

Vergaderjaar 2003–2004 A

29 618 (R 1759)

Verdrag inzake de bevordering en de wederzijdse bescherming van investeringen tussen de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden en de Regering van de Volksrepubliek China, met Protocol; Beijing, 26 november 2001

Nr. 1

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BUITENLANDSE ZAKEN

Aan de Voorzitters van de Eerste en van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 14 mei 2004

Ter griffie van de Eerste en van de Tweede Kamer der Staten-Generaal ontvangen op 28 mei 2004.

De wens dat het verdrag aan de uitdrukkelijke goedkeuring van de Staten-Generaal wordt onderworpen kan door of namens een van de Kamers of door ten minste vijftien leden van de Eerste Kamer dan wel dertig leden van de Tweede Kamer of door de Gevolmachtigde Ministers van de Nederlandse Antillen onderscheidenlijk van Aruba te kennen worden gegeven uiterlijk op 27 juni 2004.

Overeenkomstig het bepaalde in artikel 2, eerste en tweede lid, en artikel 5, eerste en tweede lid, van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, de Raad van State van het Koninkrijk gehoord, heb ik de eer u hierbij ter stilzwijgende goedkeuring over te leggen het op 26 november 2001 te Beijing totstandgekomen verdrag inzake de bevordering en de wederzijdse bescherming van investeringen tussen de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden en de Regering van de Volksrepubliek China (Trb. 2002, 24)¹.

Een toelichtende nota bij dit verdrag treft u eveneens hierbij aan.

De goedkeuring wordt voor het gehele Koninkrijk gevraagd.

Aan de Gouverneurs van de Nederlandse Antillen en van Aruba is verzocht hogergenoemde stukken op 28 mei 2004 over te leggen aan de Staten van de Nederlandse Antillen en de Staten van Aruba.

De Gevolmachtigde Ministers van de Nederlandse Antillen en van Aruba zijn van deze overlegging in kennis gesteld.

De Minister van Buitenlandse Zaken,
B. R. Bot

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

TOELICHTENDE NOTA

Algemeen

In deze nota wordt mede namens de Ministers van Buitenlandse Zaken en van Financiën het op 26 november 2001 te Beijing tot stand gekomen Verdrag inzake de bevordering en de wederzijdse bescherming van investeringen tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Volksrepubliek China toegelicht.

Een verdrag inzake de bevordering en de wederzijdse bescherming van investeringen heeft tot doel investeringen over en weer bescherming te bieden bovenop de bescherming op grond van de wetten en regelingen van de verdragspartijen en onder andere daarmee zulke investeringen te bevorderen.

Het overleg inzake het onderhavige verdrag heeft plaatsgevonden op initiatief van Nederland.

Het verdrag, dat gebaseerd is op het Nederlandse modelverdrag, garandeert non-discriminatoire behandeling van investeringen door investeerders van de ene verdragspartij op het grondgebied van de andere verdragspartij. Investeerders hebben met betrekking tot investeringen, die zijn gedaan op het grondgebied van de verdragspartijen, recht op een behandeling die niet slechter is dan de behandeling die investeerders uit het land zelf krijgen (nationale behandeling), of op een behandeling die niet slechter is dan de behandeling die aan investeerders uit derde landen wordt gegeven.

De transfer van betalingen verband houdend met een investering wordt gegarandeerd. Er worden tevens regels gesteld omtrent onteigening van een investering. Eventuele geschillen kunnen aan onpartijdige internationale arbitrage worden onderworpen.

Als verdragsluitende partijen worden de regeringen van beide landen aangemerkt, omdat de Chinese wetten zulks vereisen. Dat laat onverlet dat het verdrag tussen beide staten zal gelden.

Economische situatie in China

China laat al jaren een robuuste economische groei zien. Ondanks de terugval van de wereldeconomie bedroeg de economische groei in 2002 8%. De voorlopige cijfers geven aan dat de economische groei in 2003 op ongeveer hetzelfde niveau uitkomt. Terwijl de binnenlandse vraag onverminderd sterk blijft, zal de Chinese export kunnen profiteren van een herstel van de buitenlandse vraag, mits de economie van de VS zich zal herstellen.

China kent een betalingsbalansoverschot (US\$ 34,2 miljard in 2002). Dit is het gevolg van een hogere exportwaarde dan importwaarde van goederen en van meer inkomend dan uitgaand kapitaal, voornamelijk door de directe buitenlandse investeringen in China. De import groeit al jaren harder dan de export waardoor het overschot op de handelsbalans (ruim US\$ 44 miljard in 2002) geleidelijk afneemt.

Door het betalingsbalansoverschot is de deviezenvoorraad de afgelopen jaren voortdurend gestegen tot US\$ 346 miljard per eind 2003. In 1998 was dat nog US\$ 150 miljard. Het huidige niveau van de reserves is goed voor circa 12 maanden aan importwaarde, wat gezien kan worden als een gezonde reservepositie. Doordat de ontwikkelingsfase waarin China zich bevindt een aanhoudend sterkere invoergroei met zich meebrengt, zal het overschot op de lopende rekening van de betalingsbalans, dat de laatste jaren een dalende trend laat zien, op termijn mogelijk omslaan in een tekort.

De totale Chinese buitenlandse schuld bedroeg eind 2003 US\$ 183 miljard (US\$ 168 miljard per eind 2002). China heeft weinig moeilijkheden bij het aantrekken van fondsen op de internationale kapitaalmarkt en zal naar

verwachting in de toekomst een groot beroep blijven doen op die internationale kapitaalmarkt.

Risico's voor de Chinese economie zijn de zwakke financiële sector en de slechte staat van de staatsbedrijven. Hervormingen in deze sectoren zijn dan ook dringend noodzakelijk.

De recente toetreding van China tot de wereldhandelsorganisatie(WHO) zal naar verwachting een enorme impact hebben op het vrijhandelsstelsel. De Chinese toetreding betekent dat het gemiddeld invoertarief voor westerse producten van 24% in 2002 zal dalen tot ongeveer 9% in 2005. Daardoor wordt het voor westerse bedrijven veel gemakkelijker te concurreren op de Chinese markt. Bovendien zullen toekomstige handelsgeschillen worden opgelost door het WHO-tribunaal.

Bilaterale economische betrekkingen Nederland-China

Van alle opkomende markten is China Nederlands belangrijkste goederenleverancier. De Nederlandse invoer uit China had een totale waarde van € 10,4 miljard in 2003 (€ 8,8 miljard in 2001 en € 8,9 miljard in 2002). Het aandeel van China in de totale Nederlandse goederenimport is de afgelopen jaren geleidelijk gestegen van ruim 3% in 2000 tot ongeveer 5% in 2003.

De Nederlandse uitvoer naar China liet de afgelopen jaren eveneens een voortdurende groei zien. Deze steeg van ruim € 1,2 miljard in 2001 naar ruim € 1,5 miljard in 2002 en naar meer dan € 1,6 miljard in 2003. Bijna tweederde van de uitvoer naar China bestond uit machines en chemische producten.

De Nederlandse directe investeringen in China lieten de afgelopen jaren, na een daling als gevolg van de Aziëcrisis, in 1998 een forse stijging zien. Het niveau van de Nederlandse directe investeringen in China is tussen 1998 en 2002 meer dan verdubbeld, van € 656 miljoen naar bijna € 1,4 miljard. Gemiddeld gaat ongeveer 1% van de Nederlandse buitenlandse investeringen naar China.

Koninkrijkspositie

De regeringen van de Nederlandse Antillen en van Aruba hebben te kennen gegeven medegedings van dit verdrag wenselijk te achten. De regering van de Nederlandse Antillen beschouwt China als een potentiële markt voor export en dienstverlening door bedrijven in de Nederlandse Antillen. Investeringsbeschermingsverdragen kunnen een stimulans betekenen voor de totstandkoming van buitenlandse investeringen en joint-ventures.

De regering van Aruba streeft naar diversificatie van de economie en ziet hierbij het aantrekken van buitenlandse investeringen en het bevorderen van de handelsbetrekkingen van Aruba als belangrijke instrumenten. Het vastleggen van bindende normen inzake de behandeling van de investeringen in een investeringsbeschermingsverdrag wordt gezien als een van de middelen ter verbetering van de concurrentiepositie van Aruba.

ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel 1 geeft een omschrijving van diverse in het verdrag voorkomende begrippen. De omschrijving van de term investeringen is niet limitatief. Een verandering van de vorm waarin de investering is gedaan, verandert niet het karakter daarvan als investering (artikel 1, eerste lid). In het protocol bij het verdrag (ad artikel 1) is bepaald dat onder de term «investeringen» ook wordt verstaan investeringen die worden gedaan door een in een derde land gevestigde rechtspersoon, die eigendom is van, of beheerd wordt door, een investeerder van een van beide verdrags-

partijen. Het verdrag dekt derhalve zowel directe als indirecte investeringen (investeringen gedaan door een in het gastland opgerichte rechtspersoon of vanuit een vestiging in een derde land). In het protocol is tevens bepaald dat ook herinvesteringen, die gedaan zijn in overeenstemming met de wetten en regels van de betreffende verdragspartij onder het verdrag vallen. Het begrip «investeerder» omvat zowel natuurlijke personen, als economische eenheden met of zonder rechtspersoonlijkheid (artikel 1, tweede lid). Het begrip «opbrengsten» is ruim gedefinieerd als de bedragen die een investering heeft opgebracht (artikel 1, derde lid) en in de definitie zijn inkomsten vermeld die daar onder worden begrepen. In artikel 7, dat de overmaking van gelden regelt, zijn voorts nog meer specifieke inkomsten vermeld (niet limitatief) die bij toepassing van dat artikel onder het begrip opbrengsten vallen. Er zijn voor het grondgebied van de beide verdragspartijen afzonderlijke definities opgenomen. Voor het grondgebied van het Koninkrijk is dat de definitie uit de standaard tekst voor een investeringsbeschermingsovereenkomst, waarin onder meer een verwijzing naar de exclusieve economische zone is opgenomen. Voor het grondgebied van China is bepaald dat dit ook dat deel van het aan de territoriale zee grenzende gebied omvat, waarover China overeenkomstig Chinees en internationaal recht soevereine rechten heeft voor de exploratie en de exploitatie van de bodemschatten in en onder de zeebodem en van de bodemschatten in de aangrenzende wateren (artikel 1, vierde lid).

Artikel 2 verwijst naar de beleidsvrijheid van de verdragsluitende partijen om te beslissen over de toelating van investeringen van de andere verdragsluitende partij. De toelating vindt plaats onder nationaal recht. Onder nationaal recht worden de voorwaarden bepaald waaronder de investeringen worden toegelaten. Deze voorwaarden kunnen dwingend worden opgelegd.

Artikel 3 gaat over de behandeling die investeringen op het grondgebied van de andere partij zullen krijgen. Er wordt voorzien in eerlijke en rechtvaardige behandeling van de investeringen en in een verbod tot het nemen van onredelijke of discriminatoire maatregelen jegens de investeerder, wat betreft het beheer, de instandhouding, het gebruik, het genot en de vervreemding van investeringen. Dit wordt nader gespecificeerd als een behandeling die niet minder gunstig is, dan die welke verleend wordt aan investeringen en activiteiten van eigen onderdanen (nationale behandeling) of die van derde landen. In het protocol is bepaald dat China het recht heeft om in dit verband bestaande afwijkende maatregelen te handhaven, met een verplichting om deze maatregelen niet uit te breiden en inspanningen te doen deze in de toekomst te beëindigen. In het op 17 juni 1985 te Den Haag ondertekende verdrag inzake wederzijdse bevordering en bescherming van investeringen tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Volksrepubliek China (Trb. 1985, 104), hierna aangeduid als het oude verdrag, is niet voorzien in nationale behandeling. Met het nieuwe verdrag is op dat punt winst geboekt en een betere bescherming gecreëerd dan onder het oude verdrag. De uitzonderingen worden, zoals hiervoor aangegeven, niet uitgebreid en in de gevallen waarin geen uitzonderingen bestaan, hebben de Nederlandse investeerders recht op een non-discriminatoire nationale behandeling. De voordelen die aan onderdanen van derde landen worden gegeven in het kader van een douane-unie, een economische unie, monetaire unie of een vergelijkbare instelling, alsmede in het kader van een internationaal belastingverdrag of een internationale regeling die geheel of gedeeltelijk op belastingen betrekking heeft, of die kleinschalige investeringen in grensgebieden bevorderen, behoeven niet aan onderdanen van de andere verdragspartij gegeven te worden.

Artikel 4 voorziet in een welwillende benadering van de verdragspartijen van de aanvraag van visa en werkvergunningen voor investeerders in

verband met activiteiten in het kader van investeringen op het wederzijdse grondgebied.

Artikel 5 omschrijft de voorwaarden die het onrechtmatig karakter ontnemen aan maatregelen die leiden tot onvrijwillig bezitsverlies van een investering. In het eerste lid worden waarborgen gegeven voor de betaling van een rechtvaardige en eerlijke schadeloosstelling, waarbij de redelijke marktwaarde is en van de onteigende investering bepalend is en waarbij een vertraging in de betaling daarvan tot compensatie leidt. De redelijke marktwaarde is de waarde die als redelijk beschouwd kan worden op de markt van de desbetreffende investering. Daarbij is van belang de waarde van vergelijkbare investeringen van eigen investeerders en van andere buitenlandse investeerders in het gastland in vergelijkbare omstandigheden. Bij het bepalen van die waarde ligt het in de rede dat wordt uitgegaan van koop of verkoop in het normale commerciële handelsverkeer tussen redelijk onderhandelende kopers en verkopers, zonder dat er sprake is van (dreigende) onteigening. Deze waardebepaling komt overeen met de waardebepaling aan de hand van uitleg van het begrip werkelijke waarde in artikel 40b, tweede lid, van de Onteigeningswet. De schadeloosstelling omvat de rente tegen de normale commerciële rentevoet tot de datum van betaling. De concrete vaststelling van het rentepercentage vindt plaats aan de hand van de alsdan geldende commerciële rente in het gastland. Wat onteigeningen in Nederland betreft, geldt dat bij toepassing van artikel 55 van de Onteigeningswet de wettelijke rente wordt vergoed. Deze wordt voor zover nodig halfjaarlijks aangepast aan de hand van een referentierente. Het is niet zonder meer te zeggen in hoeverre die rente overeenkomt met de commerciële rente op een bepaald moment. Het ligt voor de hand dat het recht op rentevergoeding ingaat op het moment dat de investeerder recht heeft op schadeloosstelling. In Nederland is dat bijvoorbeeld in artikel 55, derde lid, van de Onteigeningswet vastgelegd. Mocht een geschil ontstaan over de compensatie of het recht van rentevergoeding, dan besluit de geschillenbeslechtende instantie daarover. De investeerder heeft op grond van artikel 10 het recht een eventueel geschil voor te leggen voor internationale arbitrage.

Artikel 6 voorziet met betrekking tot de schadeloosstelling van onderdanen van de andere verdragspartij die verliezen lijden als gevolg van bijvoorbeeld oorlog, noodtoestand, oproer of vergelijkbare omstandigheden, in de meest gunstige van de behandeling die eigen onderdanen of die van derde landen genieten. Op Chinees verzoek is de term «revolutie», in afwijking van de standaardtekst, niet opgenomen.

Artikel 7 garandeert dat de betalingen die verband houden met een investering kunnen worden overgemaakt in een vrije convertibele valuta tegen de geldende koers op de wisselmarkt van de verdragspartij waar de investering is gedaan. De opsomming van categorieën betalingen is niet limitatief. Dit artikel garandeert eveneens de vrije transfer van de in artikel 5 bedoelde schadeloosstelling bij onteigening en de in artikel 6 bedoelde compensatie voor verliezen. In het protocol is bepaald dat wat betreft China de overmakingen in overeenstemming met bepaalde formaliteiten plaatsvinden op grond van Chinese wetten en regels met betrekking tot de controle op het omwisselen. Deze formaliteiten zullen niet gebruikt worden om de verplichtingen van China onder het verdrag opzij te zetten. Investeerders uit het Koninkrijk zullen wat betreft het voldoen aan die formaliteiten niet slechter behandeld worden dan investeerders uit derde landen (tweede lid). Rechten en verplichtingen die de verdragspartijen hebben op grond van het lidmaatschap van het Internationaal Monetair Fonds (IMF), zullen niet door de bepalingen van artikel 7 worden geraakt.

Artikel 8 bevat de erkenning van subrogatie met het oog op een uitkering wegens niet-commerciële schade uit hoofde van een investeringsverzekering, zoals op grond van de Regeling herverzekering investeringen.

Artikel 9 omschrijft de behandeling van een geschil tussen verdragspartijen. De voorzitter van het arbitragetribunaal, bedoeld in dit artikel, moet een onderdaan zijn van een derde land, dat diplomatieke betrekkingen onderhoudt met beide verdragspartijen (derde lid). In het vijfde lid is bepaald dat het tribunaal beslist op basis van de bepalingen van het onderhavige verdrag en van de toepasselijke beginselen van internationaal recht. De uitspraak van het tribunaal is definitief en bindend voor de verdragspartijen (zesde lid). De kosten van de eigen arbiter zijn voor rekening van de betreffende verdragspartij en de kosten van de voorzitter worden door de verdragspartijen gedeeld (zevende lid).

Artikel 10 behandelt de geschillenbeslechting tussen de investeerder en het gastland, ook wel «diagonale arbitrage» genoemd. Voorzien is in een vriendschappelijke oplossing van een geschil (artikel 10, eerste lid). Als dat niet binnen zes maanden mogelijk is, kan het investeringsgeschil op verzoek van de investeerder aan internationale arbitrage worden onderworpen. Beide verdragspartijen stemmen daar op voorhand mee in. Een geschil kan worden voorgelegd aan het Internationale Centrum voor de Beslechting van Investeringsgeschillen voor beslechting onder het op 18 maart 1965 te Washington tot stand gekomen Verdrag inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen Staten en onderdanen van andere Staten (Trb. 1966, 152, laatstelijk Trb. 1994, 126) of aan een internationaal ad hoc tribunaal, dat, tenzij de partijen bij het geschil anders besluiten, onder de arbitrageregels van de Commissie voor Internationaal Handelsrecht van de Verenigde Naties wordt ingesteld (artikel 10, derde lid). Aangegeven is welk recht van toepassing is indien het geschil aan een ad hoc tribunaal wordt voorgelegd (artikel 10, vierde lid). Een geschil kan ook worden voorgelegd aan een nationaal rechtscollege van de verdragspartij op wiens grondgebied de investering plaatsvond. Indien een geschil aan een nationaal rechtscollege in China is voorgelegd, kan het geschil pas aan internationale arbitrage worden onderworpen, indien het geschil is teruggetrokken van behandeling door het nationale rechtscollege. Deze beperking geldt niet voor investeringen op het grondgebied van het Koninkrijk (artikel 10, tweede lid). Reden hiervoor is dat de keuze van een geschillenbeslechtende instantie aan de investeerder wordt overgelaten en verder is het uitgangspunt dat een nationaal of internationaal rechtscollege zelf bepaalt of het bevoegd is om over een geschil te oordelen. In het protocol wordt bepaald dat een geschil in China eerst aan internationale arbitrage kan worden onderworpen, nadat een administratieve procedure is gevolgd onder Chinees recht. Deze procedure zal niet meer dan drie maanden in beslag nemen. Nederland kent deze procedure niet, al gelden hier natuurlijk wel de gebruikelijke nationale procedures, zoals bij bestuursrechtelijke zaken bewaar- en beroepsprocedures. Het volgen van die Nederlandse procedures is echter geen voorwaarde voor toegang tot internationale arbitrage. De afwijkende Chinese procedure is aanvaardbaar in het licht van het feit dat een arbitrageprocedure doorgaans vele jaren duurt, omdat het zeer complexe kwesties betreft. In de periode die de Chinese procedure in beslag neemt, kan door de investeerder al worden gewerkt aan de (juridische) voorbereiding van de internationale geschillenbeslechting. Indien de uitkomst van de Chinese procedure bevredigend is voor de investeerder zal hij waarschijnlijk de zaak niet voorleggen voor internationale arbitrage. In het andere geval zal hij de weg van internationale arbitrage kunnen volgen en zal de uitkomst van die arbitrage voor hem en voor de andere bij het geschil betrokken partij op grond van artikel 10, vijfde lid, definitief en bindend zijn en gelden boven de uitspraak in de Chinese procedure. De omstandigheid dat China in het onderhavige verdrag onvoorwaardelijk instemt met internationale arbitrage betekent een belangrijke verbetering ten opzichte van de situatie onder het oude verdrag dat hierin niet voorzag. In dat verdrag was alleen voorzien in internationale geschillenbeslechting bij geschillen tussen de

investeerder en de andere verdragsluitende partij over de hoogte van compensatie bij onteigening. Bij andere geschillen stond slechts de weg naar een bevoegd nationaal administratief agentschap of een nationale rechter open.

Artikel 12 bepaalt dat het verdrag ook van toepassing is op investeringen die zijn gedaan vóór het tijdstip van inwerkingtreding van het verdrag en die zijn gedaan overeenkomstig de wetten en regels die op het moment van de investering van kracht waren. Tevens is bepaald dat de bepalingen van het verdrag van toepassing zijn ongeacht het bestaan van diplomatieke of consulaire betrekkingen.

Artikel 13 bepaalt dat het verdrag het eerdergenoemde verdrag inzake wederzijdse bevordering en bescherming van investeringen tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Volksrepubliek China vervangt. Tevens is vastgelegd dat de bepalingen van het verdrag niet van toepassing zijn op investeringsgeschillen of claims die onderworpen waren aan een gerechtelijke of arbitrage procedure vóór de inwerkingtreding van het onderhavige verdrag. In die gevallen wordt de procedure onder de bepalingen van het oude verdrag voortgezet.

Artikel 15 geeft aan dat het verdrag een looptijd heeft van 15 jaar, waarna het stilzwijgend wordt verlengd, telkens met een periode van 5 jaar, behoudens opzegging met een termijn van zes maanden. In het geval van beëindiging van het verdrag zal een overgangsregeling van 15 jaar gelden ten aanzien van vóór de beëindiging van het verdrag gedane investeringen (derde lid).

De Minister van Economische Zaken,
L. J. Brinkhorst