

Verslag van een gesprek tussen Francis Weyzig, het secretariaat en een medewerker van EZK van 11 mei 2021 over IBO's.

EC is sinds 2009 op grond van het verdrag van Lissabon bevoegd om IBO af te sluiten namens de EU LS. LS moeten voor een nieuw IBO toestemming aan de EC vragen om te onderhandelen, dit is vastgelegd in verordening 1219/2012. Daarin is een verdeling in competenties afgesproken, dat wil zeggen als de EC een nieuwe IBO met een land heeft afgesloten, mag een LS geen bilaterale IBO met dat land onderhandelen. Recente ontwikkeling is dat onder IBO's ook claims tegen West-Europese landen worden ingediend.

Sinds 2014 moderniseert NL het investeringsbeleid, sinds 2018 werkt NL met een nieuw modelverdrag. NL heeft 8 landen aangeboden te onderhandelen over een nieuwe IBO aan de hand van het nieuwe modelverdrag, maar dat heeft tot op heden nog niet tot een nieuw verdrag geleid. Bij 6 landen staan de onderhandelingen 'on hold'. Veel landen zijn ook terughoudend, o.a. omdat er een aantal nieuwe bepalingen inzitten waarvan nog onduidelijk is hoe die werken. Er lopen veel investeringen uit het buitenland via NL naar een ander buitenland. In de fiscaliteit is sinds 2013 een vergelijkbaar initiatief genomen met het voorstellen van anti-misbruikbepalingen in 23 verdragen met ontwikkelingslanden. In het nieuwe model voor investeringsverdragen zijn brievenbussen uitgesloten. Om gebruik te kunnen maken van investeringsbescherming, moeten er 'substantial business activities' zijn. Deze bepaling is gebaseerd op de EU-verklaring bij de WTO uit 1994. In het internationale recht is het gebruikelijk om, als je wilt dat een verdrag gewijzigd wordt, met de beide partijen tot overeenstemming te komen. Daarom zet NL in op heronderhandeling van de bestaande verdragen. Een interpretatieve verklaring of het eenzijdig verduidelijken van bepaalde bepalingen, kan ook een manier zijn om de bestaande IBO's te verduidelijken. Dit is wel juridisch gezien minder bindend.

NL liep destijds (1990-2000) voorop met zijn IBO-model, zogenaamde "gold standard". NL heeft 91 IBO's op basis van het oude model afgesloten. Dit is met name met opkomende economieën, niet met Westerse landen. Het idee van investeringsbescherming is om investeringen in het buitenland een bepaalde mate van bescherming te bieden. In een wereld na dekolonisatie en de val van de muur, waren er veel kansen in het buitenland, maar ook veel onzekerheden. Dit model was gunstig voor NL als land van de investeerder. De verdragen bevatten onder meer een bepaling dat een buitenlandse investeerder niet slechter mag worden behandeld dan een eigen onderdaan, een meestbegunstigingsclausule, het recht op een redelijke en billijke behandeling en een bepaling dat bij onteigening schadevergoeding moet worden betaald. Deze bepalingen geven een ruime bescherming, omdat er weinig definities zijn gebruikt. Als de investeerder meent dat hij in zijn rechten geschonden is, kan hij zelf een arbitrageprocedure starten. Welke regels van toepassing zijn in een arbitrageprocedure is in de IBO zelf geregeld. Het oude NL-model gold als een gouden standaard en bood een hoge mate van bescherming aan investeerders die in het buitenland zaken deden. Onder het oude model was er een ruime toegang, waarbij werd aangesloten bij principes uit nationaal recht. Dat is in de tussentijd veranderd, bijvoorbeeld omdat het oprichten van een BV makkelijker is gemaakt. Daarbij moet worden opgemerkt dat het voeren van procedures een kostbare aangelegenheid is, zowel voor de investeerder als voor de staat. De indruk bestaat dat misbruik niet op grote schaal voorkomt, maar dat er wel de nodige verbeteringen doorgevoerd moeten worden in het systeem. ISDS is een relatief nieuw fenomeen en aan verandering onderhevig. In de praktijk blijkt dat de oudere verdragen daarom verbeterd moesten worden en daarom vindt er nu een nodige "upgrade" plaats, bijvoorbeeld op het gebied van brievenbusmaatschappijen.

Het Nederlandse model stond lang in contrast met NAFTA. In VS, Canada en Mexico zijn sinds NAFTA veel claims ingediend. En is de tekst telkens aangepast op een manier waardoor misbruik wordt voorkomen en de reikwijdte van de bepalingen is ingeperkt. CETA is ook op die leest geschoeid.