

Ter stimulering van de internationale handel bestaan er naast (vrij)handelsakkoorden ook bilaterale overeenkomsten die investeerders beschermen tegen oneerlijk handelen van buitenlandse overheden. Wat kun je hieraan hebben?

Mogelijkheid tot rechtstreeks beroep bij oneerlijk overheidshandelen

IBO's beschermen buitenlandse investeringen

Elke Nederlandse ondernemer die investeert in een ander land, krijgt vroeg of laat te maken met de (semi-)overheid in dat land. Als je meent dat je benadeeld wordt door de overheid in een land waarmee Nederland een investeringsbeschermingsovereenkomst (IBO) heeft afgesloten, kun je rechtstreeks een beroep doen op deze IBO.

Er bestaan vele multilaterale (vrij)handelsakkoorden (FTA's) tussen landen en regio's. Dit zijn vaak complexe akkoorden over quota, tarieven, douaneprocedures en geschillenbeslechting. Sommige van deze FTA's bevatten investeringsbeschermingsbepalingen. Daarnaast bestaan er pure investeringsbeschermingsovereenkomsten. Dit zijn over het algemeen eenvoudige en korte bilaterale overeenkomsten die specifiek een investeerder beschermen tegen oneerlijk of discriminatoir handelen van buitenlandse overheden of staatsbedrijven. Nederland heeft zo'n honderd IBO's met andere landen gesloten.

Een belangrijk onderdeel van IBO's is de geschillenbeslechting. Deze loopt meestal niet via de nationale rechter, maar via internationale arbitrage, de zogeheten Investor to State Dispute Settlement (ISDS). De investeerder kan dan proberen de schade te laten herstellen of een vergoeding te claimen. Uiteraard is het beter het geschil in onderling overleg op te lossen, omdat arbitragezaken in de regel lang duren en kostbaar zijn. Omdat ook overheden niet zitten te popelen om voor een internatio-

“Nederland heeft zo'n honderd IBO's met andere landen gesloten”

naal tribunaal te verschijnen, kan de aanwezigheid van een IBO helpen het geschil in onderling overleg op te lossen.

Hoewel het ISDS-stelsel nu onder druk staat, blijven IBO's nog steeds een belangrijk wapen tegen oneerlijk handelende overheden. Ook moeten de draconische maatregelen die overheden nu treffen om de (economische) gevolgen van de COVID-19-pandemie het hoofd te bieden, IBO-proof zijn.

Beroep doen op IBO

Zonder onderlinge overeenstemming of toepasselijke IBO is de investeerder bij geschillen aangewezen op de nationale rechtspraak van het land van investering. Vooral in minder ontwikkelde landen biedt dat niet altijd voldoende juridische bescherming, en dan ben je blij dat een zaak wordt afgedaan door een onafhankelijk internationaal tribunaal. Om maximaal gebruik te kunnen maken van IBO's, zou een investeerder dus vooraf kunnen nadenken over de vraag vanuit welke (buitenlandse) groepsvennootschap een investering wordt gedaan in een an-





der land. Vervolgens kun je besluiten zo'n investering juist wel of niet rechtstreeks via Nederland te doen. Momenteel is internationaal echter wel een trend waarneembaar dat enige *substance* (nexus) in het land van waaruit wordt geïnvesteerd, wenselijk is voor IBO-bescherming. Om een beroep op een Nederlandse IBO te kunnen doen, moet de Nederlandse investeerder dus in principe een investering doen in een land waarmee Nederland een IBO heeft gesloten. Naast investeringen zoals een fabriek, gebouw, installatie of kantoor, kwalificeren bijvoorbeeld ook aandelen in een buitenlandse groepsvennootschap als een investering. Als zo'n buitenlandse groepsvennootschap dan wordt benadeeld door de lokale (semi-)overheid daar, kun je een beroep doen op een IBO. Maar ook verstrekte vergunningen, licenties, subsidies, overeengekomen productiequota en contracten met de lokale (semi-)overheid worden als een investering beschouwd. Het exporteren van producten naar een ander land zonder verdere investering in dat land kwalificeert echter niet als een investering.

Onerlijke behandeling

Alle Nederlandse IBO's zijn gebaseerd op de Nederlandse Modelovereenkomst (de laatste versie stamt uit 2018, ter vervanging van de Modelovereenkomst uit 2004). De meeste IBO's bevatten non-discriminatiebepalingen en meestbegunstigingsclausules. Hierin is bepaald dat een investeerder of inwoner van het andere land niet ongunstiger wordt behandeld dan een investeerder of inwoner uit het eigen land, dan wel dat zo'n investeerder niet ongunstiger wordt behandeld dan een investeerder uit een derde land waarmee het eigen land een IBO heeft gesloten. Ook bevatten vrijwel alle IBO's een belangrijke bepaling over eerlijke behandeling (Fair and Equitable Treatment, FET) en onteigening. Veel IBO-procedures gaan over oneerlijke of discriminatoire behandeling - door de (lokale) overheid - van een dochtervennootschap (in het ene land) van de investeerder/aandeelhouder (in het andere land). Zo wordt er steeds vaker geprocedeerd onder een IBO vanwege een oneerlijke fiscale behandeling van de buitenlandse dochtermaatschappij. Hierbij kun je denken aan

het opleggen van volstrekt willekeurige belastingaanslagen, een onvolledige teruggaaf van omzetbelasting, plotselinge verhoging van tarieven of de implementatie van nieuwe (belasting)wetgeving met een excessieve terugwerkende kracht. Ook zijn vele procedures bekend over het eenzijdig wijzigen van vergunningen, subsidies en contracten door de (lokale) overheid, bijvoorbeeld het eenzijdig wijzigen van een exclusieve licentie in een niet-exclusieve licentie.

COVID-19-maatregelen

Veel landen hebben maatregelen getroffen om de gevolgen van de COVID-19-pandemie te bestrijden. Veel maatregelen zijn van financiële en fiscale aard. Zo kopen overheden bedrijven op, worden leningen verstrekt of gegarandeerd, uitsstel van belastingbetaling verleend, of subsidies verstrekt aan pandemie-strategische bedrijven of aan bedrijven die vanwege de pandemie in de problemen zijn geraakt. Ook nemen overheden protectionistische maatregelen die buitenlandse investeringen kunnen treffen. Zoals het introduceren van screeningmechanismen voor





buitenlandse investeerders en het aanscherpen van overname-eisen. De Europese Unie (EU) heeft de lidstaten opgeroepen zoveel mogelijk gebruik te maken van de bestaande mogelijkheden om te voorkomen dat bedrijven die cruciaal zijn in de bestrijding van de pandemie, worden opgekocht door bedrijven buiten de EU. Ook de G20 heeft zich uitgesproken om bedrijven en werknemers in het mkb te beschermen, en miljarden dollars in de wereldwijde economie te investeren om de gevolgen van de pandemie te bestrijden.

Hoewel al deze maatregelen worden genomen in het publieke belang en om de economische gevolgen van de pandemie te bestrijden, en IBO's uiteraard niet zijn bedoeld om dergelijke overheidsmaatregelen te ondermijnen, mogen de COVID-19-maatregelen in principe niet strijdig zijn met een toepasselijke IBO. Als een investeerder meent dat dit wel het geval is, lopen overheden het risico op een internationale arbitragezaak onder een

“De getroffen COVID-19-maatregelen kunnen strijdig zijn met het non-discriminatiebeginsel in een IBO”

IBO. De getroffen COVID-19-maatregelen kunnen strijdig zijn met het non-discriminatiebeginsel in een IBO; bijvoorbeeld als puur lokale bedrijven wel steun ontvangen, maar vergelijkbare bedrijven van buitenlandse investeerders niet. Ook kunnen de maatregelen strijdig zijn met het meestbegunstigingsbeginsel, het FET-beginsel of met de onteigeningsbepalingen in een IBO. Getroffen investeerders doen er goed aan hierop alert te zijn.

ISDS-procedure onder druk

Naast IBO's bestaan er ook vele FTA's, waarvan een aantal ook investeringsbeschermingshoofdstukken bevatten (bijvoorbeeld

die van de EU met Singapore, Canada en Vietnam). De in 2019 in werking getreden Economische Partnerovereenkomst tussen de EU en Japan bevat geen bepalingen inzake investeringsbescherming, maar de partijen onderhandelen momenteel nog over een afzonderlijke IBO.

De laatste jaren is er steeds meer kritiek op IBO's, ook in Nederland. Met name de voorgescreven ISDS-procedure, waarbij een onafhankelijk internationaal tribunaal het geschil beslecht, staat onder druk. Overheden voelen zich niet meer vrij, en willen bij het maken van beleid niet het risico lopen op miljardenclaims onder een ISDS-procedure. De nieuwe Nederlandse Modelovereenkomst uit 2018 bevestigt dan ook het recht van overheden om te reguleren in het publieke belang. Het ISDS-geschillenmechanisme is in deze nieuwe versie aangepast en het bevat nu ook afspraken op het gebied van duurzaamheid en maatschappelijk verantwoord ondernemen. Ook internationaal is deze trend zichtbaar. Steeds vaker voeren overheden, in het kader van bredere hervormingen binnen de internationale handelsovereenkomsten, hervormingen van de ISDS-procedure door. Daarnaast bestaan er plannen voor de oprichting van een multilateraal investeringshof (MIC), het verbeteren van de kwaliteit van arbiters en de introductie van het zogeheten Single Entry Point. Dit is een klachtenmechanisme voor bedrijven waarmee zij klachten bij de Europese Commissie kunnen aanbrengen ingeval van gebrekkige naleving door derde landen van hun verplichtingen onder handelsakkoorden met de EU.

Investerings structureren

Ondanks de kritiek op onderdelen van de huidige IBO's, blijft het voor investeerders belangrijk om, indien mogelijk, buitenlandse investeringen zodanig te structureren dat er een IBO van toepassing is. In geval van onrechtmatig overheids-handelen kun je dan een beroep doen op een IBO, en de eventuele schade verhalen op de buitenlandse overheid. Ook helpt de aanwezigheid van een IBO om een geschil in onderling overleg op te lossen. ●●●



Belasting met terugwerkende kracht

In de bekende Vodafone-zaak had India zijn Income Tax Act in 2012 met terugwerkende kracht tot 1962 gewijzigd. Hierdoor waren bedrijven zoals Vodafone alsnog over oude transacties Indiase belasting (meer dan 1 miljard US-dollar) verschuldigd. Het betrokken tribunaal oordeelde dat dit in strijd was met het FET-principe in de IBO tussen het Verenigd Koninkrijk en India; deze belasting kon dus niet geheven worden.