
RONDETAfelGESPREK MODELTEKST INVESTERINGSakKOORDEN

Maandag 28 januari 2019

Algemene Commissie voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking

POSITIEPAPER

Prof. dr. Freya Baetens (Universiteit Leiden / Universiteit Oslo)

Dit positiepaper vormt geen exhaustieve bespreking van het gehele 'Netherlands Model Investment Agreement' (versie 19 okt. 2018) maar focust op enkele belangrijke vernieuwende elementen alsook een aantal zorgpunten. Hierbij volgt deze tekst de structuur van het Agreement.

1. Definitions (Art. 1)

- De definitie van een 'investering' incorporeert de vier hoofdkenmerken zoals ontwikkeld in de rechtspraak (*Salini* criteria), maar maakt deze cumulatief (Art. 1(a))
 - o Zorgpunt: MKB investeringen
- Juridische personen moeten 'substantive business activities' in het thuisland verrichten
 - o Zorgpunt: dit is geen vereiste voor natuurlijke personen (Art. 1(b) en (c))
 - o Zorgpunt: MKB investeringen
- Algemeen zorgpunt: mogelijke verwarring indien duidelijk voldaan wordt aan vereisten van 'investering' in het gastland maar enkel 'registered office' in het thuisland?

2. Scope (Art. 2)

- 'Contracting Parties [have] the right to regulate within their territories necessary to achieve legitimate policy objectives' (Art. 2 (2)) – uitdrukkelijke bevestiging
 - o Zorgpunt: noodzakelijkheidstest ('necessary') vs. proportionaliteit
 - o Zorgpunt: beoordeling 'legitiem beleidsdoel' vs. de uitvoerende maatregel (causaliteit?)
- Terugtrekking subsidie toegelaten indien noodzakelijk voor naleving internationale verplichtingen, of indien daartoe bevolen door bevoegde autoriteit (incl. EU Commissie) (Art. 2 (4)): in andere gevallen kan dit dus wel een verdragsschending vormen

3. Rule of law (Art. 5)

- 'Contracting Parties shall guarantee the principles of good administrative behavior' (Art. 5(1))
 - o Zorgpunt: een zware resultaatsverbintenis (>< een inspanningsverbintenis)

4. Corporate social responsibility (Art. 7)

- 'Investors and their investments shall comply with domestic laws and regulations of the host state' (Art. 7(1))
 - o Zorgpunt: geen sanctie voorzien

- ‘Investors shall be liable in accordance with the rules concerning jurisdiction of their home state for actions or decisions [...] [that] lead to significant damage, personal injuries or loss of life in the host state’ (Art. 7(4))
 - o Zorgpunt: extraterritoriale toepassing van nationaal recht kan leiden tot conflict van twee nationale rechtssystemen en/of dubbele sancties/compensatie
 - o Zorgpunt: rol van internationale rechtbank onduidelijk (geen rechtsmacht)
- Algemeen zorgpunt: dit artikel legt geen bindende internationale verplichtingen op aan investeerders en kan dus geen juridische basis vormen voor een tegenvordering van de staat

5. Treatment of investors and of covered investments (Art. 9)

- ‘Fair and equitable treatment’: uitgebreide definitie (Art. 9(2)), bevestiging van mogelijkheid tot herziening (Art. 9(3)) en gekwalificeerde legitieme verplichtingen (Art. 9(4))
 - o Zorgpunt: interpretatie ‘fundamental breach of due process’ en ‘manifest arbitrariness’
 - o Zorgpunt: geen verwachting dat een staat de eigen wetgeving naleeft (Art. 9(6))

6. Expropriation (Art. 12)

- Onteigening: uitgebreide definitie (Art. 12(1)-(4)) i.h.v. wat betreft indirecte onteigening
 - o Zorgpunt: interpretatie van ‘substantial deprivation’ (Art. 12(3))
 - o Zorgpunt: interpretatie van een ‘manifestly excessive’ impact en maatregelen die werden ‘designed and applied in good faith’
 - o Zorgpunt: in tegenspraak met eerder gestipuleerde vereiste (Art. 2) dat deze maatregelen noodzakelijk moeten zijn om dit legitieme doel te bereiken

7. Settlement of investor-state disputes (Arts. 15-23)

- Tribunaal onbevoegd bij procedure-misbruik (Art. 16(2)) en forumshopping (Art. 16(3))
 - o Zorgpunt: wie past welk nationaal recht inzake fraude, corruptie, e.d. toe?
 - o Zorgpunt: wat met fraude, corruptie, e.d. in de loop van het investeringsproject?
- Onduidelijk onderscheid tussen ‘alternative dispute resolution’ en consultations
 - o Zorgpunt: conciliation en mediation worden dubbel vermeld (Art. 17 en Art. 18(1))
 - o Zorgpunt: verzwaring van procedure (onderhandelingen te goeder trouw onvoldoende)
- Samenstelling en functionering van het tribunaal
 - o Zorgpunt: ‘strive for gender and geographic diversity’ – geen garantie? (Art. 20(1))
 - o Zorgpunt: betekenis van ‘geografische spreiding’ onduidelijk (Art. 20(1))
 - o Zorgpunt: benoeming van personen met relevante expertise (Art. 20(5)-(6))
 - o Zorgpunt: impact *amici curiae* op kostprijs en duurtijd van procedures (Art. 20(13))
- Tribunaal kan rekening houden met het gedrag van de investeerder (Art. 23)
 - o Zorgpunt: Art. 7(2) bepaalt dat UN Guiding Principles Business and Human Rights, en de OECD Guidelines for Multinational Enterprises niet bindend zijn voor investeerders

Algemeen oordeel:

Op voorwaarde dat deze zorgpunten aangepakt worden, zal dit verdrag een grote stap vooruit vormen in de ontwikkeling van een ‘nieuw en verbeterd’ internationaal investeringsrecht dat rekening houdt met de prioriteiten van alle stakeholders.