**Position paper VNO-NCW over IBO-modeltekst**

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 buitenlandbeleid 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. In dit licht kunnen ook de Sustainable Development Goals (SDGs) genoemd worden. Deze vergen forse investeringen, niet alleen publiek maar ook privaat. Investeringsakkoorden zijn bij het bereiken van de SDGs dan ook een tool.

Al is de wens om de modeltekst van de investeringsakkoorden te moderniseren begrijpelijk, toch kunnen we niet genoeg het belang van de huidige waaier aan akkoorden onderstrepen.

In vergelijking met de tekst van de internetconsultatie, zien we dat de definitie van brievenbusmaatschappijen is aangescherpt. Voor VNO-NCW is deze aanscherping niet bezwaarlijk.

Graag herhalen we verder onze aandachtspunten, zoals ook aangegeven in de internetconsultatie.

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 en de UN Guiding Principles 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’ clausule. 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 al afgewezen, waarbij komt dat deze modeltekst de proceskosten van een zaak afwentelt op de verliezende partij. 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 civiele recht. Waarom, is onduidelijk. We zouden graag de oude IBO-modeltekst hier opgenomen 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 over 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 wordt verdeeld. 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 partij. Daarmee wordt de drempel om een zaak te starten erg hoog gelegd. Het Tribunaal 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 Tribunaal zich niet over uit mag laten (conform artikel 20 lid 12), terwijl voor de investeerder (met artikel 23) een vrijwel onbegrensde aansprakelijkheid wordt gecreëerd, geldt dit kennelijk niet voor de gedaagde overheid (nationale wetgever).