voor de investeerder** opnemen in alle investeringsakkoorden, in het bijzonder op het gebied van mensenrechten en maatschappelijk verantwoord ondernemen;

- **meer precieze en striktere juridische formuleringen** bevatten over de rechten van investeerders;

- komaf maken met het eenzijdige en ondoorzichtige **geschillenbeslechtsmechanisme** tussen investeerders en staten;

- een expliciete erkenning bevatten van het **recht van overheden om regulerend op te treden** en beleid te formuleren in het algemeen belang;

- een duidelijke **sociale en ecologische dimensie** voorzien.

In het kader van het formuleren van de beginselen van zo'n overkoepelend EU investeringsbeleid moet grondig worden geëvalueerd hoe de huidige BITs van de lidstaten het vermogen van regeringen beïnvloeden om duurzame ontwikkeling, de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en sociale rechtvaardigheid te bevorderen, en de verplichtingen na te komen die ze zijn aangegaan in internationale verdragen over mensen-, vrouwen- en arbeidsrechten, het milieu en klimaatverandering. **Alle lopende BIT-onderhandelingen van de lidstaten dienen opgeschort te worden** totdat zo'n beoordeling heeft plaatsgevonden. **Alle bestaande BITs van de lidstaten moeten worden herzien** om te zorgen dat zij voldoen aan de overkoepelende mensenrechtenbeginselen van de EU.

Het beïnvloeden van Europese beleidskeuzes is belangrijk en kan heel goed een beslissende impact hebben wereldwijd: de EU is immers zowel de grootste zender als de grootste ontvanger van directe buitenlandse investeringen van de wereld. De BITs van de Europese lidstaten zijn samen goed voor bijna de helft van alle investeringsverdragen die momenteel wereldwijd van kracht zijn.

Tekst: Roeline Knottnerus, in samenspraak met de Werkgroep Investerings van het S2B-netwerk (www.s2bnetwork.org)

Meer informatie

- ▶ Seattle to Brussels Network, Reclaiming Public Interest in Europe's International Investment Policy: EU Investment Agreements in the Lisbon Treaty Era: A Reader: http://www.s2bnetwork.org/fileadmin/dateien/downloads/eu_investment_reader.pdf

- ▶ Austrian Federal Chamber of Labour, Position Paper on EU Investment Policy: http://akeuropa.eu/_includes/mods/akeu/docs/main_report_en_138.pdf

- ▶ Brandbrief inzake de beleidskaders voor internationale investeringen (ondertekend door een groep van 35 academici uit diverse landen) van 31 augustus 2010: http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement/documents/Public%20Statement.pdf van 35 academici uit diverse landen) van 31 augustus 2010

- ▶ Website van het directoraat-generaal Handel van de Europese Commissie over investeringsbeleid: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/investment/>

- ▶ Marc Maes, Beleidsmedewerker Europees Handelsbeleid, 11.11.11, marc.maes@11.be