Positie paper Both ENDS rondetafelgesprek Modeltekst investeringsakkoorden
Commissie BuHa-OS , 28 Januari 2019

Graag geven wij hierbij een reactie op de nieuwe modeltekst voor Nederlandse investeringsakkoorden. Voor een verdergaande technische analyse van de modeltekst verwijzen we graag naar de analyse in Reactie Handel Anders-coalitie op nieuwe Nederlandse model-tekst over bilaterale investeringsverdragen[1]

Helaas voldoet het huidige ontwerp volgens ons niet aan het doel om voldoende evenwicht te brengen in de rechten en plichten van staten en investeerders.

Nieuwe bepalingen, zoals het uitsluiten van investeringen die door het omkopen van ambtenaren of andere illegitieme praktijken tot stand zijn gekomen, zijn natuurlijk positief, maar zouden volgens ons als vanzelfsprekend gezien moeten worden. Datzelfde geldt voor de nieuwe expliciete toevoeging dat investeerders zich aan nationale wet- en regelgeving van het gastland moeten houden (Artikel 7.1). Bovendien eist de nieuwe modeltekst helaas niet, zoals in vergelijkbare beleidsinstrumenten gebruikelijk is[2], dat investeerders de sociale- en milieurisico's en dito gevolgen van hun investeringen identificeren, maatregelen bepalen om ze te voorkomen of verkleinen, en er verantwoording over afleggen. In Artikel 7.3 herbevestigen de verdragspartijen alleen maar dat het 'belangrijk' is dat investeerders dat doen.

In de huidige model-BIT kan nog steeds alleen de buitenlandse investeerder een vordering bij het arbitragetribunaal neerleggen; er zijn geen vergelijkbare mechanismen opgenomen voor staten die investeringsgerelateerde geschillen willen neerleggen die door het gedrag van de investeerder veroorzaakt worden. Het nieuwe Artikel 7.4 voegt geen nieuwe mogelijkheden toe voor het aansprakelijk stellen van investeerders door slachtoffers van bedrijfsactiviteiten in het gastland behalve de - al dan niet reeds bestaande - mogelijkheden onder nationale wetgeving[3]. Daarnaast biedt de nieuwe tekst geen nieuwe mogelijkheden voor staten om bij tegen hen aangespannen ISDS-procedures "counterclaims " tegen de investeerder in te dienen die verder gaan dan de al bestaande ontoereikende mogelijkheden onder ICSID. Voor zover wij kunnen zien, zou de gehele sectie 3: 'Sustainable development" geen invloed hebben op het type klachten dat door investeerders kan worden ingediend, noch op de wijze waarop deze klachten in een lopende ISDS-procedure zullen worden beoordeeld.

De belangrijkste verbeteringen in de nieuwe modeltekst ten opzichte van de modeltekst uit 2004, zijn de elementen en principes die zijn overgenomen uit het investeringshoofdstuk van CETA. Voorbeelden hiervan zijn o.a. het hanteren van een gesloten 'FET-lijst', de 'UNCITRAL transparency rules' en het beperken van bescherming: alleen investeerders met 'substantiële bedrijfsactiviteit in het land van oorsprong' (home state) komen nog in aanmerking. Hierdoor brengt Nederland zijn model meer in lijn met het nieuwe EU model voor investeringsbeschermingsovereenkomsten.

Helaas bevat de nieuwe modeltekst twee belangrijke verslechteringen ten opzichte van het (volgens ons nog steeds volstrekt ontoereikende) CETA-model.

Ten eerste houdt Nederland ook in het nieuwe model vast aan het controversiële ISDS mechanisme. De benoemingsprocedure van arbiters is wel veranderd, maar we verwachten niet dat dit de onafhankelijkheid van de arbiters zal vergroten. Het nieuwe model wil het probleem van onvoldoende

[1] https://www.somo.nl/nl/wp-content/uploads/sites/2/2018/11/Handel-Anders-Reactie-op-finaliseren-model-tekst-NLse-bila-investeringsverdragen.pdf
[2] Die eisen worden wel gesteld in andere, vergelijkbare beleidsinstrumenten zoals commerciële politieke risicoverzekering, verzekering door exportkredietinstellingen (ECAs) of het investeringsgarantiebeleid van MIGA
[3] De toevoeging in Art 7.4 dat het hier bij om gevallen van "significant damages", "personal injuries" of "loss of life" zou moeten gaan, is mogelijk problematisch. Afhankelijk van de regels betreffende de rechtsmacht in de staat van herkomst van de investeerder, zou dit een onnodig beperkende werking op de aansprakelijkheid van de investeerder kunnen hebben.

Both ENDS
Nieuwe Keizersgracht 45
1018 VC Amsterdam
The Netherlands
telephone +31 20 530 66 00
e-mail info@bothends.org
website www.bothends.org

onafhankelijkheid van de arbiters vooral oplossen door middel van een in te toekomst op te richten Multilateral Investment Court (MIC). Volgends ons is het echter niet waarschijnlijk dat er een MIC gaat komen[4]. De voorgestelde benoemingsinstanties PCA en ICSID bieden volgens ons onvoldoende onafhankelijkheid. Ook de track record van de benoemingspraktijk van deze instanties geeft weinig reden tot vertrouwen. Zo benoemt ICSID bijvoorbeeld ook alle drie de leden van ad hoc comités in ICSID "conflict of interest cases" tegen ISDS-arbiters. Zo gebeurde dat ook bij ICSID-case No. ARB/97/3: de arbiter in kwestie was lid van de raad van bestuur van de grootse aandeelhouder in het bedrijf dat de ISDS-klacht had ingediend, maar het volledig door ICSID benoemde comité vond het niet nodig om daar consequenties aan te verbinden[5].

Ten tweede bevat de nieuwe modeltekst Artikel.9.5[6].
Dat artikel maakt elke toezegging die aan een investeerder is gedaan met betrekking tot een specifieke investering en die schriftelijk is vastgelegd, tot een bindende en afdwingbare verplichting middels ISDS. Hierbij worden geen beperkingen opgelegd voor wat betreft de aard of omvang van de toezeggingen. Dit leidt tot een grote maas in de wet: door Artikel 9.5 zullen o.a. ook "stablization clauses" in investeringscontracten internationaal afdwingbaar worden. Zulke stabiliseringsclausules in contracten tussen investeerders en gastlanden hebben betrekking op wetswijzigingen in de gaststaat. Ze zijn bedoeld om de juridische kaders die van toepassing zijn op de investering gedurende de looptijd van het project te "stabiliseren", wat vaak in de praktijk neerkomt op het uitsluiten van investeerders van progressieve nieuwe milieu- en sociale wetgeving in een land.

In 2009 concludeerden zowel speciale VN rapporteur voor mensenrechten John Ruggie als de Wereldbank die er een onderzoek naar liet uitvoeren[7], dat stabilisering tegen sociale en milieuwetten in bijna 60% van alle stabiliseringsclausules betrekking hebben op niet-OESO-landen als gastland. De in het onderzoek genoemde voorbeelden van gedocumenteerde gevallen van contracten met stabiliseringsclausules met negatieve gevolgen voor de bescherming en bevordering van de mensenrechten in de gaststaat, gaan over bedrijven die ook in Nederland gevestigd zijn[8]. Deze bedrijven hebben in Nederland voldoende substantiële bedrijfsactiviteiten om ook onder het nieuwe verdrag beroep op ISDS te kunnen doen.

Het onderhandelen over internationale verdragen die de stabilisering van sociale- en milieuregels en wetten in contracten niet verbieden, maar zulke stabilisering zelfs bindend en internationaal afdwingbaar maken, is naar onze mening volstrekt onaanvaardbaar[9].

De nieuwe modeltekst bevat één interessante innovatie.

Artikel 23 biedt een tribunaal de mogelijkheid om bij het bepalen van een schadevergoeding mee te wegen in hoeverre een investeerder zich heeft gehouden aan zijn verplichtingen onder de ‘UN Guiding Principles’ en de ‘OECD Guidelines’. Helaas is het onduidelijk of en hoe arbiters er voor zullen kiezen om van deze mogelijkheid gebruik te maken. Dit maakt het nut en de toegevoegde waarde van deze bepaling twijfelachtig. Een duidelijker opdracht aan tribunalen om het niet-tegemoetkomen aan verplichtingen onder de UN Guiding Principles en de OECD Guidelines in hun overwegingen mee te nemen, zou dus wenslijk zijn.

---

[4] door de negatieve gevolgen voor de internationale rechtsorde lijkt ons de beoogde MIC bovendien ook niet wenslijk
[5] Zie ICSID Case No. ARB/97/3 (Annulment Proceeding) Decision on the Argentine Republic’s Request for Annulment of the Award rendered on 20 August 2007 https://www.italaw.com/documents/VivendiSecondAnnulmentDecision.pdf
[6] In vroege ontwerpteksten van het CETA-verdrag was een vergelijkbare bepaling voorzien, maar gelukkig is deze later verwijderd.
[7] Stabilization Clauses and Human Rights A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Business and Human Rights May 27, 2009 https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/9feb5b00488555eab8c4fa6a6515bb18/Stabilization%2BPaper.pdf?MOD=AJPERES
[8] Het onderzoek noemt het BTC-pijplijnproject van BP (de BakuTbilisi-Ceyhan-pijpleiding die Azerbeidzjan, Georgië en Turkije overstijgt), BP's contracten met betrekking op de South Caucuses Pipeline (SCP), de Tsjaad-Kameroen-pijplijn van Exxon en de 2005 Mittal-staalinvestering in Liberia.
[9] Het is belangrijk om erbij stil te staan dat de strekking van Art.9.5 veel verder gaat dan contractuele bepalingen maar in feite op elke "schriftelijke toezegging" namens de overheid van toepassing is, in welke vorm dan ook, zolang deze maar betrekking heeft op een specifieke investering.