



Rapport

Datum: 26 november 2001
Rapportnummer: 2001/372

Klacht

Verzoekster klaagt erover dat de Minister van Economische Zaken zich onvoldoende heeft ingezet om een geschil over investeringen tussen verzoekster en de regering van Zuid-Afrika op te lossen.

Beoordeling

1. In deze zaak gaat het om de klacht van een aantal Nederlandse beleggers, verenigd in de Dutch Investors Group (DIG), over de opstelling van de Minister van Economische Zaken inzake een geschil tussen de DIG (verzoekster) enerzijds en de regering van Zuid-Afrika anderzijds. Volgens verzoekster heeft de Minister zich onvoldoende ingezet om dit geschil op te lossen.
2. Leden van verzoekster hebben in de eerste helft van de jaren negentig geld geïnvesteerd in Zuid-Afrika. Via een Zwitserse bemiddelaar, Equity Brokers Clearing (EBC), belegden zij in voornamelijk obligaties. In 1994 bleek dat EBC had gefraudeerd, en dat degenen die via EBC hadden geïnvesteerd hun geld kwijt waren.
3. Verzoekster heeft bij herhaling bij de Zuid-Afrikaanse autoriteiten aangedrongen op compensatie. Volgens haar lag vergoeding van de door haar leden geleden verliezen op de weg van de Zuid-Afrikaanse autoriteiten omdat die ernstig tekort waren geschoten op het punt van controle op de in Zuid-Afrika gevestigde financiële instellingen als EBC. In dat verband wees verzoekster ook op het rapport van een speciale Zuid-Afrikaanse onderzoekscommissie die in november 1996 aan de president van Zuid-Afrika had gerapporteerd dat het toezicht op financiële instellingen in Zuid-Afrika tekort was geschoten en dat de Zuid-Afrikaanse autoriteiten aanzienlijk meer hadden kunnen doen om de aandelen van buitenlandse investeerders te beschermen.
4. De Zuid-Afrikaanse regering stelde zich evenwel op het standpunt dat zij moreel noch wettelijk was gehouden de leden van verzoekster te compenseren voor de schade die zij hadden geleden als gevolg van de handelwijze van EBC. Volgens de regering van Zuid-Afrika bracht de op 1 mei 1999 in werking getreden Investerings Beschermings Overeenkomst (IBO) tussen Nederland en Zuid-Afrika daarin geen verandering.
5. Verzoekster drong er vervolgens bij de Minister van Economische Zaken op aan om deze kwestie met de Zuid-Afrikaanse autoriteiten te bespreken. Zij stelde zich daarbij op het standpunt dat de Zuid-Afrikaanse autoriteiten zich niet hielden aan de bepalingen van de IBO, en zij vroeg zich in dat verband af of Nederland niet eenzijdig de IBO zou moeten opzeggen.
6. De Minister van Economische Zaken stelde zich in haar reactie aan verzoekster op het standpunt dat het hier niet ging om een geschil waarbij de Nederlandse overheid is

betrokken, en dat de bemoeienis van de Nederlandse overheid daarom uitsluitend kan bestaan uit het "verlenen van goede diensten". Dit laatste was volgens de Minister nadrukkelijk en herhaaldelijk gebeurd door zowel de Nederlandse ambassade te Pretoria, Zuid-Afrika, als door Nederlandse bewindspersonen in contacten met Zuid-Afrikaanse collega's. Voorts wees de Minister verzoekster op de mogelijkheden die de IBO aan investeerders biedt.

7. In het kader van het onderzoek van de Nationale ombudsman herhaalde de Minister haar standpunt dat de rol van de Nederlandse overheid bij een investeringsgeschil tussen een investeerder en de andere verdragspartij waarop een IBO van toepassing is, zich beperkt tot het verlenen van goede diensten en het vragen van aandacht bij de andere verdragspartij voor de zaak van de Nederlandse ondernemer. Zij gaf daarbij een toelichting op de betekenis van de met Zuid-Afrika gesloten IBO, op de mogelijkheden die verzoekster zelf heeft op basis van de IBO, en op de inspanningen van de Nederlandse overheid om de zaak van verzoekster onder de aandacht te brengen van de Zuid-Afrikaanse autoriteiten.

8. De IBO tussen Nederland en Zuid-Afrika en Nederland is op 1 mei 1999 in werking getreden (zie Achtergrond). Op grond van artikel 10 van de IBO zijn de bepalingen van de IBO ook van toepassing op investeringen die vóór die datum zijn gedaan. Dit betekent dat verzoekster voor haar investeringen in Zuid-Afrika een beroep kan doen op de IBO.

9. Artikel 9 van de IBO biedt een investeerder de mogelijkheid een juridisch geschil met een verdragspartij dat niet in der minne is geschikt, te onderwerpen aan internationale arbitrage. In dit artikel zijn in dat verband drie alternatieve procedures genoemd. Indien de investeerder enerzijds en de betrokken verdragspartij anderzijds geen overeenstemming bereiken over de te volgen procedure, wordt het geschil onderworpen aan de procedure waaraan de investeerder de voorkeur geeft. In het vierde lid van dit artikel is bepaald dat elke verdragsluitende partij onvoorwaardelijk instemt met de onderwerping van een geschil aan internationale arbitrage.

10. Artikel 12 van de IBO voorziet in de mogelijkheid geschillen over de uitlegging of de toepassing van de IBO op verzoek van één van beide verdragsluitende partijen voor te leggen aan een uit drie leden samengesteld scheidsgerecht. De uitspraak van het scheidsgerecht is onherroepelijk en bindend voor beide partijen.

11. Volgens verzoekster dient de Nederlandse overheid een procedure als bedoeld in artikel 12 van de IBO te starten omdat de Zuid-Afrikaanse regering zich blijkens haar houding in deze kwestie niets aantrekt van de bepalingen van de IBO.

12. In de onderhavige zaak speelt de vraag of de Zuid-Afrikaanse regering is gehouden tot compensatie van de verliezen die leden van verzoekster hebben geleden bij het doen van investeringen in Zuid-Afrika. De Zuid-Afrikaanse regering heeft zich, zoals onder 4.

aangegeven, op het standpunt gesteld dat dit niet het geval is. Verzoekster is daarentegen van mening dat de Zuid-Afrikaanse autoriteiten haar leden wèl behoren te compenseren.

13. Het verschil van mening tussen verzoekster en de Zuid-Afrikaanse regering kan niet anders worden geïdentificeerd dan als een juridisch geschil tussen hen. Van een geschil tussen Zuid-Afrika enerzijds en Nederland anderzijds is in dit geval geen sprake. De Minister heeft verzoekster daarom terecht gewezen op de mogelijkheid zelf een procedure tegen Zuid-Afrika te starten op grond van artikel 9 van de IBO. Tegelijkertijd heeft zij zich terecht op het standpunt gesteld dat er voor de Nederlandse regering geen aanleiding bestaat een procedure op grond van artikel 12 van de IBO te beginnen tegen Zuid-Afrika.

14. Het gegeven dat er voor de Nederlandse regering geen aanleiding is een formele procedure tegen Zuid-Afrika te starten, laat onverlet dat van haar mag worden verwacht dat zij zich voldoende inspant om de belangen van Nederlandse investeerders te behartigen.

15. De Minister heeft aangegeven dat van de kant van de Nederlandse overheid voldoende is ondernomen om de kwestie van verzoekster onder de aandacht te brengen van de Zuid-Afrikaanse autoriteiten.

16. Uit het onderzoek is gebleken dat de ambassadeur van Nederland in Pretoria de kwestie op 9 mei 1997 persoonlijk met de Zuid-Afrikaanse Staatssecretaris van Financiën heeft besproken, dat de Staatssecretaris van Economische Zaken de zaak op 4 maart 1999 schriftelijk aan de ambassadeur van Zuid-Afrika in Den Haag heeft voorgelegd, en dat de Staatssecretaris van Economische Zaken de kwestie op 14 juli 1999 heeft besproken tijdens een ontmoeting met de ambassadeur van Zuid-Afrika.

17. Gezien de onder 16. bedoelde activiteiten kan in redelijkheid niet worden gezegd dat de Nederlandse overheid zich onvoldoende heeft ingespannen om de onderhavige kwestie op gepaste wijze onder de aandacht te brengen van de Zuid-Afrikaanse autoriteiten. Het feit dat deze inspanningen niet hebben geleid tot een wijziging van het standpunt van de Zuid-Afrikaanse autoriteiten kan de Nederlandse overheid niet worden aangerekend.

18. Voorts bestaat er geen reden de Minister te verwijten dat zij niet is ingegaan op de suggestie van verzoekster om de IBO met Zuid-Afrika eenzijdig op te zeggen. De IBO biedt immers wel degelijk waarborgen voor Nederlandse investeerders, zoals de mogelijkheid om op grond van artikel 9 een procedure te starten tegen de staat waarin investeringen zijn gedaan. Het enkele gegeven dat de Zuid-Afrikaanse autoriteiten zich niet gehouden achten de schade van de leden van verzoekster te vergoeden, vormt geen grond voor eenzijdige opzegging van de IBO door Nederland.

De onderzochte gedraging is behoorlijk.

Conclusie

De klacht over de onderzochte gedraging van de Minister van Economische Zaken is niet gegrond.

Onderzoek

Op 19 maart 2001 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift, gedateerd 15 maart 2001, van de Dutch Investors Group (DIG), ingediend door de heer K. te Volendam, met een klacht over een gedraging van de Minister van Economische Zaken.

Verzoekster had zich al eerder, bij brief van 5 november 2000, met een verzoekschrift tot de Nationale ombudsman gewend. Haar verzoek voldeed toen echter niet aan het kenbaarheidsvereiste als neergelegd in artikel 12, tweede lid, van de Wet Nationale ombudsman, zodat haar klacht niet in onderzoek werd genomen.

Naar aanleiding van verzoeksters brief van 15 maart 2001 werd naar deze gedraging een onderzoek ingesteld.

In het kader van het onderzoek werd de Minister van Economische Zaken verzocht op de klacht te reageren en een afschrift toe te sturen van de stukken die op de klacht betrekking hebben. Daarbij werden de Minister enkele specifieke vragen gesteld.

Vervolgens werd verzoekster in de gelegenheid gesteld op de verstrekte inlichtingen te reageren.

Het resultaat van het onderzoek werd als verslag van bevindingen gestuurd aan betrokkenen.

De reactie van verzoekster gaf aanleiding het verslag op enkele punten aan te passen.

De Minister liet weten zich met de inhoud van het verslag te kunnen verenigen.

Bevindingen

De bevindingen van het onderzoek luiden als volgt:

A. feiten

1. Leden van verzoekster investeerden in het begin van de jaren negentig via de Zwitserse bemiddelaar Equity Brokers Clearing (EBC) geld in voornamelijk Zuid-Afrikaanse obligaties.

2. Het kantoor in Zwitserland van EBC werd in 1994 door de Zwitserse autoriteiten gesloten in verband met beleggingsfraude in Zuid-Afrika. Degenen die via EBC in Zuid-Afrika hadden geïnvesteerd - onder wie leden van verzoekster - waren hun geld kwijt.

3. Verzoekster drong vanaf 1995 bij de Zuid-Afrikaanse autoriteiten aan op compensatie van de door haar leden geleden schade. In februari 1996 voerden vertegenwoordigers van verzoekster een gesprek met de Minister van Financiën van Zuid-Afrika. Tijdens dit gesprek liet verzoekster weten van oordeel te zijn dat zij financieel was gedupeerd door de ernstig tekort schietende controle door de Zuid-Afrikaanse autoriteiten op de in Zuid-Afrika gevestigde financiële instellingen.

4. Mede in verband met de kritiek van verzoekster gaf de Zuid-Afrikaanse regering de zogenoemde Nel-Commissie - een commissie onder voorzitterschap van de Zuid-Afrikaanse rechter Nel die tot taak heeft onderzoek te doen naar financiële zaken - opdracht de gang van zaken rond de fraude door EBC te onderzoeken.

5. De Nel-Commissie rapporteerde op 1 november 1996 aan de president van Zuid-Afrika. In haar rapport stelde zij onder meer het volgende:

"4. CONCLUSIONS

(...)

4.4 The respective South African authorities acted on their own with little co-operation, liaison or information sharing. Had there been one central structure which could have controlled and directed these investigations, the problems addressed in this report could have been handled much more effectively and efficiently.

(...)

4.9 From a moral point of view the South African authorities could have done substantially more in their efforts to protect the assets of foreign investors, be it because they failed to properly act on the warnings and requests from abroad or because they did not have the necessary powers in terms of existing legislation. A major factor also appears to be the fragmentation of supervision in South Africa and the fact that no mechanism existed whereby the FSB (Financial Services Board; N.o.) could have been alerted to the activities of entities, such as EBC, which carried on business without being registered..."

6. Onder verwijzing naar de conclusies van de Nel-Commissie bleef verzoekster in de daarop volgende jaren aandringen op compensatie van de door haar geleden verliezen.

Tot enig concreet resultaat voor verzoekster leidde dit niet.

7. Nadat op 1 mei 1999 de Investerings Beschermings Overeenkomst (IBO; zie Achtergrond) tussen Nederland en Zuid-Afrika in werking was getreden, diende verzoekster op 14 mei 1999 via de ambassadeur van Zuid-Afrika bij de Zuid-Afrikaanse regering opnieuw een verzoek in om compensatie van de door haar leden geleden verliezen.

8. Na verschillende gesprekken tussen onder anderen vertegenwoordigers van verzoekster en de ambassadeur van Zuid-Afrika en tussen de Staatssecretaris van Financiën en bedoelde ambassadeur liet de Zuid-Afrikaanse ambassade verzoekster bij brief van 19 juni 2000 het standpunt van de Zuid-Afrikaanse regering weten.

In de brief aan verzoekster is het volgende gesteld:

"...The South African Government is unable to offer any compensation to the Dutch Investors Group (DIG) for the reasons that it has found:

- * No explicit or tacit agreement between the South African Government and the DIG to the effect that the former will pay compensation in the event that the latter suffers losses not caused by the South African government while investing in South Africa;

- * No factual or legal ground for the compensation by the DIG;

- * That it is neither morally nor legally liable to compensate any investor on account of loss suffered in consequence of the activities of EBC;

- * The "Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments" between the Republic of South Africa and the Kingdom of the Netherlands (de IBO; N.o.) which entered into force on 1 May 1999, did not change the position;

- * For any Government, to act as guarantor of last resort in such circumstances, in a modern international financial environment would create an undesirable and untenable precedent..."

9. Bij brief van 19 september 2000 richtte verzoekster zich tot de Minister van Economische Zaken. Zij schreef haar onder meer het volgende:

"Uit de pers hebben wij vernomen dat u medio oktober a.s., met in uw kielzog een grote handelsdelegatie, Zuid-Afrika zal gaan bezoeken teneinde de wederzijdse handel en investeringen te bevorderen. Gelet hierop richt (...) de Dutch Investors Group zich tot u met het verzoek deze onverkwikkelijke zaak met de autoriteiten in Pretoria te bespreken aangezien Zuid-Afrika zich totaal niets aantrekt van een overeenkomst welke zij met Nederland heeft gesloten.

Mede gelet op het vorenstaande heeft het er dan ook alle schijn van dat Zuid-Afrika de overeenkomst met Nederland slechts heeft afgesloten met het doel twijfelende investeerders over de streep te trekken. Hun gedane investeringen zijn toch immers krachtens de overeenkomst verzekerd!

Nu onze groepsleden in redelijkheid hadden mogen verwachten dat iedere zichzelf respecterende natie zich houdt aan de bepalingen in een overeenkomst die zij nota bene zelf hebben gewild, voelen onze leden zich moreel verplicht binnenkort investeerders in spe middels de (internationale) pers te waarschuwen voor de grote financiële risico's welke een investering in Zuid-Afrika met zich meebrengt.

Verder vragen onze groepsleden zich af of de Nederlandse regering de afgesloten IBO met Zuid-Afrika niet éézijdig dient op te zeggen nu deze overeenkomst van nul en generlei waarde blijkt te zijn. De Nederlandse regering kan en mag haar burgers toch niet bewust zand in de ogen strooien."

10. De Minister van Economische Zaken reageerde bij brief van 11 oktober 2000 als volgt:

"...Met uw brief van 19 september jl. vraagt u mijn aandacht voor een geschil tussen de Dutch Investors Group en de Zuid-Afrikaanse autoriteiten. Ik heb mij over dit al lang lopende dossier laten informeren en ik heb geconstateerd dat, ondanks de inspanningen die door uw groep en vanuit de Nederlandse overheid zijn verricht, er geen oplossing voor het geschil is gekomen. De Zuid-Afrikaanse overheid heeft nadrukkelijk het standpunt ingenomen zich niet verantwoordelijk te achten voor de door uw groep geleden verliezen.

Omdat de Nederlandse overheid geen partij in dit geschil is, kan de bemoeienis van de Nederlandse overheid geen andere zijn, dan het verlenen van goede diensten, door bijvoorbeeld het onder de aandacht brengen van het probleem bij de Zuid-Afrikaanse overheid. Dat is nadrukkelijk en herhaaldelijk gebeurd, zowel door de Nederlandse ambassade te Pretoria, als door Nederlandse bewindspersonen in contacten met Zuid-Afrikaanse collegae, echter zonder tastbaar resultaat. Nu de inspanningen van de Nederlandse overheid niets hebben opgeleverd en de Zuid-Afrikaanse overheid nadrukkelijk heeft laten weten geen verantwoordelijkheid te aanvaarden voor de verliezen van uw groep, lijkt de rol van de Nederlandse overheid op dit punt uitgespeeld en lijken verdere acties op dit gebied op voorhand tot mislukken gedoemd.

Het bovenstaande neemt overigens niet weg dat de Dutch Investors Group wellicht zelfstandige mogelijkheden heeft om een geschil aan een juridische procedure te onderwerpen bij de Zuid-Afrikaanse gerechtelijke instanties. U noemt de tussen Nederland en Zuid-Afrika gesloten investeringsbeschermingsovereenkomst (IBO).

Dat verdrag voorziet in een zelfstandig recht van de investeerder om een geschil betreffende investeringen die onder het verdrag vallen aan onpartijdige internationale

geschillenbeslechting voor te leggen. Of de IBO in dit specifieke geval de gewenste bescherming biedt is niet zonder meer op voorhand te zeggen, maar dat zal bij een dergelijke procedure blijken. Daarbij blijf ik van mening dat de IBO tussen beide landen een overeenkomst is waar investeerders uit beide landen die op het grondgebied van het andere land investeren zeker baat bij kunnen hebben..."

11. Verzoekster richtte zich bij brief van 5 november 2000 tot de Nationale ombudsman met het verzoek de Minister van Economische Zaken te benaderen teneinde haar te verzoeken de door haar aan de orde gestelde problematiek op veel krachtadiger wijze onder de aandacht te brengen van de Zuid-Afrikaanse autoriteiten.

12. Naar aanleiding van verzoeksters brief van 5 november 2000 - die door de Nationale ombudsman ter voldoening aan het kenbaarheidsvereiste werd doorgestuurd naar de Minister - organiseerde de Minister op 16 januari 2001 een hoorzitting. Bij die gelegenheid kreeg verzoekster de mogelijkheid haar standpunt toe te lichten.

13. Bij brief van 5 maart 2001 deelde de Minister het volgende mee aan verzoekster:

"...In de IBO tussen Nederland en Zuid-Afrika, die op 1 mei 1999 in werking is getreden, en waarvan de tekst u bekend is, wordt voorzien in bepalingen die rekening houden met twee soorten van geschillen. In het ene geval betreft het een geschil tussen een investeerder en de andere verdragspartij op wiens grondgebied geïnvesteerd is (artikel 9 IBO). In het andere geval gaat het om een geschil tussen de twee verdragspartijen onderling (artikel 12 IBO). In het onderhavige geval gaat het om een geschil tussen de DIG en de Zuid-Afrikaanse overheid en niet om een geschil tussen beide overheden. Ter beslechting van het geschil tussen de DIG en Zuid-Afrika kunnen de twee partijen bij het geschil besluiten dat een beroep worden gedaan op artikel 9 van de IBO.

In de IBO zijn in artikel 9 expliciet mogelijkheden geschapen voor investeerders om zelf onder het verdrag op te treden en actie te ondernemen om er aan bij te dragen een geschil op te lossen. Een investeerder heeft het recht om, indien een geschil met een land, i.c. Zuid-Afrika, niet vriendschappelijk kan worden opgelost, internationale arbitrage te vragen bij de in het verdrag genoemde fora. De Zuid-Afrikaanse overheid kan haar medewerking aan een arbitrage procedure niet weigeren. Op die mogelijkheid is u herhaaldelijk gewezen, onder meer in telefoongesprekken met mijn ambtenaren. Ik constateer echter dat de DIG die mogelijkheden niet heeft benut. Dat als gevolg daarvan de Nederlandse overheid nu klaarblijkelijk wordt verweten dat het geschil niet wordt opgelost, is mijns inziens niet terecht. Ik zie hier niet alleen een reële optie voor de DIG om onder het verdrag tot actie over te gaan, maar ook een eigen verantwoordelijkheid, nu deze mogelijkheid onder het verdrag is gecreëerd.

Uit de bovengenoemde hoorzitting blijkt dat de DIG niet voor de mogelijkheid van arbitrage kiest, omdat de DIG er geen vertrouwen in heeft dat Zuid-Afrika een uitspraak in een

geschil zal respecteren. Deze aannname vloeit klaarblijkelijk voort uit uw visie dat Zuid-Afrika de IBO niet naleeft, omdat Zuid-Afrika niet binnen de termijnen genoemd in artikel 9 van de IBO heeft meegewerkt aan de vriendschappelijke oplossing van een geschil. Ik deel uw mening niet dat nu de termijnen van artikel 9 verstreken zijn, zonder dat het geschil is opgelost, dit een schending van het verdrag op zou leveren. Het verdrag schrijft geen verplichting voor zulks te doen. Wel geeft het verstrijken van de termijnen in artikel 9 de investeerder de mogelijkheid om verder onder artikel 9 op te treden en internationale arbitrage te vragen aan een van de instanties die in het verdrag genoemd zijn, waarbij de investeerder het laatste woord heeft als het gaat om de vraag aan welke instantie het geschil zal worden voorgelegd.

De Nederlandse overheid kan overigens bij een geschil tussen een investeerder en de andere verdragspartij wel haar goede diensten aanbieden, bijvoorbeeld door bij de andere overheid om aandacht voor een geschil te vragen. Dat is in dit concrete geval door de Nederlandse overheid in ruime mate gedaan, zowel op ambtelijk als politiek niveau. Staatssecretaris Ybema en zijn ambtsvoorganger mevrouw Van Dok, evenals de Nederlandse ambassade te Pretoria, hebben herhaaldelijk bij de Zuid-Afrikaanse autoriteiten om aandacht voor uw geschil gevraagd. U bent daarover eerder geïnformeerd. (...)

Ik ben van mening dat de Nederlandse overheid zich naar vermogen voor de zaak van de DIG heeft ingespannen.

Uw conclusie dat, nu uw geschil met Zuid-Afrika nog niet is opgelost, de IBO tussen beide landen moet worden opgezegd, acht ik niet verdedigbaar. Niet alleen zou daarmee de bescherming, die het verdrag biedt aan andere Nederlandse investeerders in Zuid-Afrika, worden ontzegd (en vice versa), maar ook zouden daarmee de betrekkingen met Zuid-Afrika wellicht geschaad worden. Er is immers geen sprake van een patroon van inbreuken op de bepalingen van de IBO. Ik zal derhalve niet op uw suggestie ingaan..."

14. Verzoekster richtte zich ook tot de Vaste Commissie voor Economische Zaken van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. De vragen die daarop vanuit deze vaste commissie aan de Minister werden gesteld, werden door de Minister beantwoord bij brieven van 15 februari 2001, 12 maart 2001 en 5 april 2001. In deze brieven informeerde de Minister de Voorzitter van genoemde commissie in vergelijkbare zin als waarin zij verzoekster had geïnformeerd.

B. Standpunt verzoekster

Het standpunt van verzoekster is samengevat weergegeven onder Klacht.

In haar verzoekschrift, gedateerd 15 maart 2001, stelde zij onder meer het volgende:

"...Onze groep bestrijdt dat de Minister geen partij is in deze omdat het niet alleen een geschil betreft tussen de DIG en de Zuid-Afrikaanse regering, maar ook tussen de beide Verdragsluitende Partijen. Doordat de Zuid-Afrikaanse regering in het geheel niet inhoudelijk op de bepalingen in de afgesloten IBO is ingegaan, en deze derhalve terzijde heeft geschoven, heeft zij het verdrag met Nederland geschonden als gevolg waarvan de Nederlandse regering óók een geschil met Zuid-Afrika heeft en dus een partij is in deze zaak.

(...)

De Minister stelt verder in haar antwoord aan zowel de vaste Kamercommissie alsook in haar antwoord aan de DIG dat de DIG niet voor arbitrage kiest omdat de DIG geen vertrouwen heeft dat Zuid-Afrika een uitspraak in een geschil zal respecteren. Deze aanname is volgens de Minister gebaseerd op het feit dat Zuid-Afrika niet binnen 3 maanden, na het indienen van onze claim, heeft gereageerd.

Gedurende de hoorzitting, alsook in onze reactie op het verslag van 8 februari jl., heeft onze groep de Minister duidelijk gemaakt dat wij weliswaar geen enkele gegronde reden hebben om aan te nemen waarom Zuid-Afrika zich nu plotseling wél aan welke uitspraak dan ook zal houden, doch dat deze aanname is gebaseerd op onze ervaringen met de Zuid-Afrikaanse regering waar het zich houden aan de aanbeveling (in het Nel-rapport) en verdragen betreft!

In laatstgenoemd verband merkt onze groep op dat de Zuid-Afrikaanse regering zich allereerst niets heeft aangetrokken van de aanbeveling, m.b.t. een compensatie van onze geleden verliezen, in het onderzoeksrapport van haar eigen (onafhankelijke) Nel-Commissie. Vervolgens hield Zuid-Afrika zich niet aan de termijn van 3 maanden waarbinnen zij krachtens een bepaling in de IBO op onze claim diende te reageren en, last but not least, heeft zij de IBO geheel terzijde geschoven als gevolg waarvan (zoals gezegd) er hier sprake is van een schending van het onderhavige met Nederland afgesloten verdrag!

(...)

Gelet op het voorgaande, is de gedachte van de Minister dat wij geen procedure onder artikel 9 van de IBO zijn begonnen, omdat Zuid-Afrika zich alleen niet aan de bovenbedoelde termijn van 3 maanden zou hebben gehouden, vanzelfsprekend niet overeenkomstig de werkelijkheid. Omdat de Minister kennis heeft genomen van de inhoud en aanbeveling van het Nel-rapport, alsmede dat zij in haar antwoorden aan zowel de vaste Kamercommissie van 15 februari en 12 maart jl., alsook in haar antwoord van 5 maart 2001 aan de DIG, in het geheel niet is ingegaan op onze reactie van 8 februari 2001, is er hier klaarblijkelijk eerder sprake van het niet willen weten dan van het niet kunnen weten m.b.t. onze standpunten ten deze.

(...)

Nu uit het vorenstaande blijkt dat de bemoeienissen van de Minister naar eigen zeggen niets anders is geweest dan het onder de aandacht brengen van het geschil bij de Zuid-Afrikaanse autoriteiten, alsmede dat zij tegen beter weten in van mening blijft dat de IBO een overeenkomst is waar investeerders uit beide landen, die op het grondgebied van het andere land investeren, zeker baat bij **kunnen** hebben, mag niet alleen worden afgeleid dat de Minister tot op heden niet heeft gedaan wat zij krachtens het verdrag had behoren te doen maar misleidt zij zowel huidige als toekomstige investeerders door deze geheel ten onrechte voor te houden dat hun investeringen in Zuid-Afrika door de bestaande IBO zijn beschermd..."

Voorts merkte verzoekster op dat de Minister klaarblijkelijk van mening is dat de belangen van bepaalde Nederlandse burgers ondergeschikt zijn aan de betrekkingen met Zuid-Afrika. In dat verband wees zij erop dat de Minister had laten weten wél te zullen ingrijpen wanneer bijvoorbeeld het bezit van Nederlandse boeren in Zimbabwe zou worden genationaliseerd.

C. Standpunt MINISTER

1. De Minister van Economische Zaken ging in haar reactie in het kader van het onderzoek van de Nationale ombudsman eerst in op de rol van de Nederlandse overheid in de kwesties als de onderhavige. Zij stelde in dat verband het volgende:

"...De rol van de Nederlandse overheid beperkt zich bij een investeringsgeschil tussen een investeerder en de andere verdragspartij (i.c. verzoekster en Zuid-Afrika), waarop een IBO van toepassing is, tot het verlenen van goede diensten en aandacht vragen bij de andere verdragspartij voor de zaak van de Nederlandse investeerder. Ik wil dat toelichten.

Met Zuid-Afrika is een IBO gesloten, die op 1 mei 1999 inwerking is getreden. Deze overeenkomst heeft ook betrekking op investeringen die gedaan zijn vóór de inwerkingtreding van het verdrag. In deze IBO staan alle beginselen waaraan Nederland wat betreft een IBO hecht, zoals nationale behandeling, meest gunstige behandeling ten opzichte van investeerders uit derde landen (Most Favoured Nation -MFN), een vrije en onbelemmerde transfer, een adequate vergoeding bij onteigening en toegang voor investeerders van de ene verdragspartij tot onpartijdige internationale geschillenbeslechting bij een investeringsgeschil met de andere verdragspartij op wiens grondgebied geïnvesteerd is. (...)

Zuid-Afrika heeft de claim van verzoekster afgewezen en heeft verklaard zich niet verantwoordelijk te voelen voor de verliezen van verzoekster. Deze claim bestaat los van het bestaan van de IBO. Verzoekster heeft wel het recht zich te beroepen op de IBO tussen Nederland en Zuid-Afrika, maar een beroep op de IBO impliceert niet dat

Zuid-Afrika verplicht is elke claim onder dat verdrag te honoreren. Nu Zuid-Afrika de juridische verantwoordelijkheid voor de verliezen van verzoekster afwijst, heeft verzoekster het recht om gebruik te maken van de mogelijkheden die de IBO met dat land aan een investeerder biedt. Voorop staat dat Zuid-Afrika is gebonden aan de IBO met Nederland en de IBO met Nederland dus niet terzijde kan schuiven. Naar mijn beste weten is dat ook niet gebeurd. Zuid-Afrika heeft de claim van verzoekster afgewezen. Dat doet echter niets af aan het recht van verzoekster om met de IBO in de hand juridische stappen te nemen.

Een bijzonderheid van een IBO is namelijk dat het verdrag rechtstreeks rechten aan een investeerder toekent om zelf onder het verdrag op te treden. De IBO met Zuid-Afrika kent de mogelijkheid om een geschil tussen een investeerder en de andere verdragspartij op te lossen (hiervoor staan drie maanden), maar een verplichting hiertoe voor de partijen bij het geschil bestaat niet. Het gegeven dat een geschil niet binnen de termijn van drie maanden minnelijk wordt geschikt levert dan ook geen verdragsschending op. Wel heeft een investeerder dan het recht een procedure inzake onpartijdige internationale geschillenbeslechting te starten (artikel 9 van de IBO) bij de in het verdrag genoemde fora, bijvoorbeeld bij het Internationale Centrum voor de Beslechting van Investeringsgeschillen (ICSID) te Washington. Het ICSID is gelieerd aan de Wereldbank. De betreffende verdragspartij met wie het geschil bestaat, i.c. Zuid-Afrika, kan haar medewerking aan een arbitrageprocedure onder artikel 9 van de IBO niet weigeren. De Nederlandse overheid heeft overigens evenmin de mogelijkheid om een investeerder daarvan te weerhouden, zo Nederland dat al zou willen.

Een groot voordeel van een procedure bij het ICSID is, dat een uitspraak van het ICSID bindend is voor de partijen bij het geschil (i.c. verzoekster en de Zuid-Afrikaanse staat) en uitvoerbaar is in alle landen die de ICSID Conventie geratificeerd hebben. In dit concrete geval zou verzoekster met een voor haar gunstige uitspraak van het ICSID in de hand bijvoorbeeld beslag kunnen leggen op banktegoeden van Zuid-Afrika (ook buiten dat land), een Zuid-Afrikaans vliegtuig aan de ketting kunnen laten leggen, of beslag leggen op exportgoederen van Zuid-Afrika. Dat Zuid-Afrika zich niet aan de IBO gebonden zou achten of zich niet zou houden aan een uitspraak van een internationaal rechtscollege, is overigens niet gebleken. De stelling van verzoekster dat men van een procedure bij het ICSID afziet, omdat men ervan uitgaat dat Zuid-Afrika zich niet aan een uitspraak van het ICSID zou houden, houdt derhalve m.i. geen stand.

Nel-comissie

De zogenoemde Nel-Commissie, die de zaak van de Equity Brokers Group heeft onderzocht, komt onder meer tot de volgende conclusie: "From a moral point of view the South African authorities could have done substantially more in their efforts to protect the assets of foreign investors, be it because they failed to properly act on the warnings and requests from abroad or because they did not have the necessary powers in terms of existing legislation. A major factor also appears to be the fragmentation of supervision in

South Africa and the fact that no mechanism existed whereby the FSB (Financial Services Board) could have been alerted to the activities of entities, such as EBC (Equity Brokers Clearing), which carried on business without being registered." Juridische aansprakelijkheid van Zuid-Afrika voor de verliezen van verzoekster wordt door deze adviescommissie niet vastgesteld. Of het causaal verband tussen het verlies van verzoekster en het (gebrek aan) optreden van de Zuid-Afrikaanse overheid voldoende is voor juridische aansprakelijkheid van de Zuid-Afrikaanse overheid in dit geval en of het ICSID ten gunste van verzoekster zou beslissen in deze procedure, is niet op voorhand aan te geven..."

2. In antwoord op de vraag van de Nationale ombudsman naar de activiteiten die door de Minister waren ondernomen om de aandacht van de Zuid-Afrikaanse autoriteiten te vestigen op de onderhavige kwestie deelde de Minister het volgende mee:

"...De Nederlandse overheid heeft bij verschillende gelegenheden aandacht gevraagd bij de Zuid-Afrikaanse autoriteiten voor de zaak van verzoekster. Dit moge onder meer blijken uit de volgende (...) afschriften van daarover gevoerde correspondentie:

- een brief van HM Ambassadeur te Pretoria aan verzoekster van 9 mei 1997, waarmee verzoekster op de hoogte wordt gesteld van een gesprek van de Nederlandse ambassadeur in Zuid-Afrika met de Zuid-Afrikaanse autoriteiten
- een brief van Staatssecretaris Ybema van 4 maart 1999 aan de Zuid-Afrikaanse ambassadeur te Den Haag, waarin gevraagd wordt om aandacht voor het geschil;
- een brief van de Zuid-Afrikaanse ambassadeur te Den Haag aan Staatssecretaris Ybema van 12 april 1999, waarin de Zuid-Afrikaanse autoriteiten het Zuid-Afrikaanse standpunt naar aanleiding van de brief van staatssecretaris Ybema van 4 maart uiteenzetten;
- een brief van Staatssecretaris Ybema aan verzoekster van 2 september 1999, waarin zij op de hoogte wordt gesteld van het feit dat de Nederlandse overheid 'hun zaak verschillende keren heeft opgebracht bij de Zuid-Afrikaanse autoriteiten', maar dat 'de mogelijkheden van de Nederlandse overheid om in dit stadium een verdere rol te spelen beperkt zijn'.

Daarnaast is overigens ook bij andere voorkomende gelegenheden in informele contacten op zowel ambtelijk als politiek niveau aandacht voor deze zaak gevraagd bij de Zuid-Afrikaanse autoriteiten. Deze contacten zijn echter niet gedocumenteerd.

Zoals gesteld is de Nederlandse overheid geen partij bij dit geschil en beperkt de rol van de Nederlandse overheid zich bij een geschil tussen een investeerder en de andere verdragspartij op wiens grondgebied hij geïnvesteerd heeft, i.c. verzoekster en Zuid-Afrika, tot het verlenen van goede diensten en aandacht vragen voor de zaak van de Nederlandse investeerder. Wat betreft dit geschil ben ik van mening dat de Nederlandse overheid zich

steeds naar behoren heeft ingespannen deze goede diensten te verlenen. De Nederlandse overheid heeft op verschillende niveaus en bij meerdere gelegenheden bij de Zuid-Afrikaanse overheid om aandacht voor de zaak van verzoekster gevraagd. De expliciete, stelselmatige en categorische afwijzing door de Zuid-Afrikaanse overheid van de claim van verzoekster over een lengte van jaren (...) zijn voldoende aanleiding om aan te nemen dat verdere acties van de zijde van de Nederlandse overheid op voorhand gedoemd zijn te mislukken dan wel neer zouden komen op een herhaling van zetten.

De stelling van verzoekster in verschillende brieven, dat ik met twee maten meet bij vergelijking van de situatie in Zimbabwe en Zuid-Afrika, is onjuist. Ook in Zimbabwe is er sprake van een geschil tussen investeerders en een staat, i.c. Zimbabwe, waarbij de rol van de Nederlandse overheid beperkt blijft tot het vragen van aandacht voor de kwestie en het verlenen van goede diensten, zoals het adviseren aan investeerders wat voor rechten zij onder de IBO met dat land hebben en wat voor mogelijkheden zij hebben om zelf onder het verdrag op te treden..."

3. Voorts gaf de Minister een toelichting op de betekenis van de IBO met Zuid-Afrika:

"...Met de IBO met Zuid-Afrika worden, zoals gesteld, aan de Nederlandse investeerder in Zuid-Afrika zekerheden geboden, die hij zonder het verdrag niet zou hebben. De kern van het verdrag is dat een Nederlandse investeerder in Zuid-Afrika niet gediscrimineerd wordt, noch ten opzichte van Zuid-Afrikaanse investeerders, noch ten opzichte van investeerders uit andere derde landen. Daarnaast worden hen de zekerheden (geen garanties) toegekend zoals hierboven omschreven. Een IBO beschermt echter niet tegen de normale risico's van het ondernemen, tegen het in zee gaan met de verkeerde partners, tegen de gevolgen van crimineel gedrag enzovoort.

In de meeste gevallen zal het niet nodig zijn om een beroep op de IBO te doen. In die zin is de IBO een vangnet voor het geval het echt misgaat. De stelling "dat de IBO tussen beide landen een overeenkomst is waar investeerders uit beide landen die op het grondgebied van het andere land investeren zeker baat bij hebben", is een directe reactie geweest op de stelling van verzoekster dat de IBO tussen beide landen moet worden opgezegd, omdat de Zuid-Afrikaanse overheid zich niet aan het verdrag zou houden. Verzoekster trekt die conclusie klaarblijkelijk omdat het geschil van die groep met Zuid-Afrika nog niet is opgelost. Een dergelijke conclusie lijkt mij onterecht en disproportioneel. Er zijn tot op heden geen tekenen dat Zuid-Afrika zich niet aan het verdrag met Nederland zou willen houden. De stelling van verzoekster in haar brief van 15 maart 2001 aan u over een vermeende schending van het verdrag door Zuid-Afrika is aantoonbaar onjuist. Ook de stelling van verzoekster dat er in dit stadium sprake zou zijn van een geschil tussen Zuid-Afrika en Nederland als bedoeld in artikel 12 van de IBO is onjuist. Er is derhalve geen aanleiding om het verdrag op te zeggen, temeer omdat daarmee ook andere Nederlandse investeerders in Zuid-Afrika zouden worden gedupeerd, die in dat geval de bescherming die het verdrag biedt zou worden ontzegd (en vice versa).

Verder zouden daarmee de betrekkingen met Zuid-Afrika nodeloos worden geschaad. Ik blijf derhalve van mening dat de IBO tussen Nederland en Zuid-Afrika een verdrag is waar de wederzijdse investeerders zeker baat bij kunnen hebben..."

4. Samengevat liet de Minister weten van mening te zijn dat de Nederlandse overheid zich naar behoren had ingespannen bij de Zuid-Afrikaanse autoriteiten voor de zaak van verzoekster.

5. Bij de door de Minister meegezonden stukken bevinden zich afschriften van onder meer de volgende brieven:

a. een brief van de ambassadeur van Nederland in Pretoria, Zuid-Afrika, van 9 mei 1997 aan verzoeker. In deze brief is onder andere het volgende gesteld:

"...kan ik u meedelen dat ik hedenmorgen in de gelegenheid was deze kwestie te bespreken met de Deputy Minister of Finance (...)

De Deputy Minister bleek zeer goed op de hoogte van desbetreffende dossier; hoewel zij naar aanleiding van mijn, aan uw brief ontleende, pleidooi tot tegemoetkomendheid zei wel enig begrip voor uw gevoelens te kunnen opbrengen, was (bedoelde Deputy Minister; N.o.) resoluut in haar opvatting, dat van enigerlei vorm van compensatie van door de DIG geleden verliezen geen sprake kon zijn. De Zuid-Afrikaanse Staat was noch juridisch noch moreel verantwoordelijk voor het gedrag van een buitenlandse, niet in Zuid-Afrika geregistreerde, groep als de door u genoemde Equity Brokers Group..."

b. een brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken aan de ambassadeur van Zuid-Afrika in Den Haag van 4 maart 1999, waarin de ambassadeur wordt gevraagd te doen wat in zijn vermogen ligt om op korte termijn helderheid te verschaffen aan verzoekster over het standpunt van de Zuid-Afrikaanse overheid;

c. een brief van de ambassadeur van Zuid-Afrika in Den Haag aan de Staatssecretaris van Economische Zaken van 12 april 1999, waarin het volgende is gesteld:

"...In kort beteken dit dus dat die Suid-Afrikaanse regering sigself nie verantwoordelik ag om die Dutch Investors Group se verliesse te vergoed nie.

(De vertegenwoordiger van verzoekster; N.o.) het aan my aangedui dat hy niet gelukkig is met hierdie posisie van die Suid-Afrikaanse regering nie en dat hy hom beroep op die ooreengekome Investeringsooreenkoms tussen Nederland en Suid-Afrika. Soos u tereg meld is sodanige ooreenkoms egter nog nie van krag nie en dit volg ook nie outomaties dat die Suid-Afrikaanse regering insake die bepaling van die ooreenkoms tot 'n ander gevolgtrekking sou kom oor die verliesse van die Dutch Investors Group nie.

Wanneer die Investeringsooreenkoms wel ten volle van krag is kan (verzoeksters vertegenwoordiger; N.o.) uiteraard poog om hom daarop te beroep. Huidiglik is die posisie van die Suid-Afrikaanse regering, dat dit niet waarborg staan vir die verliese nie, egter duidelik..."

d. een brief van de ambassadeur van Zuid-Afrika in Den Haag aan de Staatssecretaris van Economische Zaken van 6 mei 1999, waarin de ambassadeur het volgende liet weten:

"...n Tyd gelede het u aan my geskryf inverband met die probleme van die Dutch Investors Group. Alhoewel ek u skriftelik daarop geantwoord het, sou ek verkies om die aangeleentheid verder met u te kon bespreek..."

e. een brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken aan de vertegenwoordiger van verzoekster van 2 september 1999, waarin de Staatssecretaris liet weten dat zij op 14 juli 1999 tijdens een ontmoeting met de Zuid-Afrikaanse ambassadeur de kwestie van verzoekster had besproken, en dat de ambassadeur aan de Staatssecretaris had laten weten dat de Zuid-Afrikaanse autoriteiten met een formeel antwoord zouden komen indien verzoekster met een beroep op de inmiddels in werking getreden IBO een officieel verzoekschrift zou indienen bij de Zuid-Afrikaanse autoriteiten.

De Staatssecretaris voegde daar het volgende aan toe:

"...Zoals u weet heeft de Nederlandse overheid uw zaak inmiddels verschillende keren opgebracht bij de Zuid-Afrikaanse autoriteiten. Ik vrees dat de mogelijkheden van de Nederlandse overheid om een verdere rol te spelen in dit stadium beperkt zijn..."

D. Reactie verzoekster

Naar aanleiding van de reactie van de Minister liet verzoekster het volgende weten:

"...De Minister vergeet (...) aan te geven dat de activiteiten van EBC, ook volgens het Nel-rapport, actief door de Zuid-Afrikaanse overheid werden gepromoot en dat wij onze investeringen zijn kwijtgeraakt als gevolg van ernstige nalatigheid van de Zuid-Afrikaanse financiële controle-instanties. Zo vermeldde EBC in haar advertenties, in zowel De Telegraaf als ook in de Financial Times, haar zogenaamde Zuid-Afrikaanse registratienummers en handelde zij op de effectenbeurs van Johannesburg zonder daar als zodanig te zijn geregistreerd. Bij het uitoefenen van haar frauduleuze praktijken werd EBC dan ook geen strobreed in de weg gelegd. (Zie Nel-rapport). Dit terwijl ex-President Nelson Mandela ons in Nederland verzekerde dat investeringen in Zuid-Afrika veilig waren.

In haar uitleg over de onderhavige IBO suggereert de Minister dat de DIG van oordeel is dat de Nederlandse staat ermee belast zou zijn een geschil tussen een investeerder en de andere verdragspartij, op wiens grondgebied hij heeft geïnvesteerd, op te lossen. Voorts geeft de Minister aan dat de rol van de Nederlandse overheid zich bij een

investeringsgeschil tussen een investeerder en de andere verdragspartij (i.c. de DIG en Zuid-Afrika), waarop een IBO van toepassing is, beperkt tot het verlenen van goede diensten en aandacht vragen bij de andere verdragspartij voor de zaak van de Nederlandse investeerder.

Allereerst dient te worden opgemerkt dat de bovengenoemde suggestie van de Minister incorrect is aangezien de DIG zeer wel beseft dat de Nederlandse staat bij een normale gang van zaken, waarbij investeerder en de andere verdragspartij (i.c. de DIG en Zuid-Afrika) eerst proberen de zaak in der minne te schikken, niet in eerste instantie is belast met het oplossen van een geschil tussen een investeerder en de andere verdragspartij.

Indien echter de andere verdragspartij (i.c. Zuid-Afrika) de IBO negeert, door in het geheel inhoudelijk niet op de IBO in te gaan en deze als niet bestaand terzijde te schuiven, ontstaat er dientengevolge **óók** een geschil tussen de beide verdragspartijen (i.c. Nederland en Zuid-Afrika) over de toepassing van de IBO als gevolg waarvan de Nederlandse overheid krachtens artikel 12 van de IBO feitelijk is belast met de oplossing van het geschil en dient zij Zuid-Afrika onder dit artikel aan te spreken door het geschil eventueel voor te leggen aan een uit drie leden bestaand (internationaal) scheidsgerecht. De suggestie van de Minister dat de DIG van mening is dat de Nederlandse staat op voorhand is belast met de oplossing van het geschil is dus niet correct.

Onder verwijzing naar de reeds vermelde opmerking van de Minister, dat de rol van de Nederlandse overheid zich bij een investeringsgeschil tussen een investeerder en de andere verdragspartij (i.c. de DIG en Zuid-Afrika) beperkt tot het verlenen van goede diensten en aandacht vragen bij de andere verdragspartij voor de zaak van de Nederlandse investeerder, dient bovendien te worden opgemerkt dat er nergens in de IBO staat vermeld dat de rol van de (Nederlandse) overheid tot de hierboven vermelde te verlenen diensten beperkt dient te zijn, integendeel, de IBO geeft de Nederlandse staat onder artikel 12 juist de bevoegdheid een geschil, nadat **diplomatieke onderhandelingen** niet binnen een redelijke tijdspanne tot een oplossing van het geschil hebben geleid, zoals gezegd, voor te leggen aan een uit drie leden bestaand (internationaal) scheidsgerecht. Indien de mogelijkheden van de Minister zich daadwerkelijk zouden beperken tot het verlenen van alleen goede diensten en aandacht vragen bij de andere verdragspartij voor de zaak van de Nederlandse investeerder, dan zou artikel 12 van de IBO toch van nul en generlei waarde zijn, en daardoor misleidend voor (toekomstige) Nederlandse investeerders aangezien deze erop mogen vertrouwen dat de Nederlandse overheid in specifieke gevallen voor hen onder (artikel 12 van) de IBO optreedt. (In dit verband kun je je afvragen wat de waarde van deze IBO eigenlijk is als de naleving ervan niet door de andere verdragspartij kan worden afgedwongen).

De zogenaamde beperkende rol die de Nederlandse overheid in een geschil zou kunnen spelen komt toch wel in een geheel ander daglicht te staan nu is gebleken dat de Minister

van Economische Zaken **persoonlijk** in de bres is gesprongen voor een andere Nederlandse investeerder, lees ASML, door haar Amerikaanse ambtgenoot nota bene een brief te schrijven alsmede de Amerikaanse Ambassadeur in Nederland te benaderen. Dit zonder dat er hier sprake is van een belasting van de Nederlandse overheid krachtens een afgesloten IBO.

In haar verdere uitleg over de IBO deelt de Minister U mede dat Zuid-Afrika de claim van verzoekster heeft afgewezen en dat zij zich niet verantwoordelijk voelt voor de verliezen van de DIG. De gedachtengang van de Minister, met betrekking tot de bestaande claim, dient naar de mening van de DIG te worden genuanceerd aangezien onze rechtmatig ingediende claim is gebaseerd op de van toepassing zijnde artikelen in de IBO, waardoor deze claim niet als losstaand van de IBO kan worden aangemerkt. Vervolgens deelt de Minister U mede dat de Zuid-Afrikaanse regering ons weliswaar kenbaar heeft gemaakt dat zij zich niet verantwoordelijk acht voor de door de DIG geleden verliezen maar vergeet zij U mede te delen dat de Zuid-Afrikaanse regering er aan toevoegde dat de met Nederland afgesloten IBO daar niets aan afdoet, of te wel, Zuid-Afrika heeft niets met de met Nederland afgesloten IBO te maken. Voor wat betreft het feit dat een beroep op de IBO niet impliceert dat Zuid-Afrika verplicht is elke claim onder dat verdrag te honoreren merk ik op dat wij onze gedane investeringen in eerste instantie zijn kwijtgeraakt als gevolg van ernstige nalatigheid van de desbetreffende controle-instanties, nog afgezien van het feit dat onze gedane investeringen door de IBO dienen te zijn beschermd aangezien zij met name onder artikel 1 van de IBO worden genoemd waardoor er in alle redelijkheid toch niet kan worden gesproken van een onrechtmatig beroep op de IBO. Dit te meer nu zelfs de Minister de rechtmatigheid van ons beroep op de IBO nooit heeft betwist. De bewering van de Minister dat Zuid-Afrika aan de IBO is gebonden, en deze dientengevolge niet terzijde kan schuiven, en dat dit naar haar beste weten ook niet is gebeurd, is op zijn zachtst gezegd discutabel nu Zuid-Afrika nergens heeft aangegeven dat zij de claim onder de IBO niet honoreert omdat ons beroep op de IBO niet aan de in de IBO gestelde (bepaalde) voorwaarden zou voldoen. Het is naar de mening van onze groep dan ook overduidelijk dat Zuid-Afrika, blijkens haar houding, zich in het geheel niet gebonden acht aan de met Nederland afgesloten Investerings Beschermings Overeenkomst (IBO).

De IBO met Zuid-Afrika kent de mogelijkheid om een geschil tussen een investeerder en de andere verdragspartij, i.c. Zuid-Afrika, vriendschappelijk op te lossen. Hiervoor staan drie maanden maar een verplichting hiertoe voor de partijen bij het geschil bestaat niet. Deze mededeling van de Minister is op zichzelf volkomen juist, zij het dat Zuid-Afrika geen enkele constructieve bijdrage aan een vriendschappelijke oplossing van het geschil heeft geleverd, noch dat zij onze groep enig aanbod heeft gedaan, behalve dan dat zij ons langdurig aan het lijntje heeft gehouden en pas na verschillende (schriftelijke) verzoeken na meer dan 13 maanden ons een, niet aan de IBO gerelateerd, afwijzend bericht heeft toegezonden.

Het behoort de Minister ons inziens dan ook duidelijk te zijn dat de Zuid-Afrikaanse regering, middels haar minachtende houding, niet alleen een duidelijk signaal heeft afgegeven dat zij zich niets aantrekt van het met Nederland ten deze afgesloten verdrag, hetgeen aangeeft dat zij buitenlandse investeerders niet bepaald koestert, als ook dat deze investeerders geen enkel recht aan de afgesloten IBO kunnen ontlenen.

(...)

Overigens zijn de door Minister Jorritsma en Minister-President Kok gedane oproepen aan Nederlandse investeerders om in Zuid-Afrika te investeren, waarbij Minister Jorritsma nota bene aangaf (zeer) geïrriteerd te zijn dat dit tot op heden zo weinig gebeurt, niet bepaald signalen aan Zuid-Afrika dat zij zich dienen te houden aan de met Nederland afgesloten IBO, integendeel, het heeft er alle schijn van dat Zuid-Afrika zich hierdoor gesterkt voelt in haar houding aangezien zij immers door de Nederlandse regering wordt beloond voor haar handelwijze ten deze, de verloren investeringen van een kleine groep investeerders ten spijt. Nu de Nederlandse overheid geen mogelijkheid onbenut laat, getuige de bovenbedoelde oproepen, om Zuid-Afrika aan te prijzen als zijnde hét investeringsland bij uitstek, heeft zij niet alleen blijk gegeven dat zij het negeren van de IBO door Zuid-Afrika totaal niet als een ernstige schending van het verdrag opvat, maar geeft zij ook te kennen dat zij de belangen van (sommige) van haar burgers ondergeschikt acht aan de zogenaamde goede (handels) betrekkingen met Zuid-Afrika.

Met het aanhalen van het laatste gedeelte van de conclusie in het Nel-rapport concludeert de Minister dat de juridische aansprakelijkheid van Zuid-Afrika voor de verliezen van de DIG niet door deze gelijknamige adviescommissie is vastgesteld. De vraag werpt zich in dit verband echter op of de Nel-Commissie de specifieke opdracht heeft gehad de juridische aansprakelijkheid van de Zuid-Afrikaanse regering ten deze vast te stellen aangezien deze opdracht nergens (letterlijk) als zodanig is vermeld. De Commissie diende bijvoorbeeld in eerste instantie na te gaan wat tot de ondergang van EBC heeft geleid en wat de rol van verschillende controle-instanties, banken, brokers etc. hierbij is geweest.

(...)

Ondanks hetgeen hiervoor over de handelwijze van zowel de Zuid-Afrikaanse regering als ook de Nederlandse regering m.b.t. de naleving van de overeenkomst te berde is gebracht, presteert de Minister het om aan te geven dat met de IBO met Zuid-Afrika aan Nederlandse investeerders "zekerheden" (**geen garanties**) worden geboden die zij zonder het verdrag niet zouden hebben!! Ook geeft zij nu plotseling te kennen dat de kern van het verdrag is dat een Nederlandse investeerder in Zuid-Afrika niet wordt gediscrimineerd, terwijl uit alle relevante stukken blijkt dat de doelstelling van de IBO is om gedane investeringen op elkaars grondgebied te beschermen. De waarde die op deze wijze aan de IBO wordt toegekend, betekent een uitholling van het verdrag aangezien dit betekent dat zolang Zuid-Afrika Nederlandse investeerders niet discrimineert t.o.v. andere buitenlandse

investeerders, en zij dus aan geen van allen een vergoeding op basis van de IBO aanbiedt, zij eigenlijk nooit een verzoek tot compensatie hoeft te honoreren aangezien zij op deze wijze niet discrimineert. Dat hiermee feitelijk de IBO terzijde wordt geschoven is kennelijk niet van belang.

De Minister geeft vervolgens aan dat de IBO niet beschermt tegen de normale risico's van het ondernemen, tegen het in zee gaan met de verkeerde partners, tegen de gevolgen van crimineel gedrag enz., daarmee de suggestie wekkende dat wij vanwege het ordinaire gewin met de verkeerde partners in zee zijn gegaan. De Minister vergeet echter te vermelden dat de EBC-criminelen wél door de Zuid-Afrikaanse overheid werden gepromoot!, waardoor zij in een eerder stadium bankvast achter de criminelen stonden, en dat zij handelden aan de effectenbeurs van Johannesburg zonder als zodanig te zijn geregistreerd. Bovendien hadden wij onze gelden voornamelijk in een van de grootste conglomeraten in Zuid-Afrika geïnvesteerd, t.w. de electriciteitsgigant Eskom, waardoor er ook geen sprake kan zijn van het investeren in een malafide onderneming.

Uit het vorenstaande zal het een ieder duidelijk zijn dat de onderhavige IBO met Zuid-Afrika een overeenkomst is waar (in ieder geval) Nederlandse investeerders geen baat bij hebben aangezien Zuid-Afrika zich tot op heden van de afgesloten overeenkomst, blijkens haar handelwijze, niets aantrekt.

Gelet op het vorenstaande dient niet alleen te worden geconcludeerd dat de Nederlandse overheid tot dusver niet heeft gedaan wat zij in redelijkheid voor haar burgers had behoren te doen, aangezien zij als verdragspartij thans óók een geschil heeft met de Zuid-Afrikaanse regering over de toepassing van de IBO, en dientengevolge haar verantwoordelijkheid dient te nemen door Zuid-Afrika onder artikel 12 van de IBO aan te spreken, maar strooit zij tevens zand in de ogen van andere (toekomstige) Nederlandse investeerders omdat deze er in redelijkheid van uit mogen gaan dat hun gedane investeringen zijn beschermd, immers Nederland heeft toch een Investerings Beschermings Overeenkomst (IBO) met Zuid-Afrika afgesloten!..."

Verzoekster benadrukte voorts dat de inspanningen van het Ministerie van Economische Zaken alle dateren van vóór de inwerkingtreding van de IBO op 1 mei 1999.

Achtergrond

Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Zuid-Afrika inzake de bevordering en de wederzijdse bescherming van investeringen (Trb. 1998, nr. 162).

Artikel 1:

"Voor de toepassing van dit Verdrag:

a. omvat de term "investeringen": alle soorten vermogensbestanddelen en in het bijzonder, doch niet uitsluitend:

(...)

ii. rechten ontleend aan aandelen, obligaties en andere soorten belangen in ondernemingen en gezamenlijke ondernemingen."

Artikel 2:

"Elke Verdragsluitende Partij bevordert, binnen het kader van haar wetten en voorschriften, de economische samenwerking door middel van de bescherming op haar grondgebied van investeringen van investeerders van de andere Verdragsluitende Partij."

Artikel 3, eerste en tweede lid:

"1. Elke Verdragsluitende Partij waarborgt een eerlijke en rechtvaardige behandeling van de investeringen van investeerders van de andere verdragsluitende Partij en belemmert niet, door onredelijke of discriminatoire maatregelen, de werking, het beheer, de instandhouding, het gebruik, het genot of de vervreemding daarvan door deze investeerders.

Elke Verdragsluitende Partij kent aan die investeringen volledige zekerheid en bescherming toe.

2. Elke Verdragsluitende Partij kent aan dergelijke investeringen een behandeling toe die in elk geval niet minder gunstig is dan die welke wordt toegekend aan investeringen van haar eigen investeerders of aan investeringen van investeerders van een derde Staat, naar gelang wat het gunstigst is voor de betrokken investeerder."

Artikel 9

"1. Juridische geschillen tussen een investeerder van de ene Verdragsluitende Partij en de andere Verdragsluitende Partij met betrekking tot een investering van eerstgenoemde die niet in der minne zijn geschikt, worden na een termijn van drie maanden na de schriftelijke kennisgeving van een vordering, onderworpen aan internationale arbitrage, indien de betrokken investeerder zulks wenst.

2. Indien het geschil aan internationale arbitrage wordt onderworpen, kunnen de investeerder en de betrokken Verdragsluitende Partij overeenkomen het geschil voor te leggen aan:

a. het Internationale Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen (ICSID), ingesteld bij het Verdrag inzake de beslechting van investeringsgeschillen tussen Staten en onderdanen van andere Staten, dat op 18 maart 1965 te Washington D.C. werd

opengesteld voor ondertekening, wanneer elke Staat die Partij is bij dit Verdrag, partij bij genoemd verdrag is geworden. Zolang niet aan deze voorwaarde is voldaan, stemt elke Verdragsluitende Partij ermee in dat het geschil kan worden onderworpen aan arbitrage overeenkomstig de regels betreffende de Aanvullende Voorziening voor de toepassing van conciliatie-, arbitrage- en onderzoeksprocedures van het ICSID; of

b. het Hof van Arbitrage van de Internationale Kamer van Koophandel; of

c. een internationale scheidsman of een scheidsgerecht ad hoc, aan te wijzen bij een bijzondere overeenkomst of in te stellen krachtens de arbitrageregels van de Commissie inzake Internationaal Handelsrecht van de Verenigde Naties (UNCITRAL). De partijen bij het geschil kunnen schriftelijk overeenkomen deze regels te wijzigen.

3. Indien na een termijn van drie maanden na de schriftelijke kennisgeving van de vordering geen overeenstemming is bereikt over de bovengenoemde alternatieve procedures, wordt het geschil op schriftelijk verzoek van de betrokken investeerder onderworpen aan de procedure waaraan de investeerder de voorkeur geeft.

4. Elke Verdragsluitende Partij stemt hierbij onvoorwaardelijk in met de onderwerping van een geschil aan internationale arbitrage in overeenstemming met de bepalingen van het tweede lid hierboven."

Artikel 10

"De bepalingen van dit Verdrag zijn vanaf de datum waarop dit in werking treedt ook van toepassing op investeringen die vóór die datum zijn gedaan."

Artikel 12, eerste en zevende lid:

"1. Enig geschil tussen de Verdragsluitende Partijen betreffende de uitlegging of de toepassing van dit Verdrag dat niet binnen een redelijke tijdspanne kan worden beslecht, wordt, tenzij de Verdragsluitende Partijen anders zijn overeengekomen, op verzoek van één van beide Verdragsluitende Partijen, voorgelegd aan een uit drie leden samengesteld scheidsgerecht. Elke Verdragsluitende Partij benoemt één scheidsman en de twee aldus benoemde scheidsmannen benoemen tezamen een derde scheidsman, die geen onderdaan is van een der verdragsluitende Partijen, tot hun voorzitter.

(...)

7. Het scheidsgerecht doet zijn uitspraak bij meerderheid van stemmen. Een zodanige uitspraak is onherroepelijk en bindend voor de Verdragsluitende Partijen."

Het verdrag, dat veelal wordt aangeduid als de Investerings Beschermings Overeenkomst (IBO) tussen Nederland en Zuid-Afrika, is in werking getreden op 1 mei 1999.