

Vergaderjaar 2003–2004 B

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. 2****ADVIES RAAD VAN STATE VAN HET KONINKRIJK EN NADER RAPPORT**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State van het Koninkrijk d.d. 6 december 2002 en het nader rapport d.d. 21 april 2004, aangeboden aan de Koningin door de minister van Economische Zaken. Het advies van de Raad van State van het Koninkrijk is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 9 oktober 2002, no.02.004605, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken, mede namens de Minister van Buitenlandse Zaken en de Minister van Financiën, bij de Raad van State van het Koninkrijk ter overweging aanhangig gemaakt het 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 (Trb.2002, 24), met toelichtende nota.

Het 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 (Trb.2002, 24) (hierna: het Verdrag) heeft tot doel de wederzijdse investeringen tussen het Koninkrijk en China te beschermen en daarmee dergelijke investeringen te bevorderen. Het Verdrag voorziet daartoe in een non-discriminatoire behandeling van de investeerders, de transfers van betalingen, de onteigening van een investering en een geschillenregeling. Het Verdrag vervangt de Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Volksrepubliek China inzake de wederzijdse bevordering en bescherming van investeringen (hierna: de Overeenkomst).¹

De Raad van State van het Koninkrijk ziet geen beletsel voor de goedkeuring van het Verdrag, maar plaatst daarbij de volgende kanttekeningen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 9 oktober 2002, nr. 02.004605, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State van het Koninkrijk zijn advies inzake het bovenvermelde verdrag rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 6 december 2002, nr. W10.02.0440/II/K, bied ik U hierbij aan.

1. In artikel 2 van het Verdrag is onder meer bepaald dat elke Verdragsluitende partij investeringen in overeenstemming met haar wetten en voorschriften toelaat. In de toelichtende nota wordt hieromtrent opgemerkt dat in deze bepaling «wordt bevestigd dat de Verdragsluitende partijen bevoegd zijn om over de toelating van de investeringen te beslissen en om voorwaarden aan

¹ Overeenkomst van 17 juni 1985 (Trb.1985, 104).

investeerdere op te leggen». Het opleggen van voorwaarden wordt echter niet genoemd in de tekst van artikel 2 van het Verdrag. Hiermee lijkt in de toelichtende nota een verdergaande bevoegdheid aan de Verdragsluitende partijen te worden toegekend dan uit de tekst van (artikel 2 van) het Verdrag kan worden afgeleid. Bovendien kan het opleggen van voorwaarden het risico van een discriminatoire behandeling meebrengen. De Raad adviseert de toelichtende nota op dit punt te verduidelijken.

1. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State van het Koninkrijk is in de toelichtende nota de toelichting op artikel 2 aangevuld. Hierdoor is beter tot uitdrukking gebracht dat de toelating van investeringen van investeerders van de ene verdragspartij onderworpen is aan nationale wetten en regels van de andere verdragspartij.

2. De Verdragsluitende partijen spreken af om geen onredelijke of discriminatoire maatregelen te treffen met betrekking tot een aantal handelingen betreffende de investeringen (artikel 3, tweede lid, van het Verdrag). Bovendien spreken de Verdragsluitende partijen af om de investeringen en de daarbij behorende activiteiten van investeerders van de andere Verdragsluitende partij niet minder gunstig te behandelen dan investeringen en de daarbij behorende activiteiten van investeerders van haar eigen of een derde staat (artikel 3, derde lid, van het Verdrag). In het Protocol wordt een uitzondering op deze afspraken gemaakt voor China, nu zij niet van toepassing zijn op de bestaande, non-conforme maatregelen en op de voorzetting daarvan op het grondgebied van China (ad artikel 3 van het Protocol). Weliswaar is in het Protocol bepaald dat «getracht zal worden de non-conforme maatregelen met voortvarendheid op te heffen», maar dit is dusdanig vrijblijvend dat de vraag rijst of het doel van het Verdrag (wederzijdse bevordering van investeringen) kan worden bereikt. In de toelichtende nota ontbreekt een redengeving voor het recht van China om de bestaande afwijkende maatregelen voor onbepaalde termijn te mogen handhaven. De Raad adviseert de toelichtende nota op dit punt aan te vullen.

2. In de toelichtende nota is overeenkomstig het advies van de Raad in de toelichting op artikel 3 uitgebreider ingegaan op de in het protocol opgenomen uitzondering.

3. In artikel 5 van het Verdrag is een regeling betreffende, kort gezegd, het onvrijwillige bezitsverlies van de investering (onteigening) opgenomen. De regeling geeft aanleiding tot een drietal opmerkingen.

a. In het tweede lid van artikel 5, Verdrag is een regeling betreffende de schadeloosstelling opgenomen. In de toelichtende nota ontbreekt een nadere aanduiding van hetgeen moet worden verstaan onder «redelijk». Evenmin wordt duidelijk gemaakt aan de hand van welke criteria in concreto dient te worden bepaald of de marktwaarde redelijk is. Bovendien ontbreekt een toelichting in hoeverre hiermee wordt afgeweken van de werkelijke waarde bedoeld in artikel 40b van de onteigeningswet¹.

b. Het is onduidelijk in hoeverre de regeling van de verschuldigde rente aansluit bij hetgeen is bepaald in artikel 55 van de onteigeningswet.²

c. In de praktijk kunnen geschillen over de schadeloosstelling ontstaan. Hiertoe was in de Overeenkomst een expliciete regeling getroffen. Een dergelijke regeling ontbreekt in het Verdrag, zodat moet worden aangenomen dat geschillen betreffende de onteigingssschadeloosstelling vallen onder de arbitrageregeling voor geschillen tussen de investeerder en de Verdragsluitende partij (artikel 10 van het Verdrag). De Raad adviseert in de toelichtende nota aandacht te besteden aan deze consequentie.

3. Naar aanleiding van het advies van de Raad in de onderdelen a en b is in de toelichtende nota de toelichting op artikel 5 aangevuld. Het advies in onderdeel c is gevolgd door middel van een uitbreiding van de toelichting op artikel 5 en op artikel 10.

¹ Artikel 40 b onteigeningswet luidt als volgt:

1. De werkelijke waarde van de onteigende zaak, niet de denkbeeldige, die de zaak uitsluitend voor de persoon van de rechthebbende heeft, wordt vergoed.

2. Bij het bepalen van de werkelijke waarde wordt uitgegaan van de prijs, totstandgekomen bij een onderstelde koop in het vrije commerciële verkeer tussen de onteigende als redelijk handelende verkoper en de onteigenaar als redelijk handelende koper.

3. In bijzondere gevallen wordt de werkelijke waarde naar andere maatstaf bepaald.

² Artikel 55, derde lid, van de onteigeningswet luidt als volgt: Onder een schadeloosstelling is de wettelijke rente daarvan begrepen. De wettelijke rente loopt te rekenen van de dag van het vonnis van onteigening, bedoeld in artikel 37 of de dag van het vonnis, bedoeld in artikel 54t.

4. *In artikel 10, tweede lid, van het Verdrag is bepaald dat de investeerder een geschil kan voorleggen aan een nationale rechter. Voor een geschil tussen de Nederlandse investeerder en China is geregeld dat de investeerder het geschil uitsluitend kan onderwerpen aan de internationale geschillenregeling indien de zaak bij de Chinese rechter is ingetrokken. De Chinese investeerder kan te allen tijde, dus ook tegelijkertijd met een procedure voor de Nederlandse rechter, een internationale procedure voeren. In de toelichtende nota ontbreekt de reden voor dit onderscheid tussen China en het Koninkrijk; de Raad adviseert de toelichtende nota op dit punt aan te passen.*

4. Aan het advies van de Raad is gevolg gegeven door een uitbreiding in de toelichtende nota van de toelichting op artikel 10.

5. *In het Protocol is geregeld dat, voorafgaande aan de internationale arbitrage, de Nederlandse investeerder in China een administratieve procedure moet voeren. Dit is, naar de Raad aanneemt, een andere procedure dan de in artikel 10, tweede lid, van het Verdrag bedoelde procedure. In de toelichtende nota ontbreekt een nadere uitleg omtrent deze procedure. Wel wordt vermeld dat de Chinese procedure een vertraging van drie maanden oplevert. Dat betekent dus een belangrijke verlenging van de gehele procedure. In de toelichtende nota wordt gesteld dat Nederland deze procedure niet kent. De Raad wijst erop dat het Nederlandse bestuursrecht diverse administratieve procedures kent, bijvoorbeeld de bezwaarschriftprocedure en het administratief beroep. Uit de verdragstekst, noch uit de toelichtende nota kan worden opgemaakt of de Chinese investeerder in het Koninkrijk deze procedures niet eerst hoeft te voeren. De Raad adviseert de toelichtende nota op dit punt aan te passen en daarbij tevens in te gaan op de aard van de Chinese procedure en de verhouding tussen de uitkomst van deze administratieve procedure en de internationale arbitrage.*

5. Het advies van de Raad is gevolgd door middel van een uitbreiding in de toelichtende nota van de toelichting op artikel 10.

6. *Voor redactionele kanttekeningen verwijst het college naar de bij het advies behorende bijlage.*

6. Aan de redactionele kanttekeningen van de Raad is gevolg gegeven.

7. Voorts is van de gelegenheid gebruik gemaakt enkele economische gegevens in de toelichtende nota te actualiseren.

De Raad van State van het Koninkrijk geeft U in overweging goed te vinden dat bedoeld Verdrag wordt overgelegd aan de beide Kamers der Staten-Generaal, aan de Staten van de Nederlandse Antillen en aan die van Aruba, nadat aan het vorenstaande aandacht zal zijn geschonken.

*De Vice-President van de Raad van State van het Koninkrijk,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U, mede namens de Minister van Buitenlandse Zaken en de Minister van Financiën, verzoeken de Minister van Buitenlandse Zaken te machtigen gevolg te geven aan zijn voornemen het verdrag vergezeld van de gewijzigde toelichtende nota ter stilzwijgende goedkeuring over te leggen aan de Eerste Kamer en aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal en tevens over te leggen aan de Staten van de Nederlandse Antillen en aan de Staten van Aruba.

De Minister van Economische Zaken,
L. J. Brinkhorst

Bijlage bij het advies van de Raad van State het Koninkrijk van 6 december 2002, no.W10.02.0440/II/K, met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

Verdrag

- In artikel 3, tweede lid, ontbreekt «de werking van investeringen». Dit onderdeel komt wel voor in andere investeringsverdragen. De toelichtende nota heeft op dit punt een nadere aanvulling.
- In artikel 7, eerste lid, wordt het begrip »opbrengst» gehanteerd, dat op onderdelen niet in overeenstemming is met de definitie van artikel 1, derde lid. Gezien het belang van het gebruik van een eenduidige terminologie dient de toelichtende nota te worden aangevuld.

Protocol

- In ad artikel 7, tweede lid, van het Protocol is de volgende zinsnede opgenomen: «In dit opzicht». Het is onduidelijk wat hiermee wordt bedoeld.