

Aan de voorzitter en de leden van de algemene commissie Buitenlandse Zaken, Handel en Ontwikkelingssamenwerking van de Tweede Kamer

Betreft: betrokkenheid Tweede Kamer bij het opstellen van een nieuwe modeltekst voor Nederlandse investeringsbeschermingsovereenkomsten

Datum: 5 juli, 2017

Geachte heer De Roon, geachte leden,

In deze brief vragen wij uw aandacht voor het volgende:

- Het ministerie van Buitenlandse Zaken wil de 94 investeringsbeschermingsbijekomsten (IBO's) van Nederland met andere landen aanpassen. De nieuwe modeltekst hiervoor is bijna klaar, maar **het is onduidelijk hoe en óf de Tweede Kamer over de vaststelling van deze tekst geraadpleegd wordt.**
- De concepttekst voor de nieuwe model-IBO ligt voor Kamerleden en leden van geaccrediteerde maatschappelijke organisaties slechts ter inzage in een leeskamer, waardoor **een gedetailleerde en zorgvuldige analyse bemoeilijkt wordt.**
- De groeiende kritiek op buitenrechtelijke investeringsarbitrage en het feit dat een groeiend aantal landen investeringsverdragen beëindigt en/of grondig hervormt; het oordeel van een aanzienlijk aantal Europese rechters en juristen dat dit mechanisme in strijd is met Europees recht; en het feit dat 10 procent van de investeringsclaims wereldwijd, veelal aangespannen via niet-Nederlandse bedrijven, loopt via Nederlandse investeringsverdragen. **Dit alles vraagt erom dat de Tweede Kamer dit moment en deze modeltekst aangrijpt voor een grondige evaluatie van een halve eeuw van investeringsverdragen en een gedegen discussie voert over de kaders waaraan een nieuwe model-tekst voor investeringsverdragen zou moeten voldoen.** Daarbij moeten de positieve én negatieve effecten van deze verdragen worden onderzocht, de claims die hieruit zijn voortgekomen en het vertragende en dempende effect dat (de dreiging van) investeringsclaims heeft op nieuw beleid.

Gebrekkige consultatie model-tekst herziening Nederlandse IBO's

Het ministerie van Buitenlandse Zaken werkt momenteel aan een nieuwe modeltekst voor Nederlandse investeringsbeschermingsovereenkomsten (IBO's). Deze modeltekst zal de komende

jaren worden gebruikt als basis voor (her-)onderhandelingen over IBO's met verschillende landen. Deze tekst zal binnenkort ter goedkeuring worden voorgelegd aan de Europese Commissie. Het ministerie heeft aangegeven tot eind juni open te staan voor consultatie, maar heeft een concepttekst in een vergevorderd stadium pas in mei voorgelegd aan een selecte groep van belanghebbende organisaties in het kader van het Breed Handelsberaad. Ook de Tweede Kamer kan de tekst alleen in een leeskamer inzien en heeft niet de mogelijkheid om over de (juridische) implicaties van de gebruikte formuleringen met externe deskundigen te consulteren.

De strikte vertrouwelijkheid beperkt de mogelijkheden voor debat en analyse. Onzes inziens is het noodzakelijk dat de Tweede Kamer op een transparante en open manier betrokken wordt bij het opstellen van de modeltekst voordat deze voor de komende jaren wordt vastgelegd. Hierbij moet er voldoende ruimte komen voor input van experts, maatschappelijke organisaties en het midden- en kleinbedrijf,¹ ook uit landen waarmee nieuwe IBOs zullen worden afgesloten, zodat op zorgvuldige en vakkundige wijze de verschillende maatschappelijke belangen meegewogen kunnen worden.

Negatieve impacts van Nederlandse IBO's

Nederland heeft momenteel 94 IBO's, waarvan 90 in werking. Een aantal van de Nederlandse IBO's zal binnenkort verlopen.² Het Ministerie wil de modeltekst dan ook voornamelijk gebruiken als basis voor de heronderhandeling van aflopende IBO's. De Nederlandse IBO's bieden op eenzijdige wijze aan investeerders verstrekende rechten. Zij kunnen buiten nationale rechtssystemen om claims indienen bij internationale arbitragepanelen, als ze vinden dat regels of besluiten door overheden hen onterecht benadelen. Als gevolg van de vage en breed geformuleerde bepalingen als 'eerlijke en billijke behandeling' en bescherming tegen 'indirecte onteigening', alsmede de mogelijkheden voor niet-Nederlandse (brievenbus)bedrijven om zich van de Nederlandse IBO's te bedienen, staat Nederland tweede op de lijst van landen van waaruit de meeste claims worden ingediend.³ Hieronder bevinden zich ook claims gericht op regelgeving op het gebied van klimaatbeleid, arbeidsnormen, milieubescherming, volksgezondheid en andere publieke belangen.

1 Uit recent Motivaction-onderzoek, naar de verwachtingen van het Nederlandse MKB over handelsverdragen als CETA en TTIP, blijkt dat 57 procent van de exporterende bedrijven verwacht dat handels- en investeringsarbitrage als ISDS of ICS, die deel uitmaken van deze handelsverdragen, de rechten van hun bedrijf zal schaden. Nog een groter gedeelte van de Nederlandse exporterende MKB-ers, 68 procent, verwacht dat buitenlandse bedrijven worden bevoordeeld door arbitrage zoals deze nu is vormgegeven in de handelsverdragen als CETA en TTIP, en dat de macht van de overheid zal worden beperkt om het algemeen belang te dienen.
<http://www.ondernemersvannu.eu/wp-content/uploads/2017/02/Z8246-Report-The-Netherlands-15-2-2017.pdf>

2 <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> De IBO's met Oeganda, Nicaragua en Marokko verlopen in 2018. In 2019 verlopen er 16 IBO's. Tenzij één van de verdragspartijen een IBO ruim voor de vervaldatum opzegt, worden deze verdragen doorgaans met 10 tot 15 jaar stilzwijgend verlengd.

3 <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>

Daardoor bestaat een reëel gevaar dat overheden kopschuw worden bij het indienen van nieuwe wetsvoorstellen om grote schadeclaims van bedrijven te voorkomen. Op hun beurt kunnen bedrijven niet aansprakelijk gesteld worden voor (en medeplichtigheid aan) milieuvervuiling en de schending van mensenrechten door het gebrek aan juridisch bindende en afdwingbare verplichtingen.

Roep om hervorming

Een groeiend aantal landen beraadt zich inmiddels over de duurzame meerwaarde van de huidige IBO's, m.n. vanwege de inherente beperking van hun beleidsruimte.⁴ Landen als Ecuador, Indonesië, Zuid-Afrika en India hebben mede om deze rede hun IBO's met Nederland opgezegd.

- India heeft haar modeltekst in 2015 herzien, met aanzienlijke beperkingen voor ISDS, en de voorwaarde dat klagers zich in eerste instantie verplicht tot de nationale rechter moeten wenden. Ook worden in het Indiase model randvoorwaarden opgenomen om te zorgen dat buitenlandse investeringen bijdragen aan binnenlandse ontwikkelingsdoelen.
- Indonesië is bezig met de herziening van een nieuwe modeltekst, met uitzonderingen, beperkingen en ophelderingen voor de waarborging van de beleidsruimte voor overheden om te reguleren in het publiek belang.
- Zuid-Afrika geeft – na een grondige evaluatie van haar internationale investeringsbeleid – voorkeur aan nationale rechtssystemen, en verkiest staat-staat geschillenbeslechting boven ISDS.
- Ecuador heeft na een grondige evaluatie besloten IBO's op te zeggen omdat de positieve effecten niet op bleken te wegen tegen de negatieve.⁵
- Brazilië heeft nog nooit een IBO met ISDS geratificeerd, en onderhandelt nu verdragen met alternatieve vormen van geschillenbeslechting en zonder ISDS.⁶
- Australië heeft diverse handelsakkoorden zonder ISDS (met de Verenigde Staten en Japan).

Een groot aantal juristen en economen, waaronder prominenten als Nobelprijswinnaar Joseph Stiglitz, heeft zich kritisch uitgelaten over de mate waarin ISDS de soevereiniteit van staten bedreigt.⁷ De kern van de onvrede is gericht op de reikwijdte van investeringsbescherming,

4 UNCTAD, 'Taking Stock of IIA Reform', IIA Issues Note No. 1, maart 2016.
http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d3_en.pdf

5 Transnational Institute, 'Why Did Ecuador Terminate All Its Bilateral Investment Treaties?', 25 mei 2017.
<https://www.tni.org/en/article/why-did-ecuador-terminate-all-its-bilateral-investment-treaties>

6 Zie voetnoot 4.

7 220+ Law and Economics Professors Urge Congress to Reject the TPP and Other Prospective Deals that Include Investor-State Dispute Settlement (ISDS), 7 september 2016.

afdwingbaar door ISDS. De mede door minister Ploumen ingezette omslag richting een nieuw Investment Court System schiet tekort, omdat het weliswaar voor procesmatige verbeteringen zorgt, maar niets doet aan de brede grondslagen op basis waarvan investeringsclaims kunnen worden aangespannen.

Zowel de Duitse bond van rechters⁸ en de Europese bond van rechters,⁹ als ook diverse Europese en Nederlandse juristen en advocaten¹⁰ laten zich kritisch uit over ISDS en de mogelijke strijdigheid van dit mechanisme met Europees recht.

Vanwege de groeiende onvrede met het huidige model voor investeringsbescherming, zou de Tweede Kamer de vaststelling van een nieuwe Nederlandse model-IBO moeten benutten voor een grondige evaluatie van de werking en effecten van de huidige IBO's.

Naar een voortrekkersrol in duurzaam investeringsbeleid

De cijfers uit het onlangs gepubliceerde *World Investment Report* van UNCTAD bevestigen opnieuw de positie van Nederland als één van de belangrijkste leveranciers én bestemmingen van wereldwijde investeringsstromen.¹¹ Hierdoor verkeert Nederland in de unieke positie om een voortrekkersrol op zich te kunnen nemen met betrekking tot het ontwikkelen van een verantwoord en duurzaam investeringsbeleid. Niet in de laatste plaats omdat, als gevolg van de recente uitspraak van het Europese Hof van Justitie inzake het EU-Singapore verdrag, de Europese lidstaten ten opzichte van de Europese Commissie weer een meer prominente rol kunnen gaan spelen bij het opstellen en onderhandelen van investeringsbeschermingsovereenkomsten.¹² Met een progressieve nieuwe IBO kan Nederland daadwerkelijk invulling geven aan de door minister Ploumen voorgestane 'reset' van het handelsbeleid.

<https://www.citizen.org/sites/default/files/isds-law-economics-professors-letter-sept-2016.pdf>

- 8 Deutscher Richterbund, Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP–Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015, 16 Februar 2016. http://www.drb.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitionsgericht.pdf
- 9 Statement from the European Association of Judges (EAJ) on the Proposal from the European Commission on a New Investment Court System, 9 november 2015. <http://www.iaj-uim.org/iuw/wp-content/uploads/2015/11/EAJ-report-TIPP-Court-october.pdf>
- 10 Legal Statement on Investment Protection and Investor-State Dispute Settlement Mechanisms in TTIP and CETA, ondertekend door meer dan 100 hoogleraren EU recht, oktober 2016. <https://stop-ttip.org/wp-content/uploads/2016/10/13.10.16-Legal-Statement-1.pdf>. Voor getuigenissen van een aantal prominente Nederlandse juristen en experts, zie <https://milieudefensie.nl/ttip/nieuws/ics-wat-is-dat>
- 11 UNCTAD World Investment Report 2017. Investment and the Digital Economy. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf
- 12 Advies 2/15 van het Europese Hof van Justitie, 16 mei 2017. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CV0002\(01\)&qid=1497253720497&from=NL](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CV0002(01)&qid=1497253720497&from=NL)

Ondergetekende organisaties doen daarom een klemmend beroep op uw commissie om de regering te verzoeken om de Tweede Kamer te betrekken bij de opstelling van de modeltekst voor nieuwe Nederlandse IBO's, en deze modeltekst tijdig aan de Tweede Kamer voor te leggen zodat deze zich hier in een open en publiek debat over kan buigen. De behandeling van deze modeltekst zou idealiter vooraf moeten worden gegaan door een grondige analyse van een halve eeuw investeringsverdragen, en de behoeften van alle partijen ten aanzien van het toekomstige investeringsbeleid. Deze beleidswijziging is te belangrijk om op zuiver ambtelijk niveau af te kaarten.

Hoogachtend,

Milieudefensie

Transnational Institute

SOMO

Both ENDS

Greenpeace

Ondernemers van Nu

Transparency International Nederland