

Vergaderjaar 2018–2019

34 952

Investeren in Perspectief – Goed voor de Wereld, Goed voor Nederland

Nr. 57

BRIEF VAN DE MINISTER VOOR BUITENLANDSE HANDEL EN ONTWIKKELINGSSAMENWERKING

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 8 maart 2019

28 januari 2019 vond een rondetafelgesprek plaats over de modeltekst investeringsakkoorden. Op uitnodiging van uw Kamer nam Prof. Dr. Freya Baetens deel aan dit rondetafelgesprek en bereidde zij een positiepaper voor. Tijdens het Algemeen Overleg modeltekst investeringsakkoorden van 20 februari 2019 heeft uw Kamer verzocht om een reactie op dit positiepaper. Met deze brief wordt voldaan aan dit verzoek. In deze brief wordt ook ingegaan op de specifieke tekstvoorstellen die het Kamerlid Van Haga heeft gedaan tijdens dit debat.

Positiepaper professor Baetens

Het positiepaper van Baetens behandelt de volgende onderwerpen: definities, reikwijdte, rechtsstaat, maatschappelijk verantwoord ondernemen, behandeling van investeerders, onteigening en geschillenbeslechting. Het positiepaper benoemt hierbij enkele zorgpunten. Deze brief adresseert genoemde zorgpunten.

De nieuwe modeltekst scherpt de definities van «investering» en «investeerder» in artikel 1 aan. Brievenbusmaatschappijen worden uitgesloten van bescherming. Hierbij is specifiek rekening gehouden met de belangen van het MKB. Een MKB'er met een beperkt aantal werknemers en omzet in Nederland kan bescherming ontvangen onder investeringsakkoorden, terwijl een grote multinational met een beperkt aantal werknemers en omzet in Nederland buiten de definitie van «investeerder» kan vallen.

Artikel 2, lid 2, van de modeltekst expliciteert het recht van overheden om te reguleren in het publiek belang. Met dit artikel wordt een balans gevonden tussen de rechten en plichten van investeerders en staten. Overheden hebben het recht om noodzakelijke maatregelen te nemen ter

bescherming van legitieme publieke belangen. Daarbij dienen zij zich te houden aan algemene beginselen van goed bestuur zoals vastgelegd in het investeringsakkoord.

Met artikel 5 spreken Verdragspartijen af dat zij de toegang van investeerders tot effectieve rechtsbescherming zullen verzekeren. Ook leggen zij vast dat het de taak van Verdragspartijen is om te handhaven bij mensenrechtenschendingen door bedrijven. Investeringsakkoorden geven rechtsbescherming aan investeerders. Investeringsakkoorden zijn vooral nodig in landen waarbij investeerders menen onvoldoende te kunnen vertrouwen op rechtspraak en instellingen. Investeerders én burgers zijn erbij gebaat dat de rechtstaat in die landen verbetert. Het is daarom belangrijk dat de modeltekst daar een uitgesproken bepaling over bevat.

Artikel 7 van de modeltekst betreft maatschappelijk verantwoord ondernemen. Het starten van een procedure onder afdeling 5 van de modeltekst is niet mogelijk op basis van dit artikel. Er is dan ook geen risico van extraterritoriale toepassing van nationaal recht. Artikel 23 van de modeltekst ziet op het gedrag van investeerders. Via dit artikel maakt maatschappelijk verantwoord ondernemen wel onderdeel uit van de geschillenbeslechtingprocedure.

De artikelen 9 en 12 van de modeltekst gaan over de behandeling van investeerders en onteigening. In vergelijking met de oude modeltekst wordt verduidelijkt wanneer er sprake is van een onrechtmatige overheidsmaatregel. Zo bevat artikel 9, lid 2, van de modeltekst een opsomming wanneer sprake is van schending van de verplichting tot eerlijke en billijke behandeling. Het is evenwel niet mogelijk om elke potentiële vorm van onrechtmatig handelen in een verdrag uit te werken. Artikel 12 over indirecte onteigeningen is niet in tegenspraak met het recht om te reguleren. Artikel 12, lid 8, van de modeltekst stelt in aanvulling op artikel 2, lid 2, dat overheden het recht hebben om niet discriminerende maatregelen te nemen om publieke belangen te beschermen.

Afdeling 5 van de nieuwe modeltekst vernieuwt het geschillenbeslechtigingsmechanisme. Dit vormt een trendbreuk met het bestaande *Investor State Dispute Settlement*-mechanisme. Zo stapt de nieuwe modeltekst af van de gangbare praktijk dat arbiters worden benoemd door partijen bij het geschil. Voorts bevat de modeltekst kwaliteits- en ethische eisen waaraan arbiters moeten voldoen en worden procedures op transparante wijze gevoerd. Nieuw is verder dat bij de benoeming van het arbitragetribunaal (bestaande uit drie of één arbiter) rekening gehouden moet worden met gender-diversiteit en geografische achtergrond van arbiters. Uiteindelijk zal het geschillenbeslechtigingsmechanisme vervangen moeten worden door geschillenbeslechting bij een multilateraal investeringshof. Het kabinet is van oordeel dat bij de benoeming van permanente rechters in dit hof gender-diversiteit en geografische spreiding een rol moet spelen. Het kabinet hecht grote waarde aan de mogelijkheid dat belanghebbenden zich als *amicus curiae* kunnen voegen in een procedure tussen een investeerder en een staat. Wanneer belanghebbenden zich voegen in een procedure als *amicus curiae*, kan dit inderdaad beperkte gevolgen voor kosten en lengte van procedures hebben. Op andere manieren zorgt de modeltekst er evenwel voor dat de kosten en lengte van procedures beperkt worden, met name voor het MKB. Artikel 16, lid 2, van de modeltekst is eveneens nieuw en bepaalt dat het arbitragetribunaal rechtsmacht zal afwijzen als de investering tot stand is gekomen via corruptie. Het arbitragetribunaal zal vaststellen of er in een concreet geval sprake is geweest van corruptie. Als sprake is geweest van corruptie gedurende de looptijd van een investering zal dit gevolgen hebben bij de

berekening van de eventuele schadevergoeding onder artikel 23 van de modeltekst.

Vragen Kamerlid Van Haga

Het kabinet ziet geen noodzaak om aan het eind van artikel 2, lid 2, van de modeltekst de volgende zinsnede toe te voegen: «*is not a breach of an obligation under this Agreement, if applied in a non-discriminatory, fair and transparent manner.*» Met artikel 2, lid 2, wordt een balans gevonden tussen de rechten en plichten van investeerders en staten. Overheden kunnen geen beroep op dit artikel doen om verkapte protectionistische maatregelen te nemen. Discriminerende maatregelen blijven verboden en overheden moeten aantonen dat maatregelen noodzakelijk zijn.

In reactie op het voorstel om een verwijzing naar artikel 5 op te nemen in een nieuwe bepaling artikel 9, lid 2, sub g, wijst het kabinet erop dat artikel 5 en artikel 9 van de modeltekst verschillende doelen nastreven. In artikel 5 spreken Verdragspartijen in algemene zin af de toegang tot een eerlijk proces te garanderen. Artikel 9, lid 2, sub a en b, beschermt investeerders al tegen een oneerlijke rechtsgang in concrete situaties.

Artikel 19, lid 7, en artikel 20, lid 3, zijn opgenomen in de nieuwe modeltekst om de toegang van het MKB tot investeringsbescherming te verbeteren. Deze bepalingen maken de consolidatie van procedures mogelijk en beperken de lengte en kosten van procedures door deze te laten beslissen door één arbiter. Het kabinet ziet dit als algemene regel wanneer een procedure is gestart door een MKB'er. Het kabinet heeft begrip voor de suggesties om deze bepalingen absoluut te maken en de woorden «*in principle*» in artikel 19, lid 7, te verwijderen en het woord «*may*» in artikel 20, lid 3, te vervangen door «*shall*». Het is echter noodzakelijk om enige mate van flexibiliteit te houden om in specifieke gevallen van de algemene regel af te wijken, bijvoorbeeld als het gaat om een complexe zaak.

Artikel 23 vermindert de schadevergoeding voor de investeerder in het geval van onbehoorlijk gedrag door de investeerder. Dit is een van de belangrijkste innovaties van de nieuwe modeltekst. Artikel 23 ziet niet op het handelen van de overheid. De overheid kan onder investeringsakkoorden immers geen schadevergoeding ontvangen. De zinsnede «*behavior of the investor*» kan daarom niet worden gewijzigd in «*behavior of the disputing parties*».

De Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking,
S.A.M. Kaag