

HANDEL ANDERS!



VOOR DUURZAME EN EERLIJKE HANDEL

Den Haag, 8 november
2018

Geachte leden van de vaste Kamer Commissie BuHaOS,

Op 26 oktober werd de langverwachte finale versie van de model-tekst voor Nederlandse bilaterale investeringsverdragen gepubliceerd. De conceptversie van de model-tekst werd van 16 mei tot 18 juni 2018 in een internetconsultatie voorgelegd aan het Nederlandse publiek, waarop maar liefst 1.657 burgers en organisaties de moeite namen om een reactie te sturen. Daarmee kwam deze publieksconsultatie in de top 5 van de consultaties met de hoogste participatie.

De vraag is nu of de inbreng van de deelnemers aan de publieksconsultatie voldoende is meegenomen en of de uiteindelijke model-tekst de toets van de kritiek op het eerdere model kan doorstaan.

Voor het belangrijkste gedeelte niet: Van de 1.657 reacties is 99% voor een systeem van investeringsbescherming dat niet gebaseerd is op het achterhaalde systeem van Investor-to-State-Dispute-Settlement (ISDS) waarbij bedrijven en investeerders buiten de nationale rechtsorde staten kunnen aanklagen. Waarom dan toch gekozen om onverkort vast te houden aan een eenzijdige, aparte rechtsgang buiten de nationale rechter voor investeerders? Voor Handel Anders! blijft een systeem gebaseerd op speciale rechten voor bedrijven buiten de nationale rechtsorde om onacceptabel.

Hoewel de nieuwe model-tekst een aantal significante verbeteringen kent ten opzichte van het oude modelverdrag uit 2004, gaan de hervormingen in het algemeen niet verder dan hetgeen in de investeringshoofdstukken van CETA of de EU-verdragen met Vietnam en Singapore is terug te vinden. Het niet opnemen van bindende en afdwingbare verplichtingen voor investeerders op het gebied van hun maatschappelijke verantwoordelijkheden is een gemiste kans.

Handel anders! vertegenwoordigt o.a. FNV - Dutch Dairymen Board - Ondernemers van Nu - Milieudefensie - Nederlandse Akkerbouw Vakbond – Transnational Institute – Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen - Both ENDS - Foodwatch – Platform Aarde Boer Consument - Vrijschrift - e.v.a. in hun gezamenlijke streven naar een duurzaam en eerlijk handelsbeleid.

Contact: Marieke van Doorn, coördinator T: 06-14041204 E: m.vandoorn@tni.org

HANDEL ANDERS!



VOOR DUURZAME EN EERLIJKE HANDEL

Daarom roepen wij de Commissie BuHaOS op: Handel Anders! In de bijlage treft u een uitgebreide analyse gemaakt door verschillende experts uit ons netwerk. Wij zijn graag bereid om nadere toelichting te geven.

Veel dank bij voorbaat voor uw tijd en aandacht.

Hoogachtend en met vriendelijke groeten,

Handel Anders!

Handel anders! vertegenwoordigt o.a. FNV - Dutch Dairy Board - Ondernemers van Nu - Milieudefensie - Nederlandse Akkerbouw Vakbond – Transnational Institute – Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen - Both ENDS - Foodwatch – Platform Aarde Boer Consument - Vrijdschrift - e.v.a. in hun gezamenlijke streven naar een duurzaam en eerlijk handelsbeleid.

Contact: Marieke van Doorn, coördinator T: 06-14041204 E: m.vandoorn@tni.org

HANDEL ANDERS!



VOOR DUURZAME EN EERLIJKE HANDEL

BIJLAGE: Analyse finale model-tekst Nederlandse bilaterale investeringsverdragen

De nieuwe Nederlandse model-tekst voor investeringsbeschermingsovereenkomsten kent een aantal significante verbeteringen ten opzichte van het oude modelverdrag uit 2004. Echter, ook in het nieuwe model kan de buitenlandse investeerder nog altijd aanspraak maken op brede investeringsbescherming, inclusief problematische, breed interpreteerbare rechten zoals bescherming tegen inbreuk op de ‘legitieme verwachtingen’ van de investeerder en bescherming tegen ‘indirecte onteigening’. Dit zijn bij uitstek de bepalingen die vaak worden ingeroepen om overheidsmaatregelen met een impact op het investeringsrendement aan te vechten. Door handhaven van deze bepalingen blijft het risico bestaan dat bedrijven onder dreiging van investeringsclaims overheden onder druk kunnen zetten om voorgenomen publiek beleid af te zwakken of te parkeren – een verschijnsel dat bekend staat als *regulatory chill*. In de nieuwe model-tekst zijn wel aanscherpingen opgenomen die het recht – en de capaciteit – van overheden om te reguleren in het algemeen belang, beter moeten waarborgen. De vraag is of de gebruikte formuleringen de interpretatieruimte van arbiters in dit opzicht dusdanig beperken dat de beleidsruimte van overheden om zonder angst voor claims te reguleren in het publieke belang voldoende is veiliggesteld?

De buitenlandse investeerder kan ook onder het nieuwe modelverdrag geboden investeringsbescherming onverminderd afdwingen via het *investor-to-state dispute settlement*-mechanisme (ISDS), en wordt nog altijd in staat gesteld de nationale rechter te omzeilen: er is geen verplichting tot uitputting van nationale rechtsmiddelen. Noch is er sprake van de in het internationaal gangbare verplichting om bij passeren van het nationaal recht aannemelijk te maken dat in die nationale rechtsgang voor de klager geen eerlijke/adequate rechtsgang te verwachten is.

De buitenlandse investeerder blijft ook onder het modelverdrag de enige partij die een arbitragezaak voor een internationaal tribunaal kan brengen aanspannen: de eenzijdigheid van het systeem blijft. Omdat arbiters nog altijd per zaak zullen worden beloond, blijft de in het systeem ingebakken bias voor arbiters bestaan om te oordelen in het belang van de buitenlandse investeerder, omdat investeerders de enige partij zijn die een investeringsclaim kunnen aanbrenge, wat arbiters werk verschaft. De nieuwe tekst biedt geen nieuwe mogelijkheden voor de ondertekenende staten om ‘counterclaims’ in te dienen tegen

HANDEL ANDERS!



VOOR DUURZAME EN EERLIJKE HANDEL

investeerdens boven de bestaande ontoereikende mogelijkheden binnen het *International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*.

Innoverend is de toevoeging dat arbiter(s) bij het toekennen van compensatie in een investeringsclaim rekening mag houden met niet-naleving van de *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* en de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen. In hoeverre arbiters hier ook daadwerkelijk toe zullen overgaan, moet de praktijk uitwijzen.

Dat er in het nieuwe model een sectie is opgenomen omtrent duurzame ontwikkeling (sectie 3) is nieuw en positief. Hoewel hier maatschappelijke verantwoordelijkheden van investeerders benoemd, zijn plichten voor investeerders echter niet bindend en afdwingbaar opgenomen. Daarmee wordt onvoldoende recht wordt gedaan aan de inzet van het kabinet voor een toekomstbestendig handels-en investeringsstelsel, waarin, zoals minister Kaag in haar aanbestedingsbrief bij de nieuwe model-tekst investeringsakkoorden schrijft, 'duurzaamheid en inclusiviteit kernbegrippen zijn'.¹ Arbeidsstandaarden en milieunormen, alsmede aansprakelijkheid van bedrijven en investeerders voor schendingen, blijven zwak geborgd, waarmee onvoldoende tegemoet wordt gekomen aan de SER-meetlat.

Positief is verder, dat er pogingen gedaan zijn om het oneigenlijk gebruik van Nederlandse verdragen door brievenbusmaatschappijen tegen te gaan – de praktijk zal moeten uitwijzen of de daartoe opgenomen criteria afdoende blijken, dan wel arbiters in dit opzicht nog altijd te veel interpretatieruimte gunnen om in dergelijke zaken toch jurisdictie te aanvaarden.

Analyse van de model-tekst in detail

Preambule

Ambitie in de preambule is aantrekken van 'responsible foreign investment...that contributes to sustainable economic development' – zonder nadere omschrijving van wat dit inhoudt.

¹ Zie <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-buitenlandse-zaken/documenten/kamerstukken/2018/10/26/kamerbrief-over-modeltekst-investeringsakkoorden>

HANDEL ANDERS!



VOOR DUURZAME EN EERLIJKE HANDEL

Ook wordt een commitment aan ‘sustainable development’ herbevestigd – wederom zonder nadere omschrijving van de inhoud van het begrip.

In de preambule wordt tevens gesteld dat het aantrekken van duurzame investeringen bereikt kan worden zonder inbreuk te maken op het recht om te reguleren van de ondertekenende partijen. Daarbij worden als terreinen voor het bereiken van legitieme beleidsdoelen genoemd o.a. (d.w.z. dat de lijst niet uitputtend is): gezondheidszorg, veiligheid, het milieu, openbare zeden, arbeidsrechten, dierenwelzijn, sociale of consumentenbescherming of prudentiële financiële maatregelen.

Sectie 1: Definities en reikwijdte

Art. 1 – Definities

Er wordt nog altijd een zeer brede definitie gehanteerd van wat geldt als een investering. Portfolio-investeringen vallen eronder, elke contractuele prestatie met een economische waarde, intellectuele eigendomsrechten, goodwill en know-how, en ook, expliciet genoemd, rechten voor de exploratie en exploitatie van natuurlijke grondstoffen.

Onder de definitie van ‘investeerder’ is opgenomen dat een investeerder, wil hij in aanmerking komen voor verdragsbescherming, ‘substantiële zakelijke activiteiten’ moet hebben op het grondgebied van de verdragspartijen. Die substantie wordt ook nader gedefinieerd. Er staat dat deze onder andere kan – niet ‘moet’ - worden afgelezen aan of de onderneming is geregistreerd in een land, of het zijn administratie voert in het land of dat het hoofdkwartier/management er gevestigd is, het aantal werknemers, de omzet gegenereerd in een land, en of het bedrijf er in een land een kantoor, productiefaciliteit of research-lab op nahoudt. Het aantal werknemers of de omzet worden niet nader gespecificeerd. Per zaak moet worden vastgesteld of er sprake is van ‘substantiële activiteiten’. Daarbij worden ook de aard en duur van de activiteiten meegewogen. Dit betekent een stevige nadere voorwaarde die niet eerder zo omschreven was. Er is hiermee een poging gedaan om brievenbusmaatschappijen uit te sluiten die zich alleen in ons land vestigen om zich te bedienen van een investeringsverdrag. Of dit voldoende is, zal in de praktijk moeten blijken. Veel zal afhangen van de wijze waarop arbiters deze bepaling opvatten en ten uitvoer leggen. Juristen geven aan dat arbiters deze indicatoren voor het bepalen van wat wel en niet moet worden aangemerkt als een brievenbusmaatschappij in theorie zouden kunnen negeren, omdat de indicatoren voor beoordeling zijn geformuleerd

HANDEL ANDERS!



VOOR DUURZAME EN EERLIJKE HANDEL

als een illustratieve lijst door het gebruik van de bewoordingen ‘indications may include’ i.p.v. ‘indications include’.

Art. 2 – Reikwijdte en toepassing

Het recht om te reguleren wordt onder **lid 2** herbevestigd. Hierbij de toevoeging dat het enkele feit dat een verdragspartij zich kwijt van zijn regulerende taak, middels aanpassing van wet en regelgeving, op zich geen inbreuk vormt op het verdrag, ook niet als die regulering een negatief effect heeft op een investering of inbreuk maakt op de verwachtingen van een investeerder, inclusief diens winstverwachting.

Deze laatste toevoeging vormt een nieuwe en gewenste aanscherping die de reikwijdte van de geboden investeringsbescherming binnen een duidelijkere marge plaatst.

Echter, daarbij moet worden aangetekend dat dit artikel wel betekent dat arbiters hiermee de bevoegdheid houden om publiek beleid te onderwerpen aan een noodzakelijkheidstoets. Arbiters in een investeringsclaim bepalen uiteindelijk of beleidsdoelen legitiem zijn, of een maatregel al dan niet noodzakelijk was om het beoogde doel te bereiken en of de maatregel in verhouding (‘proportioneel’) is tot dat doel.

Bovendien laat art. 2.2 onverlet de bepaling onder art. 9.5., waarin staat dat publieke overheden op geen enkele wijze – dus ook niet in hun regelgevende bevoegdheid – inbreuk zullen maken op schriftelijke toezeggingen aan een buitenlandse investeerder. Art 2.2. betekent dus niet dat een overheid gevrijwaard is van investeringsclaims op de in dit lid genoemde beleidsterreinen. Ook is onder **lid 3** de bepaling opgenomen dat overheden mogen ingrijpen om de marktmacht van investeerders te beperken teneinde concurrentiebeperking tegen te gaan.

Bepalingen onder **lid 4 en 5** leggen expliciet het recht vast om subsidieregelingen te veranderen als internationale verplichtingen hierom vragen en dat de verplichtingen voortvloeiend uit een overeenkomst gericht op economische integratie (vrijhandelszone, douane-unie, monetaire unie, etc.) voorrang hebben op de bepalingen van de investeringsovereenkomst. Het zou mooi geweest zijn als hier een bepaling was opgenomen dat ook het voldoen aan internationale verplichtingen op het gebied van mensenrechten, milieu en klimaatbeleid op een vergelijkbare wijze was opgenomen. In februari 2018, kwam de Europese Commissie met voorstellen voor ‘niet-onderhandelbare’ horizontale bepalingen over hoe om te gaan met ‘personal data flows’ in handelsonderhandelingen.² In lid B.4 worden grensoverschrijdende stromen van (persoons)gegevens expliciet uitgesloten van

² Zie <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmeuleg/301-xxviii/30104.htm>, onder 1.5 iii)

HANDEL ANDERS!



VOOR DUURZAME EN EERLIJKE HANDEL

investeringsgeschillenbeslechting.³ Een dergelijke bepalingen is niet opgenomen in de nieuwe Nederlandse model-IBO-tekst.

Sectie 2: Bevorderen en faciliteren van investeringen

Art. 3 Onder **lid 1**: partijen verplichten zich om het scheppen van voorwaarden voor verantwoorde investeringen die bijdragen aan duurzame economische ontwikkeling te bevorderen.

Vraag is of deze bepaling de ruimte schept om gericht beleid rond een dergelijke doelstelling te voeren, en daadwerkelijk onderscheid te maken tussen duurzame en vervuilende investeringen. Daaraan mag worden getwijfeld, omdat het begrip ‘duurzaam’ niet nader wordt ingevuld, en omdat elders in het verdrag het non-discriminatiebeginsel als een kernwaarde wordt vastgelegd.

Art. 4 omvat een verplichting voor overheden om alle haar wettelijke en bestuursrechtelijke beslissingen, procedures en administratieve uitspraken van algemene strekking met betrekking tot aangelegenheden die onder het investeringsverdrag vallen, onverwijld te publiceren, bij voorkeur in de Engelse taal en op het internet. Uiteraard is transparantie van lokaal wet en regelgeving heel belangrijk en is deze vaak gebrekkig. Belangrijk is echter dat ook wordt erkend dat in sommige (ontwikkelings)landen vooralsnog de capaciteit ontbreekt om naar behoren aan deze verplichting tegemoet te komen. Zorg is dat een in gebreke blijven van het gastland op dit terrein in een ISDS-zaak door een investeerder aangevoerd kan worden als een reden om niet aan due diligence-verplichtingen te hebben voldaan, dan wel door een gebrek aan informatie hogere kosten hebben moeten maken om aan hun verplichtingen te voldoen.

De formulering ‘shall ensure’ lijkt hier dan ook te hard. Een formulering in de vorm van een streven, met toevoeging omtrent capaciteitsopbouw op dit terrein zou hier in voorkomende gevallen op zijn plaats zijn.

Art. 5, lid 3 legt vast dat de contractpartijen een verplichting op zich nemen om te zorgen dat slachtoffers van business-related human rights abuse toegang moeten krijgen tot effective remedy.

Dit is nieuw en positief. Wat de consequentie is als een partnerland geen opvolging geeft aan dit commitment, is niet duidelijk. Een toevoeging dat slachtoffers ook in staat moeten

³ ‘Horizontal provisions for cross-border data flows and for personal data protection (in EU trade and investment agreements)’, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/may/tradoc_156884.pdf

HANDEL ANDERS!



VOOR DUURZAME EN EERLIJKE HANDEL

worden gesteld om een bedrijf of investeerder aansprakelijk te stellen in het thuisland zou hier op zijn plaats zijn; in het huidige artikel beperkt de plicht om slachtoffers hiertoe rechtsmiddelen te bieden zich tot het gastland.

In zijn algemeenheid gaat **art. 5** in op een verplichting voor verdragspartijen om te zorgen voor goed bestuur en toegang tot het recht en een goede rechtsgang voor zowel investeerders als slachtoffers van schade/schendingen door bedrijfsactiviteiten. Hier zou toevoeging van een artikel dat ten aanzien van de buitenlandse investeerder bepaalt dat nationale rechtsmiddelen moeten worden uitgeput alvorens een internationale rechtsgang in beeld kan komen op zijn plaats zijn geweest. Dit is een gangbaar principe in het internationaal recht. Het feit dat investeringsverdragen buitenlandse investeerders in staat stellen de nationale rechter zondermeer te omzeilen moet worden gezien als een anomalie.

Sectie 3: Duurzame ontwikkeling

Het is positief dat er een sectie inzake duurzaamheid in het modelverdrag is opgenomen.

Art. 6 gaat nader in op duurzame ontwikkeling.

Onder **lid 2** is daar opgenomen dat dit betekent dat landen ervoor zullen zorgen dat ze hun investeringsbeleid zorgen voor een hoog niveau van arbeids- en milieubescherming en ernaar zullen streven om die bescherming steeds verder te versterken.

Mag men aannemen dat aanscherping van beleid daarmee deel gaat uitmaken van de verwachtingenhorizon van een investeerder? En dat dit daarmee inperkend werkt op de mogelijkheid om beleidsmaatregelen op deze terreinen onderdeel te maken van een ISDS-claim?

Belangrijke kanttekening is dat dit artikel, in geval van een conflict tussen een buitenlandse investeerder en lokale gemeenschappen, zo gelezen kan worden dat de verantwoordelijkheid om de grieven van de lokale gemeenschappen op te lossen primair ligt bij de overheid van het gastland. D.w.z. dat als de nationale rechtsmiddelen om mensenrechtenschendingen door bedrijven te voorkomen of bedrijven daarvoor aansprakelijk te stellen voor lokale gemeenschappen in het gastland niet toereikend zijn, de overheid van het gastland daarvoor verantwoordelijk gehouden kan worden, in plaats van dat in plaats van dat de primaire aansprakelijkheid bij de investeerder ligt.

Een investeerder zou te allen tijde moeten kunnen worden gehouden aan nationale en internationale normen op het gebied van mensenrechten, milieu en klimaat, waarbij de hoogste norm geldt, ongeacht of die internationaal, dan wel door het thuisland of het gastland is vastgelegd.

HANDEL ANDERS!



VOOR DUURZAME EN EERLIJKE HANDEL

Onder **lid 3** erkennen landen dat het verlagen van deze standaarden om investeringen aan te trekken 'inappropriate' is. Er staat niet dat het niet mag. Dit lijkt een verzwakking van de non-lowering of standardsclausule. De bepaling dat een land geen nationale wetten gericht op duurzaamheid zal aannemen die discriminerend zijn of een verkapte handels- of investeringsrestrictie vormen (**lid 4**), is in sterkere termen gesteld. Deze bepaling kan overheden in de weg staan om gericht beleid te voeren om bijvoorbeeld hernieuwbare energieprojecten te bevorderen en fossiele energieprojecten te ontmoedigen.

De formulering is beduidend zwakker dan de non-lowering of standards-clausule zoals bijvoorbeeld gehanteerd in CETA. Art. 23.5 en art. 24.5 leggen met betrekking tot respectievelijk arbeidsstandaarden en milieunormen in een tweede en derde lid duidelijk vast dat verdragspartijen niet zullen afwijken van hun wetten en regels op deze terreinen om investeringen aan te trekken of vast te houden. Ook leggen de verdragspartijen vast dat ze om handel te bevorderen of investeringen aan te trekken niet in gebreke zullen blijven bij het afdwingen van wet- en regelgeving op deze terreinen.

Een dergelijke aanscherping is ook in de nieuwe Nederlandse modeltekst aan te bevelen.

Onder **lid 5** bevestigen de partijen hun internationale verplichtingen onder de verdragen waarin zij partij zijn, zoals ILO verdragen, het akkoord van Parijs en de Universele Verklaring voor de rechten van de mens. Verder zullen partijen zich moeten inspannen om te komen tot ratificatie van de fundamentele ILO Conventies die ze nog niet hebben geratificeerd. Dit wordt niet nader geconcretiseerd met bijv. een tijdpad of consequenties als hier niet tijdig aan wordt voldaan.

Art. 7 is geheel gewijd aan maatschappelijk verantwoord ondernemen.

Investeerders worden in **lid 1** gehouden zich te houden aan nationale wet- en regelgeving in het gastland, waarbij wetgeving op het gebied van mensenrechten en milieubescherming en arbeidswetten expliciet worden genoemd. Hoewel naleving van nationale wetten door een buitenlandse investeerder in een gastland feitelijk vanzelfsprekend zou moeten zijn, is deze laatste toevoeging nieuw en positief. Echter, in de huidige formulering worden investeerders die zich niet aan nationale wet- en regelgeving houden niet uitgesloten van toegang tot ISDS. Onder art. 2.1 zijn alleen investeringen gemaakt in strijd met het recht zoals toepasbaar in het gastland op het moment dat de investering werd gedaan hiervan uitgesloten.

Overigens zou, zoals ook aangegeven in ons commentaar onder art. 6, lid 2, naleving door de investeerder van de hoogste normen op deze terreinen moeten gelden. Dat kunnen de

HANDEL ANDERS!



VOOR DUURZAME EN EERLIJKE HANDEL

normen van het gastland zijn, maar evenzeer die van het thuisland van de investeerder als die de lat hoger leggen.

In **lid 2** wordt het belang genoemd dat verdragspartijen investeerders aanmoedigen om zich vrijwillig te gaan houden aan CSR-codes als de OECD Guidelines, the UN Guiding Principles, etc. Het is nieuw dat CSR met zoveel woorden wordt genoemd, maar door beklemtoning van het vrijwillige karakter als een verplichting voor verdragspartijen en investeerders is het ronduit zwak.

In **lid 3** wordt het belang van het uitvoeren van een *due diligence*-proces door investeerders genoemd, met het oog op het benoemen, voorkomen en beperken van milieu- en sociale risico's en impacts van hun investeringen. Dit is in principe positief, maar de bepaling is wederom zwak en had verplichtender gemogen en moeten. Het belang wordt benadrukt, maar de buitenlandse investeerder wordt niet gehouden dergelijke impact assessments uit te voeren. Dit gebrek aan enige verplichting ondermijnt de mogelijkheid dat een tribunaal in het vaststellen van de hoogte van een schadevergoeding rekening houdt met niet naleven van due diligence-richtlijnen.

Lid 4 regelt dat bedrijven ook in hun thuisland aansprakelijk kunnen worden gesteld voor investeringsbeslissingen die leiden tot significante schade, persoonlijk letsel of de dood in het gastland. Die aansprakelijkheid in het thuisland is nieuw, net als de toevoeging 'significante schade' – die ook bijv. milieuschade kan inhouden. Ook dit is in principe positief. Echter, het zou de voorkeur verdienen hier niet te volstaan met een formulering die stelt dat investeerders aansprakelijk zijn. Omdat het hier gaat om een verdrag tussen twee staten, zou hier duidelijk moeten worden opgenomen dat staten er zorg voor zullen dragen dat investeerders aansprakelijk zijn/kunnen worden gesteld.

Verder dient zich rond art. 7.4 onmiddellijk een duidelijke juridische controverse aan. Volgens diverse geraadpleegde juristen voegt de bepaling dat 'investors shall be liable in accordance with the rules concerning jurisdiction of their home state...' geen nieuwe mogelijkheden voor het aansprakelijk stellen van investeerders door slachtoffers van bedrijfsactiviteiten in de gastlanden toe aan de al bestaande mogelijkheden. De bepaling dat investeerders aansprakelijk kunnen gesteld als hun daden leiden tot schade/letsel/dood in het gastland kan zelfs beperkend kunnen werken als er normaliter een bredere aansprakelijkheid geldt. Nader juridisch advies omtrent deze vragen lijkt hier gewenst.

HANDEL ANDERS!



VOOR DUURZAME EN EERLIJKE HANDEL

In **lid 5** herbevestigen de verdragspartijen hun commitment aan het internationale rechtskader omtrent bedrijven en mensenrechten, zoals de UN Guiding Principles en de OECD Guidelines, en leggen vast te zullen werken aan het versterken van dit kader. Het is de vraag of dit gelezen mag worden als een bereidheid toe te werken naar een meer bindend kader; of hiermee ruimte wordt gelaten voor het UN proces om te komen tot een internationaal bindend verdrag inzake bedrijven en mensenrechten; en of de aankondiging dat regels op dit terrein in de toekomst zullen worden verscherpt ook onderdeel moet uitmaken van de verwachtingshorizon van de investeerder. Dit laatste blijft aan het oordeel van de arbiters. Het zou aanbeveling hebben verdiend om (tevens) een bepaling op te nemen die zegt dat maatregelen die worden genomen om te voldoen aan internationaal aanvaarde standaarden op dit gebied zijn uitgezonderd van investeringsclaims.

Sectie 4: Investeringsbescherming

In **art. 8 en 9** volgen gebruikelijke beschermingen als National Treatment en Fair and Equitable Treatment. De definitie van FET is aangescherpt tot duidelijk wanbeleid. Er wordt er wel ruimte opengelaten om FET uit te breiden of verder in te perken onder lid 2f en lid 3, die de mogelijkheid biedt om op verzoek van een van de verdragspartijen de inhoud van FET te veranderen of uit te breiden door middel van een gezamenlijke interpretatieve verklaring. Dit biedt een zekere flexibiliteit om dit terrein, ook om eventuele ongewenste interpretaties en uitwassen aan te pakken. Echter, zoals eerder opgemerkt, ondergraaft art. 9.5 de beleidsvrijheid van overheden om regulerend op te treden zoals omschreven in art. 2. Immers, elke specifieke representatie richting een investeerder die schriftelijk is vastgelegd, is conform art. 9.5 aan te merken als bindend en afdwingbaar middels ISDS.

Art. 10 – Fiscale behandeling

Lid 1 verstrekt nationale behandeling en meestbegünstiging aan investeerders van het partnerland m.b.t. 'any economic activity in its territory'. Hier is consistentie in het uitsluiten van brievenbusmaatschappijen vereist: een toevoeging dat het hier om substantiële activiteiten moet gaan, is op zijn plaats. Om te voorkomen dat verdragsbepalingen opgenomen in Nederlandse IBO's langs het meestbegünstigingsprincipe kunnen worden uitgehouden, zou dit principe als zodanig moeten worden vermeden.

In lid 2, wordt het principe vastgelegd dat het investeringsverdrag op geen enkele manier het tegengaan belastingontwijking of -ontduiking tegen te gaan zal belemmeren. Positief, echter, er wordt benoemd dat het verdrag geen belemmering mag vormen voor het nemen van belastingmaatregelen om dit te bereiken: 'Nothing in this Agreement shall be construed

HANDEL ANDERS!



VOOR DUURZAME EN EERLIJKE HANDEL

to prevent a Party from adopting or maintaining any taxation measure...'. De bepaling zou breder moeten zijn dan belastingmaatregelen alleen: het moet een staat vrij staan om elke gewenste maatregel te nemen om dit doel te bereiken.

In lid 2 zou duidelijker moeten worden vastgelegd dat de verdragspartijen niet alleen elkaar zullen ondersteunen in het voorkomen van belastingontwijking en -ontduiking, maar dat ze zich gezamenlijk moeten inspannen voor multilaterale oplossingen om dit probleem aan te pakken.

Art 11 – Vrij verkeer van kapitaal

Hier wordt het recht van landen om te reguleren en te handhaven op div. financieel gebied, inclusief sociale zekerheid en pensioenen onder lid 3 expliciet benoemd. De wijze waarop dit gebeurt, moet echter worden gelezen als een inperking van de beleidsvrijheid. Restricties op het vrij verkeer van kapitaal zijn in principe verboden. Alleen de beperkingen genoemd in art 11.2 en 11.3 – een gesloten lijst – zijn toegestaan.

Art 12 – Onteigening

Indirecte onteigening – dat nogal eens wordt gebruikt door bedrijven om een rem te zetten op onwelgevallig overheidsbeleid – wordt hier nader en stevig omschreven in **lid 3 – 5**. Een maatregel kan pas worden aangemerkt als indirecte onteigening als hij hetzelfde effect heeft als een directe onteigening: het moet een investeerder in hoge mate ontdoen van een fundamenteel deel van zijn investering. Of er sprake is van indirecte onteigening moet van geval tot geval bekeken worden. Op zijn minst zou hier een bepaling moeten worden toegevoegd dat beoordeling door een onafhankelijke commissie aan de orde is.

Lid 8 benadrukt nog eens dat normale overheidsingrepen in het algemeen belang (open lijst met terreinen wordt opgesomd) niet wordt aangemerkt als indirecte onteigening – tenzij in de zeldzame omstandigheid dat de impact van een (reeks) maatregel(en) zo zwaar is in het licht van het beoogde doel, dat het moet worden aangemerkt als duidelijk buitensporig. Dit is een duidelijke aanscherping die beoogt om een angel uit de dreiging van ISDS-claims te halen als het gaat om de beleidsvrijheid van overheden. Of dat voldoende zal blijken moet de praktijk uitwijzen en blijft grotendeels afhankelijk van de wijze waarop arbiters dit zullen interpreteren.

Compensatie blijft op basis van 'current market value' voorafgaand aan de (in)directe onteigening (**lid 5**) – dit blijft een problematisch begrip, dat niet duidelijk is afgebakend, waardoor de waarde sterk kan worden opgeblazen, bijvoorbeeld door het toevoegen van verwachte winsten over een periode.

HANDEL ANDERS!



VOOR DUURZAME EN EERLIJKE HANDEL

Lid 9 laat toe dat investeringsarbiters overeenstemming met het WTO TRIPS-verdrag beoordelen en daarmee dit verdrag interpreteren, terwijl de WTO een eigen geschillenbeslechtsmechanisme heeft.

Sectie 5 – geschillenbeslechting

Art. 15

Werkt toe naar een Multilateraal Investeringshof en legt vast dat in het geval overeenstemming wordt bereikt over zo'n Multilateraal Investeringshof, de bepalingen in dit akkoord omtrent het geschillenbeslechtsproces komen te vervallen.

Art. 16

lid 2: een tribunaal zal afzien van behandeling als een investering tot stand is gekomen d.m.v. corruptie. Dit is een positief element, maar als een 'denial of benefits'-clausule wel mager. Opname van een vergelijkbare bepaling omtrent het MVO-gedrag van een investeerder zou hier op zijn plaats zijn, waarin zou moeten worden vastgelegd dat investeerders die zich in het gastland niet aan de internationale normen omtrent het borgen van mensenrechten en de bescherming van milieu en klimaat houden geen aanspraak kunnen maken op bescherming onder het verdrag.

Lid 3: Een tribunaal zal afzien van behandeling van een claim, als een investeerder zijn investering heeft geherstructureerd om gebruik te maken van het onderhavige verdrag, op het moment dat een geschil zich aandienende. Dit is een nadere aanscherping om brievenbusmaatschappijen uit te sluiten. Echter om een ISDS-claim te voorkomen, zal een door een investeerder aangeklaagde staat moeten zien te bewijzen dat het aanspannen van een dergelijke claim 'hoofddoel' van de herstructurering was. Dat is per definitie al niet eenvoudig. Daarbij is het zeer de vraag of een tribunaal jurisdictie zal willen weigeren als herstructurering met als oogmerk het aanspannen van een investeringsclaim als een nevenschikkende doelstelling zou kunnen worden aangetoond.

Art. 19, lid 1: claims moeten worden afgehandeld door ICSID, of onder UNCITRAL-regels bij het Permanent Court of Arbitration in Den Haag. Dat waarborgt een zekere mate aan transparantie, amicus curiae, etc. Het is positief dat private fora als de International Chamber of Commerce of de Stockholm Chamber of Commerce als fora voor de behandeling van ISDS-zaken zijn uitgesloten.

HANDEL ANDERS!



VOOR DUURZAME EN EERLIJKE HANDEL

Lid 5: *No U-turn*-bepaling. Een investeerder die onder het verdrag een claim indient bij een internationaal tribunaal, moet afzien van verdere claims bij de (inter)nationale rechter. In plaats van een dergelijke bepaling zou hier uitputting van nationale rechtsmiddelen moeten worden opgenomen (zie onder art. 5)

Lid 8: Financiering van een claim door een derde partij moet openbaar worden gemaakt.

Art. 20:

Er wordt gebroken met het systeem dat de strijdende partijen elk een eigen arbiter mogen aanwijzen. Dit is nieuw en in principe positief. Het aanwijzen van 'eigen rechters' door buitenlandse investeerders is altijd een belangrijk bezwaar geweest, omdat het mogelijk partijdigheid in de hand kan werken.

Echter, de benoeming van arbiters wordt nu neergelegd bij de Secretarissen-Generaal van ICSID en het Permanente Hof voor Arbitrage (PCA). Anders dan minister Kaag schrijft aan de Kamer⁴ garandeert dit geen onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak. Noch ICSID, noch het PCA zijn volwaardige rechtbanken, en beide genoemde Secretarissen-Generaal zijn geen rechters. Bovendien hebben Nederland en de Verenigde Staten invloed op deze organisaties. De keuze van arbiters door functionarissen kan er bovendien toe leiden dat kritische arbiters niet meer benoemd zullen worden en fundamenteel kritische "dissenting opinions" niet meer geschreven zullen worden.

Vraag is uit welke pool van arbiters ICSID/PCA gaat putten: dit kan heel goed dezelfde kleine groep van arbiters zijn die is opgegroeid en getekend is door het huidige gemankeerde systeem. Het blijft de vraag waarom de verdragspartijen de benoeming van arbiters uit handen geven en er niet voor kiezen zelf een lijst met te benoemen arbiters op te stellen.

Lid 5: Positief is dat er hier wordt benoemd dat arbiters niet alleen een competentie moeten hebben in investeringsrecht, maar in het bredere internationale publieksrecht, inclusief milieu- en mensenrecht. Ook wordt er een poging gedaan belangenverstrengeling tegen te gaan door te bepalen dat leden van een tribunaal in de voorafgaande 5 jaar niet mogen hebben opgetreden als raadsman/-vrouw in een investeringsgeschil (**lid 5 en 6**).

Echter, het is onduidelijk of de bepalingen rondom het waarborgen van de onafhankelijkheid van arbiters in de Nederlandse modeltekent sterker, zwakker of evenredig zijn aan die in

⁴ <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-buitenlandse-zaken/documenten/kamerstukken/2018/10/26/kamerbrief-over-modeltekst-investeringsakkoorden>

HANDEL ANDERS!



VOOR DUURZAME EN EERLIJKE HANDEL

bijv. CETA of het recent gesloten verdrag tussen de EU en Singapore. Die laatste verdragen verwijzen naar de 'Bar Association guidelines on conflict of interest in international arbitration', en hoewel ook op deze gedragscode nog de nodige kritiek is, is dit in elk geval een verwijzing naar een coherente set regels waaraan arbiters moeten voldoen.

Lid 7 en 8 bieden mogelijkheden tot wraking van arbiters.

Lid 9: Vergoedingen voor arbiters lopen via ICSID/AF. Onder ICSID/AF-regels worden arbiters nog altijd ad hoc benoemd en ontvangen een vergoeding voor elke dag dat zij zitting hebben in een tribunaal.⁵ Middels zo'n case-by-case beloning blijft de prikkel bestaan om te oordelen in het voordeel van de buitenlandse investeerder als de enige partij die een zaak kan aanspannen, en blijft daarmee ook de prikkel om de geboden verdragsbescherming zo breed mogelijk te interpreteren in het voordeel van de buitenlandse investeerder.

Lid 12: Het tribunaal mag zich niet uitlaten over de rechtmatigheid van een bepaalde maatregel genomen onder binnenlands recht. Het tribunaal is gehouden de gangbare interpretatie van het nationaal recht door de autoriteiten van het gastland over te nemen.

Lid 13: Een tribunaal moet positief staan tegen een verzoek van een derde partij om op te treden als amicus curiae. Een eventuele afwijzing van een amicus curiae-verzoek moet met redenen worden omkleed. Dit is een verbetering ten opzichte van de oude modeltekst uit 2004, maar gaat niet verder dan de al bestaande UNCITRAL Transparency rules.

Art. 22 – Eindoordeel van het tribunaal

Eindoordeel van het tribunaal is finaal en bindend. Er is geen mogelijkheid voor het aantekenen van beroep.

Een tribunaal mag alleen compensatie voor schade toekennen. Onder art. 20, lid 12 mag een tribunaal zich niet uitlaten over rechtmatigheid van binnenlandse beleidsmaatregel. Toch kan er van een tribunaal nog altijd een dempend effect op de regelgevende vrijheid van overheden uitgaan. Art. 22 lid 4 bepaalt namelijk dat een tribunaal de hoogte van het toegekende compensatiebedrag moet verlagen als het aangeklaagde land het eigendom van

⁵ Zie de ICSID Additional Facility Rules, art 5: Administrative and Financial Provisions:

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/AFR_English-final.pdf

Daarin wordt voor de beloning van arbiters verwezen naar de ICSID Administrative and Financial Regulations 14-16, 22-30 en 34(1): <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/Administrative-and-Financial-Regulations.aspx>

HANDEL ANDERS!



VOOR DUURZAME EN EERLIJKE HANDEL

de investeerder al (deels) heeft teruggegeven of de gewraakte maatregel al (deels) heeft teruggedraaid of aangepast. De dreiging die op deze manier alsnog van een investeringsclaim kan uitgaan, is zeker voor zwakkere staten zeer reëel. Zeker als je uitgaat van de huidige machtsbalans tussen staten en bedrijven: veel grote multinationale bedrijven zijn in economische omvang groter dan staten en kunnen claims indienen die bij toekenning zeer zwaar kunnen drukken op een rijksbegroting. Staten kunnen gemakkelijk het gevoel krijgen het risico van een claim niet aan te kunnen en onder invloed van dreiging van een claim voorgenomen regelgeving niet doorvoeren of afzwakken.

De ingevoegde afbeelding geeft een veelzeggende ranglijst van de 100 grootste economieën, zoals samengesteld door de Britse NGO Global Justice Now.⁶ In het zwart landen, in het rood bedrijven.

Top 100 Countries/Corporations					
Country/Corporation	Revenue (US\$, bns)	Country/Corporation	Revenue (US\$, bns)	Country/Corporation	Revenue (US\$, bns)
1 United States	3,251	35 Austria	189	69 Ping An Insurance	110
2 China	2,426	36 Samsung Electronics	177	70 United Arab Emirates	110
3 Germany	1,515	37 Turkey	175	71 Kroger	110
4 Japan	1,439	38 Glencore	170	72 Société Générale	108
5 France	1,253	39 Industrial & Commercial Bank of China	167	73 Amazon.com	107
6 United Kingdom	1,101	40 Daimler	166	74 China Mobile Communications	107
7 Italy	876	41 Denmark	162	75 SAIC Motor	107
8 Brazil	631	42 UnitedHealth Group	157	76 Walgreens Boots Alliance	103
9 Canada	585	43 CVS Health	153	77 HP	103
10 Walmart	482	44 EXOR Group	153	78 Assicurazioni Generali	103
11 Spain	474	45 General Motors	152	79 Cardinal Health	103
12 Australia	426	46 Ford Motor	150	80 BMW	102
13 Netherlands	337	47 China Construction Bank	148	81 Express Scripts Holding	102
14 State Grid	330	48 AT&T	147	82 Nissan Motor	102
15 China National Petroleum	299	49 Total	143	83 China Life Insurance	101
16 Sinopec Group	294	50 Argentina	143	84 J.P. Morgan Chase	101
17 Korea, South	291	51 Hon Hai Precision Industry	141	85 Gazprom	99
18 Royal Dutch Shell	272	52 General Electric	140	86 China Railway Engineering	99
19 Mexico	260	53 China State Construction Engineering	140	87 Petrobras	97
20 Sweden	251	54 AmerisourceBergen	136	88 Trafigura Group	97
21 Exxon Mobil	246	55 Agricultural Bank of China	133	89 Nippon Telegraph & Telephone	96
22 Volkswagen	237	56 Verizon	132	90 Boeing	96
23 Toyota Motor	237	57 Finland	131	91 China Railway Construction	96
24 India	236	58 Chevron	131	92 Microsoft	94
25 Apple	234	59 E.ON	129	93 Bank of America Corp.	93
26 Belgium	227	60 AXA	129	94 ENI	93
27 BP	226	61 Indonesia	123	95 Nestlé	92
28 Switzerland	222	62 Allianz	123	96 Wells Fargo	90
29 Norway	220	63 Bank of China	122	97 Portugal	90
30 Russia	216	64 Honda Motor	122	98 HSBC Holdings	89
31 Berkshire Hathaway	211	65 Japan Post Holdings	119	99 Home Depot	89
32 Venezuela	203	66 Costco	116	100 Citigroup	88
33 Saudi Arabia	193	67 BNP Paribas	112		
34 McKesson	192	68 Fannie Mae	110		

⁶ Tabel ontleend aan: <https://blogs.worldbank.org/publicsphere/world-s-top-100-economies-31-countries-69-corporations>

HANDEL ANDERS!



VOOR DUURZAME EN EERLIJKE HANDEL

Art. 23 stelt dat een tribunaal bij het vaststellen van een schadevergoeding mag – niet ‘moet’ – meewegen of een bedrijf zich niet heeft gehouden aan zijn verplichtingen onder de UN Guiding Principles en de OECD Guidelines. Het was – in het licht van de aangegeven doelstelling van het aantrekken van duurzame investeringen - beduidend sterker geweest om te stellen dat een tribunaal hier rekening mee moet houden. Juridisch gezien is het hier overigens van belang om aan te geven of het hier moet gaan om het gedrag van de buitenlandse investeerder in het algemeen, of specifiek in relatie tot hetgeen wordt voorgelegd in het investeringsgeschil.

Art. 26 – Het verdrag wordt afgesloten voor 15 jaar en zonder tegenbericht stilzwijgend verlengd met telkens 5 jaar. Het verdrag kent een overlevingsclausule van 15 jaar. Dat wil zeggen dat zittende investeerders na beëindiging van het verdrag nog 15 jaar aanspraak kunnen maken op de beschermingen die het bood.

Dit is een behoorlijk lange termijn, die vooral problematisch wordt als een van beide verdragspartijen hervorming van het investeringsverdrag nodig acht, maar de andere partij hieraan geen medewerking wil verlenen. Bij heronderhandeling van een verdrag is het mogelijk ook de overlevingsclausule daarin mee te nemen. Maar mocht een land zich gedwongen zien vanwege onvoorziene negatieve impacts en een onwillige tegenpartij het verdrag op te zeggen, dan treedt de overlevingsclausule voor zittende investeerders onverkort in werking. Het verdient de aanbeveling deze clausule te schrappen, dan wel de termijn te bekorten.