

## **De nieuwe Nederlandse modeltekst voor investeringsbeschermingsovereenkomsten (IBOs); een vrijbrief voor onbetrouwbare staten**

Prof. dr. Nikos Lavranos, LL.M. (Vrije Universiteit Brussel en NL-investmentconsulting)

### **Wat is het doel van IBOs?**

- Het vertrouwen tussen de twee verdragstaten versterken, met name het vertrouwen dat wederzijdse investeerders en hun investeringen fatsoenlijk behandeld worden. Daardoor worden buitenlandse directe investeringen bevorderd, zoals de studie van het CPB bewijst (zie: <https://www.cpb.nl/publicatie/bilaterale-investeringsverdragen>)
- Als het met de investeringen mis gaat, heeft de investeerder de keuze om via internationale arbitrage schadevergoeding voor de geleden schade, voor een onafhankelijk arbitrage tribunaal, te eisen.
- In de kern gaat het om het versterken van de Rule of Law in de wereld.
- Nederland heeft in afgelopen 50 jaar meer dan 90 IBOs wereldwijd gesloten; wereldwijd zijn er meer dan 3,000 IBOs afgesloten.
- De Nederlandse IBOs gelden als de "gouden standaard" in de wereld.

### **Wat zijn de nieuwe elementen in de IBO modeltekst?**

#### De innovatieve positieve elementen:

- Brievenbusfirma's zonder substantiële economische activiteit worden uitgesloten.
- Investeerders moeten zich aan een hele reeks van Corporate Social Responsibility (CSR) bepalingen houden, anders verliezen ze hun rechten of wordt hun schadevergoeding verlaagd.
- De verdragstaten dienen de Rule of Law te bevorderen.
- De arbiters worden niet meer door de partijen, maar door een onafhankelijke instantie met expertise (ICSID Secretariaat) gekozen.

#### De negatieve elementen:

- De FET (fair and equitable treatment) - de belangrijkste beschermingsstandaard - is vervangen door een gesloten lijst van maatregelen die als schending aangezien kunnen worden. Deze lijst kan door de Verdragspartijen naar believen aangepast worden, zelfs met terugwerkende kracht en is bindend voor tribunaal. De Verdragstaten kunnen dus de regels in hun voordeel veranderen.
- Er is niets voor het MKB geregeld, daardoor kunnen zij feitelijk geen gebruik maken van de IBOs (het is voor het MKB te duur en de procedure te lang).
- De Rule of Law bepaling is slechts van cosmetische aard en kan niet door de investeerder ingeroepen worden. Investeerders kunnen de Verdragstaten niet op schendingen van de Rule of Law aanspreken.
- De hele IBO modeltekst is opgezet uit een defensieve houding, terwijl in 50 jaar tijd nog nooit een ISDS arbitragezaak tegen Nederland aanhangig is gemaakt. Dat komt omdat de Nederlandse overheid fatsoenlijk functioneert, terwijl de meeste landen van de wereld een slecht functionerende overheid en veelal corrupte rechters hebben (in de World Rule of Law Index staat Nederland op de 5<sup>e</sup> plek wereldwijd, zie: <http://data.worldjusticeproject.org/>; in de Corruption Perception Index staat Nederland op de 8<sup>e</sup> plek wereldwijd, zie: [https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016) )

- Deze tekst verlaagt de bescherming van Nederlandse investeerders, die in het buitenland investeren en geeft onbetrouwbare Staten nog meer ruimte om met onfatsoenlijke maatregelen weg te komen.
- Kortom, de verplichtingen worden nu eenzijdig aan de investeerders opgelegd.

### Wat zijn de feiten m.b.t. het gebruik van de IBOs en ISDS?

#### UNCTAD Fact Sheet on Intra-European Union Investor-State Arbitration Cases, Dec 20, 2018

This IIA Issues Note presents statistics and facts on intra-EU investor-State arbitration cases by the end of July 2018 (zie <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/1193>):

#### Highlights:

- The overall number of known intra-EU investor-State dispute settlement (ISDS) cases – treaty-based arbitrations initiated by an investor from one EU member State against another EU member State – totalled 174 by 31 July 2018, which constitutes 20 per cent of the 904 known ISDS cases globally.
- Most known intra-EU cases were brought against three EU member States: Spain (40 cases), Czech Rep. (30) and Poland (19). Investors from the Netherlands, Germany, Luxembourg and the United Kingdom initiated about half of the known intra-EU arbitrations.
- Ninety-five per cent of intra-EU cases were based on investment treaties signed in the 1990s or earlier. About 45 per cent of the cases were brought pursuant to the Energy Charter Treaty (1994).
- By 31 July 2018, some 91 intra-EU ISDS cases had been concluded and 83 were pending. Out of the concluded cases, 47 per cent were decided in favour of the State and 27 per cent in favour of the investor, with monetary compensation awarded. The remaining cases were settled, discontinued or the tribunal found a treaty breach, but did not award monetary compensation.
- A review of 49 decided intra-EU cases provides information on the following issues: the affected investment, the types of challenged measures, the alleged rationale and the alleged adverse effects of the challenges measures. Annex 2 contains a mapping of principal issues (jurisdiction, admissibility and merits) discussed by tribunals in these cases.

UNCTAD website: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS> (bezoekt op 18 jan 2019)

