



Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen
Centre for Research on Multinational Corporations

**Ter attentie van: De leden van de commissie Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking
van de Tweede Kamer der Staten-Generaal**

Amsterdam, 18 januari 2019


Betreft: SOMO-bijdrage aan rondetafelgesprek Modeltekst Investeringsakkoorden
**Bijlage: Brief Handel Anders! inzake analyse modeltekst Nederlandse bilaterale
investeringsverdragen, d.d. 8 november 2018**


Geachte heer, mevrouw,


Met het oog op het rondetafelgesprek Modeltekst Investeringsakkoorden gepland op 28 januari a.s., verwijzen wij u graag naar de reactie die SOMO, TNI, BothEnds en anderen onder de vlag van de Handel Anders!-coalitie eerder aan u hebben doen toekomen. Daarin een gedetailleerde analyse van de modeltekst, die zowel de opgenomen verbeteringen t.o.v. de huidige praktijk benoemt, als ook verbeterpunten waarop de huidige modeltekst verder zou kunnen – en in onze ogen zou moeten – worden aangescherpt. Wij bieden u deze analyse hierbij graag nogmaals aan (zie bijlage).

Principiële bezwaren – Suggesties voor verbetering van het model laten onverlet dat men zich ten principale dient af te vragen of het wel gewenst is om een systeem te handhaven dat transnationale economische spelers de mogelijkheid geeft om druk uit te oefenen op staten om regelgeving die in hun ogen geen genade vindt te doen afzwakken dan wel parkeren. Het feit dat de huidige multinationale ondernemingen qua economisch gewicht vaak gelijk zijn aan of zelfs groter zijn dan staten, geeft een indicatie van de druk zij kunnen uitoefenen die voor zich spreekt. De dreiging die uitgaat van de vele miljoenen aan schadevergoeding die zij kunnen vorderen op basis van de ook in de nieuwe modeltekst nog altijd zeer breed geformuleerde beschermingen is aanzienlijk. De hamvraag is of je bedrijven middels een afdwingbaar arbitragesysteem buiten de nationale rechter om een dergelijk politiek pressiemiddel in handen moet willen geven. Te meer daar evaluaties van de huidige praktijk leren dat de bescherming die IBO's bieden voor investeerders vaak niet doorslaggevend is bij investeringsbeslissingen. Of IBO's daadwerkelijk bijdragen aan het aantrekken van meer buitenlandse investeringen is geenszins een uitgemaakte zaak, zoals bijvoorbeeld blijkt uit een recente studie van de OESO. (Zie https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements_e5f85c3d-en) De modeltekst verwijst naar de ambitie om te komen tot een multilateraal investeringshof (MIC). Daarmee zullen verdragen afgesloten op basis van de nieuwe modeltekst bijdragen aan een verdere uitbreiding en consolidatie van dit systeem. Wij zijn daarvan geen voorstander.

Druk op beleidsvrijheid - De nieuwe model-IBO geeft nog altijd een bevoegdheid aan internationale arbitragepanelen om complexe publieke besluitvorming te beoordelen vanuit het smalle perspectief van handel- en investeringsbeleid. In de nieuwe modeltekst wordt het recht om te reguleren weliswaar bevestigd, maar publieke-beleidsmaatregelen worden niet expliciet uitgesloten van investeringsclaims. Het staat overheden vrij om publiek beleid door te voeren, maar zij kunnen daarbij onverminderd gehouden worden om (hoge) schadevergoedingen te betalen aan investeerders als dit beleid inbreuk maakt op hun rechten onder het verdrag. Buitenlandse investeerders en bedrijven hebben zich al bediend van ISDS om nationale wet- en regelgeving op het gebied van milieu, volksgezondheid en mensenrechten aan te vechten. Een clause die publieke beleidsmaatregelen uitsluit van ISDS-claims zou daarom op zijn plaats zijn. Die zou bijvoorbeeld als volgt kunnen worden geformuleerd:

 Sarphatistraat 30
1018 GL Amsterdam
The Netherlands

 Tel: +31 (0)20 639 12 91
Fax: +31 (0)20 639 13 21
E-mail: info@somo.nl
www.somo.nl

 TRIODOS BANK: 19.84.07.777
IBAN: NL56 TRIO 0198407777
BIC-CODE: TRIONL2U
BTW: NL 002 954 631
KvK: 412 233 08



Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen

Centre for Research on Multinational Corporations

“Any measure or action undertaken by a Party that aims or has the effect of contributing to a public interest, such as environmental protection including measures or actions combating climate change, social protection, consumer protection and public health protection, do not constitute a breach of the provisions of this agreement.”

Een dergelijke *carve-out* is des te meer van belang gezien de klimaatuitdaging waar we voor staan. Het beperken van de opwarming van de aarde zal drastische beleidsingrepen vragen, waaraan geen extra prijskaartje in de vorm van investeringsclaims gehangen moet mogen worden – niet in het minst vanwege het remmende en vertragende effect dat zelfs het dreigen met claims op gewenst en noodzakelijk beleid kan hebben. Idealiter zou een nieuw Nederlands model-verdrag een zgn. *supremacy clause* bevatten die bepaalt dat investeringsbescherming geen voorrang krijgt boven statelijke verplichtingen voortvloeiend uit internationale milieu-, klimaat-, arbeids- en mensenrechtenovereenkomsten.


Risico op regulatory chill en arbiter-bias blijven bestaan - De dreiging die van claims kan uitgaan wordt in de nieuwe modeltekst niet weggenomen, omdat er geen bepalingen zijn opgenomen die de toe te kennen compensatiebedragen beperken tot daadwerkelijk geleden en aantoonbaar gemaakte schade. Ook in het nieuwe model kunnen schadevergoedingen worden verzwaaard met claims voor toekomstige misgelopen winsten over een onbepaalde periode.


Het ingebouwde bias ten gunste van de buitenlandse investeerder wordt in de nieuwe modeltekst niet weggenomen: de beloning van arbiters via ICSID/AF blijft ad hoc en case-by-case zodat hun onafhankelijkheid niet gewaarborgd is en de prikkel blijft bestaan om de geboden verdragsbescherming zo breed mogelijk uit te leggen in het voordeel van de klagende investeerder. Dit vergroot de dreiging die van claims kan uitgaan.


Reikwijdte verder beperken - Positief in het nieuwe model is de ambitie om brievenbusmaatschappijen uit te sluiten van verdragsbescherming. Het blijft de vraag of de gekozen formulering hiertoe afdoende is. De bedrijfsstructuur van grote multinationale ondernemingen maakt dat de nationaliteit van zulke bedrijven fluïde is en juridisch gemanipuleerd kan worden. Veel zal afhangen van hoe tribunaal in de praktijk met deze bepaling omgaan. Het lijkt prudent om de reikwijdte van het model en daarmee het risico op claims verder te beperken ook de definitie van investeringen die onder het verdrag vallen te versmallen en bijvoorbeeld portfolio-investeringen niet op te nemen.

Duurzaamheidsambitie aanscherpen - Tot slot zijn we blij met de aandacht die er in de nieuwe modeltekst is voor duurzaamheid. Echter, een duidelijke lacune is dat investeerders en bedrijven slechts worden aangemoedigd om zich te houden aan de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen en de UN Guiding Principles on Business and Human Rights, waarbij het vrijwillige karakter wordt benadrukt. Het belang van *due diligence* (gepaste zorgvuldigheid) door investeerders wordt benadrukt, maar het uitvoeren van milieu- en mensenrechteneffectrapportages rond voorgenomen investeringen wordt niet verplicht gesteld. Bij het vaststellen van schadevergoedingen in een investeringsgeschil mogen arbiters – maar zij zijn hier niet toe verplicht – rekening houden met of een bedrijf zich heeft gehouden aan de OESO-richtlijnen of de leidende beginselen van de VN. Slechts bedrijven die zich schuldig hebben gemaakt aan corruptie zijn van de bescherming van het verdrag uitgesloten. Een bredere *denial of benefits clause*, die ook bedrijven die zich schuldig maken aan mensenrechtenschendingen of het aanrichten van schade aan het milieu, zou op zijn plaats zijn.

Overkoepelend lijkt de modeltekst weinig ruimte te bieden om onderscheid te maken tussen duurzame en vervuilende investeringen: Het begrip ‘duurzaam’ wordt niet nader ingevuld, en het non-discriminatiebeginsel wordt als kernwaarde vastgelegd. Dit staat opgespannen voet met de beoogde doelstelling van het bevorderen van duurzame investeringen.

 Sarphatistraat 30
1018 GL Amsterdam
The Netherlands

 Tel: +31 (0)20 639 12 91
Fax: +31 (0)20 639 13 21
E-mail: info@somo.nl
www.somo.nl

 TRIODOS BANK: 19.84.07.777
IBAN: NL56 TRIO 019840777
BIC-CODE: TRIONL2U
BTW: NL 002 954 631
KvK: 412 233 08



Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen

Centre for Research on Multinational Corporations

Een alternatieve benadering - Een werkelijk toekomstgericht model-investeringsverdrag waarin duurzaamheid voorop staat zou op een andere leest geschoeid moeten zijn. Voor een beter voorbeeld van een model-investeringsovereenkomst die, in de woorden van minister Kaag, maximale ruimte neemt om investeringen te laten bijdragen aan de SDGs en klimaatbeleid, suggereren wij dat u kennisneemt van het *Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation, ontwikkeld door een team van internationale juristen¹*, dat in 2018 eindigde op een gedeelde eerste plaats in een wereldwijde competitie uitgeschreven door het Stockholm Treaty Lab. Het Stockholm Treaty Lab – een initiatief van de Stockholm Chamber of Commerce - beoogt met deze competitie de beste innovatieve ideeën op juridisch gebied voor een beter klimaat bijeen te brengen. Bovengenoemd verdrag maakt een zeer duidelijk onderscheid tussen duurzame en niet-duurzame investeringen. De jury van het Stockholm Treaty Lab spreekt hier in lovende bewoordingen over:

“The text contains innovative and out-of-the box ideas and strong language to promote and encourage green investments while at the same time seeking to address the risks posed by non-green investments and supporting the need for just transitions. The model by which States own the definition of sustainable and unsustainable investments is innovative.”²

Wij bevelen aan om de nieuwe Nederlandse model-IBO duurzamer en daarmee toekomstbestendiger te maken door hierin innovatieve elementen zoals verwoord in bovengenoemd *Treaty on Sustainable Investment* in te brengen. Voor de volledige tekst van het en de achterliggende beargumentering, zie respectievelijk <http://stockholmtreatylab.org/wp-content/uploads/2018/07/Treaty-on-Sustainable-Investment-for-Climate-Change-Mitigation-and-Adaptation-1.pdf> en <http://stockholmtreatylab.org/wp-content/uploads/2018/07/The-Creative-Disrupters-Argumentation.pdf>.

Hoogachtend,
Roeline Knottnerus

¹ zie <http://stockholmtreatylab.org/wp-content/uploads/2018/07/The-Creative-Disrupters-Team-Introduction.pdf> voor de samenstelling van het team en korte bio's van de teamleden

² <http://stockholmtreatylab.org/the-outcome/>