

## position paper

Aan : algemene commissie voor Buitenlandse Handel en  
Ontwikkelingssamenwerking van de Tweede Kamer

Ons kenmerk : ML/2019/2342

Datum : 23 januari 2019

Betreft : Nieuwe Nederlandse modeltekst voor bilaterale  
investeringsakkoorden

Op uitnodiging van de algemene commissie voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking van de Tweede Kamer bieden wij u onze position paper aan. We bespreken in welke opzichten de nieuwe modeltekst naar onze verwachting zal leiden tot een verminderde mogelijkheid voor Nederlandse investeerders om vreemde staten met succes aansprakelijk te stellen (en *vice versa*, uiteraard).

Ten behoeve van de transparantie merken wij op dat wij in een aantal investeringsarbitrages Nederlandse investeerders hebben bijgestaan in arbitrages die waren gegrond op een door Nederland gesloten investeringsverdrag. In deze zaken traden wij op voor de Nederlandse investeerder. Aan de andere kant hebben wij ervaring in het optreden voor een vreemde staat in een arbitrage tegen Nederlandse investeerders. Wij menen op basis van deze ervaring te kunnen beoordelen waar de nieuwe Nederlandse modeltekst kansen of juist obstakels oplevert voor de investeerder. De belangrijkste daarvan zullen we benoemen. Wij gaan niet in op de vraag of de nieuwe modeltekst aanbeveling of afkeuring verdient; die vraag dient immers vooral door politieke afwegingen beantwoord te worden. Wij constateren dat de bescherming van Nederlandse investeerders die in het buitenland investeren, sterk zou worden verminderd door de nieuwe modeltekst. Wij geven daarvan concrete voorbeelden. Tegelijkertijd verstevigt de nieuwe tekst uiteraard de positie van Nederland als potentieel verwerende partij in een geschil met een buitenlandse investeerder.

In essentie biedt een (tot dusverre gebruikelijk) investeringsverdrag een investeerder de garantie dat een staat zich ten opzichte van de investering fatsoenlijk – volgens rechtstatelijke normen – zal gedragen.

Vanwege de basale soort bescherming die een investeringsverdrag tracht te bieden is het wenselijk om de normstelling aan de staten algemeen te houden (zoals “fair and equitable treatment”). Iedere vorm van specificering leidt immers tot



uitzonderingen en ontwijkingsmogelijkheden. De bescherming van de investeerder wordt dan al snel illusoir.

In de bijlage hebben we enige tekstuele en andere kleinere opmerkingen gemaakt bij de tekst van het huidige concept. Daarnaast wensen wij de volgende twee kernpunten te belichten.

### **Artikel 2 lid 2: tegengaan van “regulatory chill”**

Artikel 2 lid 2 van de nieuwe modeltekst wil voorkomen dat een Staat wordt aangesproken op handelingen die zijn verricht met het oog op een ‘publieke goede zaak’. Als een Staat handelt ter bevordering van bijvoorbeeld de volksgezondheid, dan mag dat handelen niet leiden tot schadeplichtigheid aan een buitenlandse investeerder, zo is de gedachte. Deze begrijpelijke gedachte dient wel te worden gezien tegen de achtergrond dat een vordering tegen een Staat sowieso pas kan slagen als de handeling overigens in strijd is met het BIT. De handeling moet dus bijvoorbeeld oneerlijk of onredelijk zijn, of onteigening zonder compensatie tot gevolg hebben. Het is de vraag of dergelijke – op zichzelf oneerlijke c.q. ongeoorloofde – handelingen inderdaad nooit moeten kunnen leiden tot schadeplichtigheid van de Staat, om de enkele reden dat de opgegeven reden voor de maatregel ‘het maatschappelijk belang’ betreft. Vgl. de Achmea-Slowakije-zaak.

De eerste zin van artikel 2 lid 2 behelst in wezen een vrijbrief voor normaal gesproken ontoelaatbaar gedrag van een staat, als de maatregelen nodig is voor een maatschappelijk belang. Deze uitsluiting lijkt ons te categorisch. Ter vergelijking: in het Nederlandse recht kan een burger nog steeds schadevergoeding vorderen als bijvoorbeeld zijn eigendom wordt onteigend ten behoeve van het algemeen belang. Zoals de eerste zin van artikel 2 lid 2 nu leest lijkt dat onder het nieuwe Modelverdrag niet mogelijk voor een investeerder.

De tweede zin van artikel 2 lid 2 lijkt redelijker, want minder categorisch. Wellicht kan worden overwogen om op te nemen, evenals in lid 3 is gedaan, dat maatschappelijk georiënteerde maatregelen niet tot schadeplichtigheid op grond van “fair and equitable treatment” leiden indien de maatregel “non-discriminatory, appropriate and necessary” is. Er lijkt immers weinig reden om een investeerder geen schadeloosstelling te gunnen als de genomen maatregel, hoe maatschappelijk gewenst het gestelde doel ook is, discriminatoir, ongepast of onnodig was.

### **Artikel 9 lid 2: fair and equitable treatment**

Artikel 9 lid 2 noemt een (kennelijk) limitatieve opsomming van situaties die oneerlijk worden geacht. Het limitatief opsommen van oneerlijke maatregelen zal niet goed werken. Wat eerlijk en wat oneerlijk is hangt van de concrete omstandigheden van het geval af. Oneindig veel mogelijkheden kunnen zich voordoen. Het is de taak van het scheidsgerecht om aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval te beoordelen om de maatregel al met al “fair and equitable” was. Het niettemin hanteren van een limitatieve lijst zal betekenen dat vele oneerlijke handelingen jegens een investeerder niet zullen leiden tot schadeloosstelling omdat de concrete situatie niet in de lijst staat. Sterker nog, er zullen Staten zijn die de te nemen



oneerlijke maatregel zodanig zullen aanpassen dat zij niet langer onder één van de limitatieve categorieën zullen vallen. Uit de praktijk kunnen de volgende voorbeelden worden genoemd die heel goed oneerlijk zouden kunnen zijn maar niet duidelijk vallen onder de limitatieve gevallen ex art. 9 lid 2 en dus niet kunnen leiden tot schadevergoeding:

- een staat propageert haar sector X internationaal en trekt daarmee buitenlandse investeringen in die sector aan. Na een jaar zijn de investeringen gedaan en beslist de staat de sector te verbieden. De investeerders kunnen hun investering niet terugverdienen.
- een staat trekt op basis van een anonieme aangifte tegen de bestuurder van een investeerder het paspoort of het visum in van de betreffende bestuurder. Van arbitrariness is geen sprake want er is een aanleiding (aangifte), maar de handeling kan, op basis van de door de investeerder te bewijzen feiten en omstandigheden heel goed oneerlijk zijn.
- Een staat trekt investeerders aan in groene energie. Na oplevering van de installaties door de investeerder verhoogt de Staat de kostprijs van de toepasselijke heffingen met 500%.

In deze en vele andere situaties is denkbaar dat de investeerder kan bewijzen dat sprake is geweest van evident oneerlijk – of zelfs opzettelijk kwaadwillend – handelen van de Staat. Als de concrete situatie niet valt te brengen onder één van de limitatieve situaties blijft de investeerder zonder schadeloosstelling en daarmee zonder effectieve bescherming. Dit zal een drukkend effect hebben op de bereidheid van investeerders om te investeren in landen met een verhoogd risico op onverwacht overheidsgedrag.

\* \* \*

