Ministerie van Economische Zaken,
Landbouw en Innovatie

> Retouradres Postbus 20401 2500 EK Den Haag

De Voorzitter van de Eerste Kamer
der Staten-Generaal
Binnenhof 22
2513 AA 's-GRAVENHAGE

Directoraat-generaal
Internationale Betrekkingen
Directie Internationale
Marktordening en
Handelspolitiek
Bezoekadres
Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC Den Haag
Postadres
Postbus 20401
2500 EK Den Haag
Factuuradres
Postbus 16180
2500 BD Den Haag
Overheidsidentificatienr
00000001003214369000
T 070 379 8911 (algemeen)
www.rijksoverheid.nl/eleni

Ons kenmerk
DGIB-IMH / 12347932

Datum 01 november 2012
Betreft Beantwoording Eerste Kamer vragen m.b.t. COM(2012)335

Geachte Voorzitter,

Naar aanleiding van de brief van de voorzitters van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie (V&J) en de vaste commissie voor Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (EL&I) van 5 oktober 2012, kenmerk 151344.01u, ga ik hierna, mede namens de staatssecretaris van Buitenlandse Zaken, in op de door de leden van de vaste commissies voor V&J en EL&I gestelde vragen.

Bevoegdheidsverdeling EU en de lidstaten
Allereerst vroegen de leden van de vaste commissies voor V&J en EL&I op grond waarvan de regering meent dat niet alle inhoudelijke aspecten van het internationale investeringsbeleid tot de bevoegdheid van de Europese Unie behoren. Ons standpunt is dat hoewel met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon directe buitenlandse investeringen tot de exclusieve bevoegdheid van de Europese Unie zijn gaan behoren, deze exclusieve competentie zich niet uitstrekt tot alle onderdelen van het internationale investeringsbeleid van de Europese Unie. Zie hiervoor ook het BNC Fiche "Mededeling inzake algemeen Europees internationaal investeringsbeleid en "Verordening overgangsregeling bilaterale investeringsovereenkomsten" (Kamerstukken II 2009/2010, 22 112 nr. 1053).

Naar ons oordeel vallen aspecten van het eigendomsrecht, de bevoegdheid tot onteigening in het publiek belang, nadeelcompensatie en de procesvoering van de Staat niet binnen deze exclusieve bevoegdheid. Voor Nederland is het van belang dat het deze bevoegdheden kan blijven uitoefenen. Gewezen zij in dit verband ook op het niet-exclusieve karakter van het vrij verkeer van kapitaal, dat onderdeel is van de interne markt en uit hoofde van artikel 4, tweede lid, onderdeel a, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), een gedeelde bevoegdheid is tussen EU en de lidstaten.

Internationale overeenkomsten
De leden van de vaste commissies voor V&J en EL&I vroegen of hun indruk juist is dat het in het voorstel voor een verordening uitsluitend gaat om investeringsgeschillenbeslechting op basis van internationale overeenkomsten waarbij de Europese Unie partij is. Indien zij doelen op investeringsbeschermingsovereenkomsten (IBO's) waarbij in ieder geval de Europese Unie partij is – en mogelijk ook een of meerdere lidstaten - is dat juist.

Directoraat-generaal
Internationale Betrekkingen
Directie Internationale
Marktordening en
Handelspolitiek

Immers, het voorstel voor een verordening regelt de afspraken binnen de Europese Unie in het geval er sprake is van een geschil tussen een investeerder uit een derde land en de Europese Unie en/of een lidstaat uit hoofde van verdragen waar zowel de Europese Unie als de lidstaten partij bij zijn. Dit betreft ofwel toekomstige vrijhandelsakkoorden gesloten tussen de Europese Unie én de lidstaten enerzijds en een derde land anderzijds, waarin een investeringshoofdstuk is opgenomen, ofwel aparte IBO's die door zowel de Europese Unie als de lidstaten zijn ondertekend ('stand alone' IBO's).

In de toekomstige investeringshoofdstukken wordt de bescherming van investeerders en de beslechting van geschillen tussen een investeerder en een verdragspartij geregeld. Op dit moment vinden onderhandelingen over dergelijke investeringshoofdstukken plaats tussen de Europese Unie en de lidstaten enerzijds en respectievelijk Canada, India en Singapore anderzijds. De bestaande Nederlandse bilaterale IBO's met India en Singapore zullen door de EU investeringsverdragen met deze landen vervangen worden; met Canada heeft Nederland geen IBO afgesloten. De overige Nederlandse IBO's blijven vooralsnog bestaan, tenzij deze ook door EU investeringsverdragen met dezelfde landen vervangen worden. Dit "vervangingssysteem" is voorzien in de transitieverordening (COM(2010)344) waarover de Raad, de Europese Commissie en het Europees Parlement recentelijk overeenstemming hebben bereikt en die naar verwachting binnenkort gepubliceerd zal worden.

Ontoereikende rechtsgrondslag
In het BNC-fiche is gesteld dat artikel 207, tweede lid, van het VWEU als enige rechtsgrondslag ontoereikend is. Deze bepaling ziet immers uitsluitend op directe buitenlandse investeringen. Naar ons oordeel is artikel 64 van het VWEU nodig als additionele rechtsgrondslag, omdat het voorstel ook ziet op portfolio-investeringen. De leden van de vaste commissies voor V&J en EL&I vroegen naar de reactie van de Europese Commissie en van de andere lidstaten op dit standpunt.

De Europese Commissie is van oordeel dat artikel 207, tweede lid, van het VWEU toereikend is als rechtsbasis, maar noemt tegelijkertijd in het voorstel wel artikel 63 VWEU (vrij verkeer van kapitaal en betalingsverkeer) in verband met portfolio-investeringen (zie p. 3 COM(2012)335). Uit de lopende onderhandelingen blijkt dat een meerderheid van de lidstaten kritisch tegenover de inhoud van het voorstel staat. Daarbij heeft naast Nederland ook een aantal andere lidstaten kanttekeningen geplaatst bij de door de Europese Commissie gekozen rechtsbasis.

EU lidmaatschap ICSID
De leden van de vaste commissies voor V&J en EL&I vroegen of het nuttig en wenselijk zou zijn om na te gaan of de Europese Unie tot het 'International Centre for Settlement of Investment Disputes' (ICSID) zou kunnen toetreden.

Directoraat-generaal
Internationale Betrekkingen
Directie Internationale
Marktordening en
Handelspolitiek

Daarnaast vroegen zij of de Aanvullende Voorziening voor de toepassing van verzoenings-, arbitrage- en onderzoeksprocedures van het ICSID ('Additional Facility') voorlopig soelaas zou kunnen bieden en of de Nederlandse regering alternatieven ziet ten opzichte van ICSID.

Naar de huidige stand van zaken kan de Europese Unie niet als partij tot het ICSID-verdrag toetreden, omdat dit enkel mogelijk is voor staten. Toch wil de Europese Commissie zich hiervoor inzetten (zie COM(2010)343). Daarvoor zal het nodig zijn het ICSID-verdrag te wijzigen. Dit vereist de instemming van alle ICSID-statenpartijen. Het valt te voorzien dat hier sprake zal zijn van een langdurig en onzeker proces. Desalniettemin steunt Nederland de Europese Commissie in deze poging, aangezien tweederde van alle investeringsgeschillen op basis van ICSID worden beslecht.
Voor de 'Additional Facility' is vereist dat één van de staten (bijv. de staat van de investering) partij is bij het ICSID-verdrag en biedt daarom als alternatief slechts beperkte mogelijkheden. Een ander alternatief is de 'United Nations Commission on International Trade Law' (UNCITRAL), dat in de overige een derde van de investeringsgeschillen gebruikt wordt. Deze regels kunnen zonder meer door de Europese Unie van toepassing worden verklaard. Andere opties zijn het Permanente Hof van Arbitrage (PCA), de 'International Chamber of Commerce' (ICC) en de 'Stockholm Chamber of Commerce' (SCC).

Investeringsbeleid Nederland
De leden van de vaste commissies voor V&J en EL&I vroegen naar de visie van de regering op de opportuniteit en mogelijkheden van voortzetting van het eigen internationale investeringsbeleid en welk eigen voortgezet beleid de regering voornemens op dit terrein te voeren, nu de directe buitenlandse investeringen binnen de bevoegdheid van de Unie vallen en de indirecte investeringen niet.

Met de transitieverordening (COM(2010)344) blijven de Nederlandse IBO's met derde landen vooralsnog bestaan en kan Nederland zijn huidige investeringsbeleid voortzetten. Nederland kan echter niet zonder meer nog langer zelfstandig nieuwe IBO's sluiten, maar slechts wanneer daartoe gemachtigd door de Europese Unie. Tegelijkertijd ziet Nederland erop toe dat de door de Europese Unie te sluiten overeenkomsten met afspraken over investeringsbescherming een hoog niveau van rechtszekerheid en bescherming bieden.

Gelet op het demissionaire karakter van dit kabinet, kan niet vooruit worden gelopen op de toekomstige plannen van een volgend kabinet. Echter, voor Nederland blijft het onverminderd belangrijk om buitenlandse investeringen aan te trekken en als investeringsland aantrekkelijk te blijven voor investeerders. Rechtszekerheid en investeringsbescherming – zowel voor directe als indirecte investeringen - zijn belangrijke elementen voor het invullen van een gezond investeringsbeleid.

Directoraat-generaal
Internationale Betrekkingen
Directie Internationale
Marktordening en
Handelspolitiek

Geschillenbeslechting
De leden van de vaste commissies voor V&J en EL&I stelden een aantal vragen gerelateerd aan investeringsgeschillen.

Tot op heden is Nederland geen partij geweest bij een investeringsprocedure. Ten aanzien van geschillen die op basis van Nederlandse IBO's tegen een andere staat aanhangig zijn gemaakt, bestaat er geen verplichting om deze aan de Nederlandse regering te melden. Deze laatstgenoemde investeringsgeschillen worden niet door de Nederlandse regering bij gehouden.
Bovendien worden niet alle geschillen openbaar gemaakt en de diverse geschillenbeslechtingregels bevatten verschillende publicatievereisten.
Bovendien worden investeringsgeschillen niet door de Nederlandse regering bij gehouden.
Derhalve is het niet mogelijk om precies aan te geven hoeveel zaken er door Nederlandse investeerders tegen andere staten aanhangig zijn gemaakt.
Er bestaan wel websites waarop selectief uitspraken van arbitragetribunalen gepubliceerd worden, zoals:
- ICSID :
<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Cases_Home>;
- Investment Treaty Arbitration: <http://italaw.com/expert_opinions.htm>.
Uit deze bronnen valt op te maken dat er zo'n dertigtal arbitragezaken op basis van Nederlandse IBO's te vinden zijn. Een deel van deze geschillen is geschikt en een deel van de zaken is nog in behandeling. Daarnaast wordt de toegekende schadevergoeding niet altijd openbaar gemaakt of is deze niet te achterhalen. De bandbreedte van de geëiste schadevergoedingen is zeer ruim en varieert van enkele miljoenen tot soms enkele miljarden. Op basis van deze zeer beperkte en onvolledige informatie is het niet mogelijk om preciezer aan te geven welke bedragen hiermee gemoeid zijn.

Tevens is het moeilijk in te schatten hoeveel procedures er in de toekomst tegen de EU en/of de lidstaten aangespannen zullen worden. Het aantal malen dat een lidstaat betrokken is geweest bij geschillenbeslechting verschilt sterk onder de lidstaten. Sommige lidstaten hebben nog niet een zaak tegen zich gehad (zoals Nederland), andere lidstaten hebben in korte tijd tientallen zaken tegen zich gehad. Daarnaast zal het risico sterk afhankelijk zijn van de 'claimcultuur' van de investeerders van de andere verdragspartij. Het is niet te voorspellen of bijvoorbeeld Canadese investeerders vaker dan Singaporese investeerders geschillen tegen de EU of lidstaten aanhangig zullen gaan maken. Tot slot zal het – na de inwerkingtreding van de voorgestelde verordening - afhangen van de litigieuze maatregel in kwestie of de Europese Unie of een lidstaat een schadevergoeding moet gaan betalen.
Kortom, een precies antwoord kan niet gegeven worden, hetgeen ook door Europese Commissie in haar voorstel onderschreven wordt (zie p. 13 COM(2012)335).

Directoraat-generaal
Internationale Betrekkingen
Directie Internationale
Marktordening en
Handelspolitiek

Bescherming internationale publieke belangen

Tot slot vroegen de leden van de vaste commissies voor V&J en EL&I naar de mogelijkheden en stand van zaken om het internationaal investeringsbeleid, zowel van Nederland als van de Europese Unie, dienstbaar te maken aan het nastreven van internationale publieke doelstellingen, waaronder minimum arbeidsnormen, milieubehoud, veiligheid en gezondheid, alsmede voor het bestrijden van corruptie en belastingontduiking via gekunstelde vennootschapsconstructies.
De leden van de SP-fractie vroegen naar de visie van de regering op het risico van het ondermijnen van (internationale) publieke doelstellingen door IBO's. Zij vroegen met name naar de visie van de regering op de dreiging van 'investor-to-state' geschillenbeslechting en de soms grote claims die daarbij op tafel worden gelegd alsook de daaruit voortvloeiende zogenaamde 'regulatory chill'.

De Nederlandse IBO's bevatten nu al ruimte voor verdragspartijen om publieke belangen te beschermen. De Nederlandse regering is van mening dat de Nederlandse IBO's enerzijds voldoende beleidsruimte bieden en anderzijds investeerders en hun investeringen de noodzakelijke bescherming toekennen. De Nederlandse IBO's zijn derhalve in balans zodat de Nederlandse regering het risico voor zogenaamde 'regulatory chill' klein acht. Dit zal ook gelden voor de toekomstige IBO's waarbij zowel de Europese Unie als de lidstaten partij zijn.

Zoals alle lidstaten van de Europese Unie in de Raadsconclusies van 25 oktober 2010 over een algemeen Europees investeringsbeleid uitdrukkelijk hebben vastgesteld, achten zij het van belang dat publieke belangen ook in de toekomstige investeringsverdragen van de Europese Unie en de lidstaten beschermd kunnen worden. Tevens heeft het Europees Parlement de bescherming van publieke belangen benadrukt in haar resolutie van 6 april 2011 over het toekomstig Europees internationaal investeringsbeleid. Daarnaast zullen ook de 'OESO richtlijnen voor multinationale ondernemingen' een belangrijke rol spelen bij het realiseren van de hiervoor genoemde publieke doelstellingen. Afhankelijk van de bereidheid van de andere verdragspartijen en de uitkomst van de onderhandelingen over vrijhandelsakkoorden zullen deze elementen deel uit maken van het uiteindelijke resultaat.

(w.g.) dr. Henk Bleker
Staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie