



'Superbescherming' voor bedrijven

Hoe investeringsverdragen en ISDS meer rechten bieden aan buitenlandse investeerders dan Nederlands en EU-recht

Fact Sheet | Maart 2021

Op 2 februari 2021 spande het Duitse energiebedrijf RWE bij het Internationaal Centrum voor Geschillen-beslechting een arbitrageprocedure aan tegen Nederland. Het bedrijf beroept zich daarbij op het Energy Charter Treaty (ECT).¹ RWE eist een vergoeding van €1,4 miljard voor de verwachte schade als gevolg van de Nederlandse 'kolenwet'. Deze wet werd in december 2019 aangenomen en zorgt ervoor dat vanaf 2030 kolen als energiebron verboden zijn.² Volgens RWE vormt de wet een de facto onteigening van haar investeringen in een kolencentrale die in 2015 in bedrijf is genomen. Ook zet de wet volgens het bedrijf een streep door de economische verwachtingen die RWE meer dan tien jaar geleden had bij het besluit de kolencentrale te gaan bouwen.

Nederland wordt nu voor het eerst gedaagd op basis van een investeringsverdrag. Het is ook één van de eerste zaken die rechtstreeks gericht is tegen klimaatwetgeving en het uitfaseren van kolen. Waarom doet RWE een beroep op internationale arbitrage? Waarom vecht het bedrijf de wet niet eerst aan binnen het Nederlandse rechtssysteem? Tijdens een hoorzitting in de Tweede Kamer in februari 2021 formuleerde de vertegenwoordiger van RWE het als volgt: "de argumenten die je in arbitrage naar voren kunt brengen, zijn niet dezelfde als die voor een Nederlandse rechter".³

Hebben buitenlandse investeerders op grond van investeringsverdragen, zoals het ECT en CETA, meer rechten en een betere kans op succes om schadevergoeding te krijgen dan op grond van Nederlands of EU-recht?

Investeringsverdragen: meer rechten voor buitenlandse investeerders

In Nederland kwam de bezorgdheid over mogelijke ISDS-claims in de Tweede en Eerste Kamer tot uiting tijdens de debatten over de ratificatie van het omstreden handelsakkoord CETA tussen de EU en Canada. Sigrid Kaag, de Nederlandse minister van Buitenlandse Handel, wilde die zorg wegnemen en stelde dat CETA investeerders hetzelfde niveau van bescherming biedt als de Nederlandse wet. Ze stelde ook dat de ratificering van CETA het risico op schadeclaims tegen de Nederlandse overheid niet zou vergroten.⁴ Ze suggereerde verder dat ook het ECT een vergelijkbare mate van investeringsbescherming biedt als de Nederlandse wet, waarmee ze impliceerde dat zorgen over investeringsverdragen misplaatst zouden zijn.⁵

In de praktijk heeft de manier waarop ISDS-tribunalen de (materiële) bepalingen van investeringsverdragen interpreteren en toepassen, echter geleid tot de ontwikkeling ►

van 'superbescherming' voor buitenlandse investeerders. Die bescherming gaat verder dan veel nationale rechtssystemen⁶ en heeft geleid tot schadevergoedingen die binnen nationale rechtssystemen niet mogelijk zouden zijn.⁷ Het is dan ook niet verwonderlijk dat buitenlandse investeerders in toenemende mate een beroep doen op ISDS, ook als de betreffende staat een goed ontwikkeld rechtssysteem en een sterke rechtsstaat kent.⁸

Een vergelijkende analyse: investeringsbescherming onder investeringsverdragen, Nederlands recht en EU-recht

Om beter te begrijpen op welke manieren ISDS gunstiger is dan een gang naar een nationale rechter, heeft SOMO de Amsterdam European Law Clinic van de Universiteit van Amsterdam opdracht gegeven om de procedurele en materiële elementen van investeringsbescherming onder het ECT en CETA te vergelijken met het Nederlands civiel en bestuursrecht, en met het niet-contractuele aansprakelijkheidsregime van de EU. De studie identificeert vier belangrijke gebieden waarop buitenlandse investeerders onder het ECT en CETA meer rechten genieten.⁹

- ❑ Buitenlandse investeerders zijn gebaat bij de structuur van de arbitrageprocedures onder het ECT en CETA. In beide overeenkomsten hebben arbiters financiële prikkels om in het voordeel van buitenlandse investeerders te beslissen, terwijl het gebrek aan transparantie er voor zorgt dat deze zaken niet publiekelijk te volgen zijn. Dat geldt met name voor het ECT.
- ❑ Buitenlandse investeerders hoeven een maatregel of wet niet eerst bij de lokale bestuursrechter aan te vechten, maar zij kunnen rechtstreeks een financiële vergoeding krijgen voor het 'moeten ondergaan' van maatregelen of wetten.
- ❑ De vage bewoordingen en ruime interpretaties van materiële investeringsbeschermingen beperken de beleidsvrijheid van overheden meer dan in het Nederlandse en EU-recht het geval is. Dit kan ertoe leiden dat maatregelen of wetten die bedoeld zijn om het algemeen belang te beschermen, worden 'bevroren' of afgezwakt.
- ❑ Ten slotte kunnen buitenlandse investeerders hogere compensatiebedragen krijgen onder het ECT en vermoedelijk ook onder CETA.

In onderstaande matrix worden de belangrijkste bevindingen van het onderzoek samengevat. Verdere uitwerking en onderbouwing zijn te lezen in de studie zelf.

Tijd om investeringsverdragen op te zeggen

De studie laat zien dat bedrijven onder investeringsverdragen meer rechten en een betere kans op een (hogere) schadevergoeding hebben dan onder nationale rechtssystemen. Hiermee worden de kosten en risico's van nieuw of veranderend overheidsbeleid grotendeels verschoven naar staten en belastingbetalers. De dreiging die uitgaat van mogelijke ISDS-claims, gekoppeld aan de onzekere en onvoorspelbare uitkomsten van ISDS-zaken én de hoge bedragen die ermee gemoeid zijn, beïnvloeden de beleidsvrijheid van regeringen op een manier die in nationale rechtssystemen onmogelijk zouden zijn. De gevolgen van de potentiële aansprakelijkheid zet regeringen onder grotere druk om af te zien van mogelijke klimaatmaatregelen.

Minister Kaag stelde dat investeringsbescherming onder CETA niet verschilt van hetgeen gehanteerd wordt onder Nederlands recht

Daarnaast zijn buitenlandse investeerders zijn waarschijnlijk ook minder snel geneigd om te anticiperen op klimaatmaatregelen en om uit fossiele brandstoffen te stappen, omdat ze via een ISDS-claim kunnen proberen om compensatie voor de financiële verliezen te krijgen.

Investeringsverdragen met buitengewone en eenzijdige bescherming voor buitenlandse investeerders vormen een groot obstakel voor de overgang naar een fossielvrije samenleving en moeten daarom worden opgezegd. Onze nationale rechtssystemen bieden voldoende mogelijkheden om investeringsgeschillen op te lossen en aan te pakken, waarbij private én publieke belangen worden gewogen en die overheden de benodigde beleidsvrijheid geven om de klimaatcrisis aan te pakken.

Vergelijking investeringsbescherming onder Nederlands recht, EU recht, ECT en CETA

1 Structuur van arbitrageprocedures

ECT en CETA

Onder het ECT worden arbiters aangesteld door de twistende partijen, en worden ze per zaak betaald. Dat laatste geldt ook onder CETA. Het feit dat alleen bedrijven claims kunnen indienen, creëert financiële prikkels voor arbiters om in zo veel mogelijk zaken benoemd te worden. Dergelijke prikkels dragen ook bij aan investeerdersvriendelijke uitspraken van arbiters. Zaken onder het ECT zijn doorgaans niet transparant.

Nederlands civiel en bestuursrecht

Investeerders kunnen geen rechters kiezen. Verder zijn Nederlandse rechters in vaste dienst en ontvangen een vast jaarsalaris, los van het aantal zaken dat zij behandelen. Rechters worden voor het leven benoemd en meestal willekeurig gekozen voor een bepaalde zaak. Dit draagt bij aan een eerlijk, onpartijdig en onafhankelijk rechtssysteem. Het overgrote deel van de zittingen is openbaar en uitspraken moeten onmiddellijk worden gepubliceerd.

EU's niet-contractuele aansprakelijkheidsregime

Rechters van het Hof van Justitie van de Europese Unie ontvangen een vast salaris, onafhankelijk van het aantal aanhangig gemaakte zaken. Investeerders hebben geen invloed op de keuze voor de rechters die de zaak beoordelen. Om de drie jaar wordt de helft van de rechters vervangen. Uitspraken, met inbegrip van de argumenten van de partijen en de motivering van de rechter, worden openbaar gemaakt, en hoorzittingen zijn meestal openbaar.

2 'Ondergaan en incasseren'

ECT en CETA

Zowel het ECT als CETA bevorderen een 'ondergaan en incasseren'-houding. Buitenlandse investeerders hoeven een omstreden maatregel of wet niet eerst voor een nationale rechter aan te vechten, maar kunnen direct een schadevergoeding eisen voor het 'moeten ondergaan' van een maatregel. Het voordeel is dat investeerders direct compensatie kunnen krijgen in het geval het een zaak wint, terwijl de maatregel nog van kracht is, omdat in dat geval de gederfde verwachte winst kan worden gecompenseerd. Hierdoor hoeft de investeerder niet daadwerkelijk te produceren en/of risico's te nemen om toekomstige winsten te behalen, maar kan de investeerder dus direct incasseren.

Nederlands civiel en bestuursrecht

In Nederland moeten buitenlandse investeerders eerst de wettigheid van de maatregel voor de bestuursrechter aanvechten. Indien de maatregel onwettig wordt bevonden en derhalve door de bestuursrechter wordt ingetrokken, worden investeerders teruggebracht in dezelfde positie als die waarin zij zich bevonden voordat de maatregel werd ingevoerd. Eventuele toekomstige winsten zullen dan moeten worden verdiend door daadwerkelijk te produceren en/of risico's te nemen. Indien de maatregel wettig wordt bevonden en niet door de bestuursrechter wordt ingetrokken, kunnen investeerders compensatie eisen voor alle reeds geleden schade en gederfde toekomstige winsten.

EU's niet-contractuele aansprakelijkheidsregime

Volgens het EU-recht kunnen investeerders een maatregel 'ondergaan' en rechtstreeks schadevergoeding eisen in een niet-contractuele aansprakelijkheidsprocedure. De kans op schadevergoeding is echter uiterst gering. Het Europees Hof van Justitie heeft consequent een strikte benadering gehanteerd ten aanzien van de niet-contractuele aansprakelijkheid van EU-instellingen. Tot 2020 werden slechts 23 van de 530 ingediende schadeclaims gehonoreerd. In 95,7% van alle gevallen werd helemaal geen schadevergoeding toegekend.

3 Beleidsvrijheid voor bestuurders en wetgevers

ECT en CETA

Vage formuleringen en ruim geïnterpreteerde materiële beschermingen beperken de beleidsvrijheid van bestuurders en wetgevers op een manier die onder het Nederlands en het EU recht niet het geval is. Zowel het ECT als CETA geven arbiters veel ruimte om te bepalen wat 'indirecte onteigening' en 'eerlijke en billijke behandeling' inhouden. Dit kan leiden tot rechtsonzekerheid, mogelijk tot 'regulatory chill', en tot het toekennen van schadevergoedingen aan investeerders in gevallen die geen aanleiding geven tot compensatie onder Nederlands of EU recht.

Nederlands civiel en bestuursrecht

Het Nederlandse recht biedt meer rechtszekerheid omdat de Nederlandse rechtsnormen uniform worden uitgelegd. Het begrip 'indirecte onteigening' wordt restrictief uitgelegd en vergoeding is alleen mogelijk als de schade buiten het 'normale bedrijfsrisico' valt en als de maatregel niet voorzienbaar was. Evenzo beschermt de Nederlandse wet tegen 'willekeur en onredelijk gedrag' en inbreuken op het 'gewettigd vertrouwen', maar op uiterst restrictieve wijze, zodat bestuurders en wetgevers over een ruime beoordelingsmarge beschikken.

EU's niet-contractuele aansprakelijkheidsregime

De materiële bescherming is beperkter dan die door het ECT en CETA wordt geboden. Alle wettelijke maatregelen zijn categorisch uitgesloten als grond voor schadevergoeding, de maatstaf van 'voldoende gekwalificeerde' schending is hoger, en schadevergoeding is alleen toegestaan voor schade die buiten de 'normale economische risico's' valt, terwijl 'voorzienbaarheid' ook een factor is om te bepalen of de investeerder schadevergoeding kan eisen. Het Europees Hof van Justitie hanteert hiervoor een strikte benadering om te voorkomen dat de wetgevende functie van de EU wordt belemmerd.

4 Hoogte van de schadevergoeding

ECT en CETA

Behalve voor onteigening wordt in het ECT en CETA niet nader uiteen gezet hoe de schadevergoeding moet worden bepaald. Wat onteigening betreft, eisen zowel het ECT als de CETA een volledige vergoeding die gelijk is aan de 'reële marktwaarde' van de investering. Arbiters maken vaak gebruik van de 'discounted cash flow' methode, waarbij wordt gekeken naar de volledige levensduur van een investering, met inbegrip van de voorspelde toekomstige winsten. Deze methode bevat een zekere mate van speculatie. Vergoedingen zijn hoog en lopen steeds vaker in de miljarden.

Nederlands civiel en bestuursrecht

De Nederlandse rechter hanteert een gesloten systeem van categorieën voor kosten die voor vergoeding in aanmerking komen. Vermogensschade bestaat uit werkelijke verliezen en gederfde verwachte winsten, maar er zijn verschillende beperkende factoren bij de berekening van de hoogte van de schadevergoeding, zoals de vraag of de maatregel wettig of onwettig was. Compensatiebedragen worden berekend op basis van objectieve en onafhankelijke gegevens. Compensatie is alleen mogelijk voor verliezen die buiten het 'normale bedrijfsrisico' vallen en kan worden uitgesloten of verminderd indien een maatregel redelijkerwijs voorzienbaar was.

EU's niet-contractuele aansprakelijkheidsregime

De EU-instellingen zijn slechts voor kleine schadevergoedingen aansprakelijk gesteld. Er is geen specifieke norm die wordt gebruikt om het bedrag van de schadevergoeding te berekenen. Volledige vergoeding van de schade die is ontstaan door het handelen of nalaten van de EU-instelling is de regel, maar uit recente voorbeelden blijkt dat de bedragen die worden uitgekeerd na succesvolle vorderingen aanzienlijk lager zijn dan de bedragen die worden uitgekeerd in het kader van het ECT en andere investeringsverdragen.

- 1 RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands (ICSID Case No. ARB/21/4): <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/21/4>.
- 2 Wet van 11 december 2019, houdende Regels voor het produceren van elektriciteit met behulp van kolen (Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie), Staatsblad van het Koninkrijk der Nederland, Jaargang 2019, 493. Beschikbaar op: https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20191219/publicatie_wet/document3/f=/vl4je6b07ez1.pdf.
- 3 Hoorzitting over het dagen van de Staat door RWE in verband met sluiting van kolencentrales, 11 februari 2021, https://www.tweedekamer.nl/debat_en-vergadering/commissievergaderingen/details?id=2021A00976.
- 4 Kamerstukken I, 2020/21, 35154, p. 35; pp. 58-60. Beschikbaar op: https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20200918/nadere_memorie_van_antwoord/document3/f=/vlc6mytw27ye_opgemaakt.pdf.
- 5 Aanhangsel Handelingen II, 2019-2020 1769, p. 5-6. Beschikbaar op: <https://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=5160f38b-d125-4315-8c35-4f5be99f4059&title=Antwoord%20op%20vragen%20van%20het%20lid%20Ouweland%20over%20de%20gevolgen%20van%20CETA%20voor%20onze%20rechtsstaat%20en%20soevereiniteit%20en%20de%20landbouw%20.pdf>.
- 6 S. Nichols (2018) 'Expanding Property Rights under Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Class Struggle in the Era of Transnational Capital', Review of International Political Economy 25(2), pp. 243-269; L. Johnson (2018), 'A Fundamental Shift in Power: Permitting International Investors to Convert their Economic Expectations Into Rights', UCLA Law Review. Beschikbaar op: https://www.uclalawreview.org/fundamental-shift-in-power/#_ftnref1; D. Gaukrodger (2014), 'Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law', OECD Working Papers on International Investment, 2014/02, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/5jz0xvngm3-en>; L. Johnson and O. Volkov (2013) 'Investor-State Contracts, Host-State 'Commitments' and the Myth of Stability in International Law', American Review of International Arbitration, 24(3), pp.361-415. Beschikbaar op: <https://ssrn.com/abstract=2412592>.
- 7 Gaukrodger, D. and K. Gordon (2012), "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", OECD Working Papers on International Investment, 2012/03, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>, pp. 79-87; A. De Mestral and R. Morgan (2016), "Does Canadian Law Provide Remedies Equivalent to NAFTA Chapter 11 Arbitration?", CIGI Investor-State Arbitration Series Paper No. 4, May 2016. Available at: https://www.cigionline.org/sites/default/files/isa_paper_no.4.pdf.
- 8 UNCTAD Investment Dispute Navigator, available at: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.
- 9 <http://www.somo.nl/superbescherming-voor-bedrijven>

Colofon

Auteur: Bart-Jaap Verbeek

Layout: Frans Schupp

Foto: Benita Welter



Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen
Centre for Research on Multinational Corporations

Sarphatistraat 30
1018 GL Amsterdam
The Netherlands
T: +31 (0)20 639 12 91
info@somo.nl
www.somo.nl

SOMO onderzoekt multinationals. Onafhankelijk, feitelijk, kritisch en met een duidelijk doel: een eerlijke en duurzame wereld, waarin publieke belangen zwaarder wegen dan belangen van bedrijven. We doen actiegericht onderzoek en leggen zo de invloed en de ongekende macht van multinationals bloot. Samen met honderden organisaties wereldwijd, zorgen we ervoor dat onze kennis daar terecht komt waar die het verschil maakt: in fabrieken of bestuurskamers, in sloppenwijken of rechtszalen, bij maatschappelijke organisaties of politici.

