

Commentaar VNO-NCW op de nieuwe modeltekst investeringsakkoorden Juni 2018

Inleiding

Voor de bedrijven die VNO-NCW vertegenwoordigd, zijn investeringsakkoorden van groot belang. Investeringsakkoorden bieden bescherming aan Nederlandse investeerders in buitenlandse markten en zijn juist daar van belang waar de rechtsstaat nog onvoldoende ontwikkeld is. Wordt een investeerder bij bijvoorbeeld een onteigening voldoende en adequate compensatie geboden, dan is arbitrage niet nodig. En niet aan de orde. Arbitrage bij investeringen is dan ook een noodrem, zo hebben we ook geconstateerd in het SER-advies over TTIP in 2016 (zie <https://www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen/2010-2019/2016/ttip.aspx>). De koninklijke weg blijft een goed functionerende rechtsstaat. Hierbij dient wel de opmerking gemaakt te worden dat in zeer veel landen in de wereld adequate compensatie en een goed functionerende rechtsstaat niet onmiddellijk aan de orde zijn. In het OS-beleid dient Nederland te streven naar versterking van rechtsstaten, vindt ook VNO-NCW, juist ook om investeringen aan te kunnen trekken wat van belang is voor de ontwikkeling van de economie van het ontvangende land. Investeringsakkoorden zijn daarbij een goede 'tool', juist nu Nederland een sterkere combinatie van hulp en handel na streeft.

Artikelsgewijs commentaar

Artikel 1 lid (b) deel (II)

Met de eis van 'substantial business activities' worden brievenbusmaatschappijen uitgesloten van gebruikmaking van investeringsakkoorden. Ons lijkt dit een goede zaak. Wel valt op, dat nu gekozen is voor een definitie die niet wereldwijd gebruikt wordt. Hier had – zoals ook verderop in de modeltekst – ook aansluiting kunnen worden gezocht bij CETA.

Artikel 2 lid 2

Hiermee wordt het 'right to regulate' van overheden tot uitdrukking gebracht. Daartegen bestaat geen bezwaar.

Section 2: Investment promotion and facilitation

Een nieuwe paragraaf. Wellicht kunnen in investeringsakkoorden met ontwikkelingslanden ook passages worden opgenomen over ondersteuning en uitwisseling tussen investment agencies, zoals in Nederland de NFIA. Zie ook de Joint Ministerial Statement on Investment Facilitation for Development zoals aangenomen op de laatste WTO-top in Buenos Aires (december 2017).

Artikel 7

Van onze kant bestaat er geen enkel bezwaar tegen het opnemen van een verwijzing naar de OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen in dit artikel over CSR. Wel de kanttekening er bij, dat er natuurlijk vele landen zijn die geen lid zijn van de OESO.

Artikel 9 lid 2

De 'fair and equitable treatment' clause. Ons valt op, dat de drempel om als investeerder een arbitragezaak onder deze modeltekst te kunnen starten, wel erg hoog gelegd wordt. Het moet gaan om een '*fundamental*' breach of due process. Om '*manifest*' arbitrariness. Deze drempel zou niet zo hoog moeten liggen. Evident onredelijke claims worden toch afgewezen, waarbij komt dat deze modeltekst de kosten van een zaak afwentelt op de verliezende investeerder. Wat al een drempel in zichzelf is om een zaak te starten.

Artikel 9 lid 5

Hierbij worden de voorwaarden om een arbitragezaak te kunnen beginnen aangescherpt ten opzichte van de huidige IBO-modeltekst. Namelijk, het dient te gaan om schriftelijke afspraken over een specifieke investering. Mondeling gemaakte afspraken vallen hier bijvoorbeeld mee uit de boot. Hiermee wordt afgeweken van het Nederlandse contractrecht. Waarom, is onduidelijk. We zouden graag de oude IBO-modeltekst hier zien.

Artikel 13

Deze verruiming van de bescherming van investeerders juichen we toe.

Section 5: Settlement of Disputes between an investor of a Contracting Party and the other Contracting Party

Duidelijk – zo blijkt uit artikel 15 lid 1 – dat deze paragraaf verdwijnt op het moment dat er een multilateraal investment court is. Zoals ook gesteld in het geciteerde SER-advies TTIP, zijn wij op zichzelf voor zo'n hof. Wel is een cruciale vraag, waarom in deze modeltekst geen beroepsmogelijkheid is opgenomen, wat ook bij een dergelijk multilateraal hof past en wat ook de WTO kent.

Artikel 16 lid 2

Op zichzelf is het uitsluiten van zaken 'made through fraudulent misrepresentation, concealment, corruption, or similar bad faith' logisch. Wel hierbij de vraag, hoe bijvoorbeeld de bewijslast hierbij verdeeld wordt. Kan men bezwaar/beroep aantekenen op het moment dat een zaak op deze grond wordt afgewezen? En wie bepaalt dat er sprake is van onheus gedrag?

Artikel 20

Wij zijn blij dat de mogelijkheid blijft bestaan dat men de ICSID- of UNCITRAL-weg kan bewandelen bij deze vorm van investeringsbescherming. Deze wegen hebben hun nut in het verleden bewezen. Wel valt op, dat dit artikel partijen het recht ontzegt zelf hun arbiters aan te wijzen. Dat is een opvallende keuze, die de vraag op roept waarom deze is gemaakt.

Artikel 20 lid 5

Arbiters mogen niet als advocaat (legal counsel) hebben opgetreden in investeringszaken de afgelopen vijf jaar. Dit perkt ons inziens de vijver waaruit gevist kan worden voor goede arbiters onnodig in. In artikel 20 staan immers allerlei randvoorwaarden opgenomen waaraan arbiters moeten voldoen om hun onafhankelijkheid te garanderen, zoals bijvoorbeeld in lid 6.

Artikel 22 lid 5

De kosten van een arbitragezaak worden altijd afgewenteld op een onsuccesvolle procederende investeerder. Daarmee wordt de drempel om een zaak te starten erg hoog gelegd. Het Tribunal kan wel – als dat onredelijk is in de omstandigheden van de zaak – anders besluiten.

Artikel 23

Met de verwijzing naar de UN Guiding Principles on Business and Human Rights en de OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen in dit artikel lijkt 'soft law' 'hard law' te worden. Op zich gelden deze IMVO-kaders altijd voor bedrijven. Maar hier zit een disbalans met nationale wetgeving, waar een Tribunal zich niet over uit mag laten (conform artikel 20 lid 10). Terwijl voor de investeerder met artikel 23 een vrijwel onbegrensde aansprakelijkheid wordt gecreëerd, geldt dit kennelijk niet voor de overheid (nationale wetgever).

Tot slot

Bij vragen of verduidelijkingen over deze reactie van VNO-NCW op de modeltekst, kan het ministerie contact opnemen met:

Marhijn Visser

Secretaris Internationaal Ondernemen

International Affairs

VNO-NCW - MKB-Nederland

Confederation of Netherlands' Industry and Employers VNO-NCW

Royal Dutch Association of Small and Mediumsized Enterprises MKB Nederland

email: mvisser@vnoncw-mkb.nl

tel.: +31 (0)70 – 349 0438

mobiel: +31 (0)6 11 35 17 14

website: www.vno-ncw.nl - www.mkb.nl

Bezuidenhoutseweg 12, 2594 AV Den Haag

Postbus 93002, 2509 AA Den Haag

Twitter: [@vnoncw](https://twitter.com/vnoncw) - [@mkbnl](https://twitter.com/mkbnl) – linkedIn: [VNO-NCW](https://www.linkedin.com/company/vno-ncw) - [MKB](https://www.linkedin.com/company/mkb-nederland)

www.nl-nextlevel.nl

NL next level