

Fiche 10: Verordening overgangsregeling bilaterale investeringsovereenkomsten

1. Algemene gegevens

VERORDENING VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD

tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsovereenkomsten tussen lid-staten en derde landen

Datum Commissiedocument

7 juli 2010.

Nr. Commissiedocument

COM(2010) 344 definitief.

Prelex

http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=nl&DosId=199504

Nr. impact-assessment Commissie en Opinie Impact-assessment Board

niet opgesteld.

Behandelingstraject Raad

Raad van Buitenlandse Zaken; staat geagendeerd voor 10 september 2010.

Eerstverantwoordelijk ministerie

Ministerie van Economische Zaken.

Rechtsbasis, stemwijze Raad, rol Europees Parlement en comitologie

a) Rechtsbasis

Art. 207, lid 2, Verdrag betreffende de werking van de EU.

b) Stemwijze Raad en rol Europees Parlement

co-decisie procedure (Art. 294 Verdrag betreffende de werking van de EU):

- Raad: gekwalificeerde meerderheid;
- EP: medebeslissing; Het voorstel zal in het Committee on International Trade (INTA) van het EP behandeld worden. De eerste discussie in INTA is voor 25/26 oktober 2010 geagendeerd.

c) Comitologie

De Commissie krijgt bijstand van een Raadgevend Comité overeenkomstig de raadgevingprocedure; de artikelen 3 en 7 van Besluit 1999/468/EC zijn van toepassing.

2. Samenvatting BNC - fiche

- *Korte inhoud voorstel*

Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon zijn buitenlandse directe investeringen onder de gemeenschappelijke handelspolitiek komen te vallen en daarmee een exclusieve bevoegdheid van de EU geworden. Dit betekent ten eerste dat dit een nieuw EU beleidsterrein is en ten tweede dat er een oplossing moet komen voor de bestaande investeringsbeschermingsovereenkomsten (IBO's) van de lidstaten met derde landen.

Dit voorstel behelst een transitierégime waarbij de bestaande IBO's van de lidstaten met derde landen onder voorbehoud door de Commissie geautoriseerd worden en daarmee tijdelijk mogen blijven bestaan.

De Commissie gaat binnen 5 jaar alle bestaande IBO's op hun conformiteit met EU recht toetsen (reviewen). Mocht de Commissie tot de conclusie komen dat een IBO van een lidstaat met een derde land niet conform EU recht is, dan kan zij de autorisatie intrekken en de lidstaat de opdracht geven om de desbetreffende IBO te wijzigen of op te zeggen.

Vanaf het moment van inwerkingtreding van deze Verordening mogen de lidstaten geen IBO's met derde landen meer afsluiten zonder voorafgaande goedkeuring van de Commissie.

- *Bevoegdheidsvaststelling en subsidiariteits- en proportionaliteitsoordeel*

- Het voorstel betreft exclusieve bevoegdheid voor de EU, maar voor wat betreft het transitierégime is het twijfelachtig of dit voor alle IBO aspecten geldt;
- Het subsidiariteitsbeginsel is niet van toepassing op onderdelen die tot de exclusieve bevoegdheid van de EU behoren Het subsidiariteits- en proportionaliteitsoordeel is positief;

- *Risico's / implicaties/ kansen*

Leidend principe voor het overgangsregime is de rechtszekerheid voor investeerders maximaal te beschermen. Het nu voorgestelde transitierégime voldoet in zijn huidige vorm niet maximaal aan deze doelstelling. Vooral de beperkte duur van de autorisatie en de breed geformuleerde voorwaarden voor de intrekking daarvan kunnen leiden tot rechtsonzekerheid van de bestaande Nederlandse IBO's en mogelijk ook de rechtszekerheid voor gedane investeringen door Nederlandse investeerders aantasten. Deze rechtsonzekerheid en de bijkomende administratieve handelingen kan gevolgen hebben voor het investeringsbeleid en de investeringsbereidheid van het Nederlandse bedrijfsleven, wat negatieve gevolgen voor de Nederlandse economie kan hebben. Bovendien zijn er administratieve lasten en personele implicaties voor de rijksoverheid aan dit voorstel verbonden.

- *Nederlandse positie en eventuele acties*

De centrale inzet van Nederland is om de rechtszekerheid van de bestaande IBO's maximaal te beschermen. De noodzaak om een transitierégime in te stellen om de overgang van de IBO-competentie van de lidstaten naar de EU te regelen is onbetwist.

Nederland streeft dus naar een overgangsregime dat de rechtszekerheid van bestaande IBO's niet aantast, maar wel de mogelijkheid voor de EU biedt om een Europese investeringsbeleid te ontwikkelen en te implementeren.

Nederland is echter van mening dat de Verordening zoals nu voorgesteld op een aantal punten verbetering behoeft. Volgens Nederland zou de autorisatie van de bestaande IBO's zonder voorbehoud plaats moeten vinden en voor een langere periode. Daarnaast zouden bestaande IBO's pas opgezegd moeten worden als de EU vergelijkbare EU IBO's met de desbetreffende derde landen heeft afgesloten. Vanwege de overgang van exclusieve bevoegdheid van lidstaten naar de EU dienen de lidstaten een grotere zeggenschap te krijgen bij de uitvoering van deze verordening. Kortom, het voorstel behoeft substantiële aanpassingen voordat het door Nederland gesteund kan worden.

3. Samenvatting voorstel

- *Inhoud voorstel*

Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon zijn buitenlandse directe investeringen onder de gemeenschappelijke handelspolitiek komen te vallen en daarmee een exclusieve bevoegdheid van de EU geworden. Hiervoor vielen buitenlandse directe investeringen onder de nationale competentie van de lidstaten. Vóór de verschuiving van deze competentie naar de EU, hebben diverse lidstaten, waaronder Nederland, een groot aantal IBO's met andere landen gesloten.

De functie van IBO's is tweedelig. In de eerste plaats beogen IBO's investeringen te beschermen door bepaalde rechten te garanderen, zoals non-discriminatie, vrije kapitaaltransfer en compensatie bij onteigening. In de tweede plaats bieden IBO's de mogelijkheid om geschillen tussen investeerders en een staat door middel van internationale arbitrage te beslechten.

Nederland heeft inmiddels 98 IBO's afgesloten. Deze IBO's hebben in de afgelopen decennia een belangrijke rol gespeeld voor het stimuleren van investeringen door het Nederlandse bedrijfsleven met een positief effect voor de Nederlandse economie en de werkgelegenheid.

Omdat het Verdrag van Lissabon geen overgangsregeling kent en de IBO's van de lidstaten krachtens internationaal publiekrecht juridisch geldig blijven, heeft de Commissie besloten om een overgangsregime voor te stellen.

Naast dit voorstel heeft de Commissie ook een Mededeling gepubliceerd (COM(2010)343 definitief) waarin zij haar ideeën over een toekomstig Europees internationaal investeringsbeleid presenteert (zie BNC-fiche m.b.t. deze Mededeling).

De voorgestelde Verordening behelst onder andere de volgende punten:

- een 'autorisatiesysteem met voorbehoud', waarbij de Commissie de lidstaten gaat autoriseren om – onder voorwaarden – hun IBO's voort te zetten;

- een notificatieverplichting waarbij binnen 30 dagen na inwerkingtreding van deze Verordening alle bestaande IBO's aan de Commissie genotificeerd dienen te worden om in aanmerking te komen voor een dergelijke autorisatie;
- de Commissie zal vervolgens binnen 5 jaar alle geautoriseerde IBO's op hun conformiteit met EU-recht toetsen. Indien een IBO niet conform EU-recht is, kan autorisatie ingetrokken worden en moet de desbetreffende lidstaat de IBO aan het EU-recht aanpassen of – als dat niet lukt – opzeggen;
- alle IBO's die bij inwerkingtreding van de verordening nog onderhandeld worden of reeds ondertekend, maar nog niet van kracht zijn, moeten eerst aan de Commissie voor goedkeuring voorgelegd worden;
- met betrekking tot geschillenprocedures zijn de lidstaten verplicht om de Commissie volledig op de hoogte te houden van alle geschillen waarbij een beroep wordt gedaan op een IBO;
- de Commissie kan direct invloed uitoefenen op de geschillen door bijvoorbeeld lidstaten voor te schrijven om al dan niet een geschil aanhangig te maken en een bepaalde verdediging te voeren of door zelf direct aan de geschillenprocedure deel te nemen;
- binnen 5 jaar wil de Commissie zowel alle IBO's als ook het hele overgangsregime herbeoordelen om te bezien of dit stelsel nog nodig is;

- *Impact assessment Commissie*

Er is geen impact assessment door de Commissie opgesteld.

4. Bevoegdheidsvaststelling en subsidiariteits- en proportionaliteitsoordeel

a) Bevoegdheid:

De Commissie baseert de bevoegdheid op Art. 207, lid 2 van het EU-Werkingsverdrag. Er is sprake van een exclusieve bevoegdheid wat betreft directe buitenlandse investeringen en de gemeenschappelijke handelspolitiek. Maar niet alle aspecten die normaliter in IBO's geregeld worden, vallen binnen deze exclusieve bevoegdheid. Nederland is van mening dat verschillende aspecten rond onteigening en nadeelcompensatie, geschillenbeslechting en internationale vertegenwoordiging en aansprakelijkheid de bevoegdheid blijven van de lidstaten. Dit betekent dat de lidstaten met betrekking tot deze elementen de competentie behouden om deze aspecten te regelen.

b) Functionele toets:

- *Subsidiariteit: N.v.t.*, maar alleen voor zover het de aspecten betreft die onder de exclusieve bevoegdheid van de EU vallen. Er is een noodzaak voor gezamenlijk optreden. Het doel om één transitieregime voor alle bestaande IBO's te creëren kan alleen door een Europese regeling gerealiseerd worden, omdat enerzijds de meeste maar niet alle lidstaten

IBO's hebben afgesloten, en anderzijds grote inhoudelijke verschillen tussen de IBO's onderling bestaan.

Voor zover het de aspecten betreft die tot de exclusieve bevoegdheid van lidstaten behoren is er geen ruimte voor subsidiariteit.

- *Proportionaliteit: positief*, voor zover het de noodzaak voor een overgangsregime betreft; de aspecten van implementatie, monitoring, normstelling en handhaving op Europees niveau geregeld dienen te worden. Aangezien dit overgangsregime in de gehele EU gelijkwaardig moet worden toegepast heeft de Commissie terecht gekozen voor een verordening.

Sterke kanttekening wordt gezet bij de mate waarin de rechtszekerheid met dit voorstel wordt beschermd.

c) Nederlands oordeel:

De noodzaak om een transitierégime in te stellen om de overgang van de IBO-competentie van de lidstaten naar de EU te regelen is onbetwist. Dit is ook de wens van de lidstaten.

Positief aan het voorstel is dat alle bestaande IBO's in beginsel door de Commissie geautoriseerd zullen worden en de lidstaten dus hun IBO's - tijdelijk - mogen voortzetten.

Negatief aan het voorstel zijn de mogelijke consequenties – met name het intrekken van de autorisatie – die aan het toetsen van de bestaande IBO's binnen 5 jaar verbonden kunnen zijn. Gezien het feit dat investeringen geregeld over een lange periode (10, 20 of nog meer jaren) gedaan worden en dat Nederlandse IBO's normaliter voor een looptijd van 10 jaar gesloten worden, dringt Nederland er op aan om de toetsingsperiode te verlengen. Bovendien zijn de criteria die gebruikt worden om de conformiteit van IBO's met EU-recht te toetsen volgens Nederland te ruim geformuleerd. Ook de nu voorgestelde vergaande mogelijkheid voor de Commissie om in geschillenprocedures direct in te grijpen zou sterk terug gebracht moeten worden. Nederland wenst de ruimte te behouden om zelf te bepalen hoe een geschil in het belang van Nederland het beste opgelost kan worden. Een dergelijk bevoegdheid van de Commissie raakt direct aan de soevereiniteit van Nederland. In tegenstelling tot andere lidstaten heeft Nederland een zeer sterke positie in de markt voor directe buitenlandse investeringen. Er zijn maar 4 landen die meer investeren dan Nederland, en 6 landen die meer investeringen binnen krijgen. Het belang van Nederland bij deze regeling is dus veel groter dan voor de meeste andere lidstaten. Het voorstel houdt verder geen rekening met het feit dat enkele aspecten die normaliter in IBO's geregeld worden nog steeds tot de nationale bevoegdheid van de lidstaten behoren. Derhalve acht Nederland het noodzakelijk dit met eerbiediging van deze nationale bevoegdheden nader in de Verordening uit te werken.

De Nederlandse inzet is er derhalve op gericht de rechtszekerheid voor Nederlandse investeerders maximaal te waarborgen. Dit kan het beste bereikt worden door de bestaande IBO's pas te

vervangen op het moment dat de EU minstens gelijkwaardige IBO's met de desbetreffende landen afgesloten heeft. Deze inzet wordt ook door een groot aantal andere lidstaten gesteund, waaronder Duitsland, Frankrijk, VK, Zweden en Finland.

5. Implicaties financieel

a)Consequenties EG-begroting

De Commissie geeft aan dat er geen consequenties voor de EG-begroting zijn. Desalniettemin is duidelijk dat de nieuwe bevoegdheid voor de Commissie personele consequenties heeft. Nederland acht het van belang dat de Commissie hiervoor voldoende capaciteit inzet. Dit moet worden opgevangen binnen de huidige financiële kaders.

b)Financiële consequenties (incl. personele) voor rijksoverheid en/ of decentrale overheden

In Nederland worden IBO's door de Ministeries van Economische Zaken en Buitenlandse Zaken en in goed overleg met het Ministerie van Financiën beheerd.

Voor de korte termijn brengen de notificatie- en informatieverplichtingen die de Commissie aan de lidstaten oplegt nieuwe werklasten met zich mee waarvoor mogelijk meer specialistische capaciteit voor dit onderwerp bij de rijksoverheid nodig zal zijn. Voor de langere termijn is het duidelijk dat wegens de exclusieve bevoegdheid van de EU met betrekking tot directe buitenlandse investeringen Nederland op lange termijn geen IBO's meer gaat uitonderhandelen en afsluiten. Dit zou kunnen betekenen dat, als nationale IBO's grotendeels uitgefaseerd zijn, hiervoor minder capaciteiten voor de rijksoverheid nodig zullen zijn.

c)Financiële consequenties (incl. personele) voor bedrijfsleven en burger

Het is mogelijk dat de rechtsonzekerheid rond bestaande IBO's financiële consequenties voor het bedrijfsleven veroorzaken, doordat er meer risico's ontstaan bij het plannen en plegen van investeringen in derde landen.

d)Administratieve lasten voor rijksoverheid, decentrale overheden

Zoals boven vermeld zorgen de veelvuldige verplichtingen tot een doorlopende informatiever-schaffing met betrekking tot bestaande IBO's aan de Commissie voor extra administratieve las-ten voor de Rijksoverheid en decentrale overheden, met name voor de Ministeries die IBO's be-heren.

e)Administratieve lasten voor bedrijfsleven en burger

Geen.

f) Fraudegevoeligheid

Dit voorstel is niet fraudegevoelig omdat er geen (Europese) subsidies of andere overheidsgel-den aan de orde zijn.

6. Implicaties juridisch

a)Consequenties voor nationale en decentrale regelgeving en/of sanctionering beleid

Het voorstel zoals het er nu ligt heeft voor de Rijksoverheid direct juridische consequenties:

Als de Commissie aan Nederland opdracht geeft tot wijziging of opzegging van één of alle IBO's heeft dit volkenrechtelijke gevolgen, omdat Nederland gedwongen wordt met een derde land in onderhandelingen te treden over een wijziging of opzegging van de IBO. Daarbij heeft het wijzigen of het opzeggen van IBO's gevolgen voor de hoeveelheid aan procedures die gevolgd moeten worden krachtens de Rijkswet Goedkeuring en Bekendmaking Verdragen.

Afhankelijk van het resultaat van dergelijke onderhandelingen kan dit ook tot internationale aansprakelijkheid van Nederland leiden.

Meer in het algemeen kan het uitgebreide herzieningsproces de kracht van bestaande IBO's aantasten.

De vergaande interventiebevoegdheden die de Commissie opeist in het kader van geschillenbeslechtingsprocedures die op grond van IBO's aanhangig worden gemaakt, maken direct inbreuk op de procestactiek van Nederland; zij kunnen in bepaalde gevallen tot aansprakelijkheid van Nederland leiden.

Daarnaast blijft het probleem met de rechtsbescherming die normaliter nog 10 jaar doorloopt na het eindigen van een IBO; de Verordening houdt hier geen rekening mee, terwijl bij investeerders onduidelijkheden kunnen ontstaan met betrekking tot de rechtsbescherming van gedane investeringen.

Tot slot, is het mogelijk dat er juridische implicaties voor de nationale en decentrale overheden in de toekomst ontstaan wat betreft onteigening en nadeelcompensatie bij aansprakelijkheid. Op nationaal niveau zullen de interne procedures voor dergelijke gevallen, maar ook met betrekking tot niet-financiële aspecten die hiermee samenhangen moeten worden gezien.

b)Voorgestelde implementatietermijn (bij richtlijnen en kaderbesluiten), dan wel voorgestelde datum inwerkingtreding (bij verordeningen en beschikkingen) met commentaar t.a.v. haalbaarheid

De Commissie heeft mondeling aangegeven dat zij hoopt dat de Raad en het EP voor het eind van dit jaar dit voorstel aan zullen nemen. De eerste bespreking van het voorstel met de Commissie en de investeringsexperts van de lidstaten vindt in september. Het EP heeft eind oktober een eerste hearing over dit onderwerp geagendeerd. Gezien de weerstand en kritiekpunten van een groot aantal lidstaten lijkt het onwaarschijnlijk dat Raad en EP dit voorstel nog dit jaar zullen goedkeuren.

c)Wenselijkheid evaluatie-/horizonbepaling

Art. 5, lid 3, van de voorgestelde Verordening geeft aan dat uiterlijk 5 jaar na de inwerkingtreding van deze Verordening de Commissie bij het EP en de Raad een verslag over de toepassing van deze maatregel in gaat dienen.

Op zich is een evaluatie wenselijk, problematisch zijn echter de mogelijke consequenties die aan deze evaluatie verbonden zijn – vooral het intrekken van de autorisatie.

7. Implicaties voor uitvoering en handhaving

a) Uitvoerbaarheid

Het voorstel heeft geen directe implicaties voor uitvoeringsinstanties.

Wel rijst de vraag wat de implicaties zijn mocht de Commissie tot het oordeel komen dat één of meerdere Nederlandse IBO's niet conform EU recht zijn en derhalve opgezegd moeten worden. Gezien de administratieve lasten die de Verordening met zich mee brengt is de voorgestelde termijn van 30 dagen voor de notificatie van alle bestaande IBO's veel te kort. Nederland denkt daarbij eerder aan een termijn van 90 dagen.

b) Handhaafbaarheid

De Commissie denkt dat zij in staat is om de handhaving van enkele honderden IBO's van de lidstaten te kunnen waarborgen. Een aandachtspunt betreft dat de Commissie hiervoor wel voldoende capaciteit met juist specialisme zal moeten reserveren.

8. Implicaties voor ontwikkelingslanden

Afhankelijk van de mogelijkheden voor lidstaten om IBO's te blijven onderhandelen met partnerlanden die niet door de gehele EU als prioriteit worden beschouwd, zijn de verwachte gevolgen voor ontwikkelingslanden niet bijzonder groot. Mogelijk verplaatst de economische dialoog tussen Nederland en de verschillende ontwikkelingslanden zich naar een ander niveau als wordt verwacht dat investeringsbescherming zoveel mogelijk deel gaat uitmaken van handelsovereenkomsten (denk ook aan EPA's).

9. Nederlandse positie (belangen en eerste algemene standpunt)

Voor Nederland is de rechtszekerheid van alle bestaande IBO's en daarmee de bescherming van door Nederlandse investeerders gedane investeringen van cruciaal belang. Daarnaast moet de transitie zo soepel mogelijk verlopen, waarbij de rechtsbescherming en rechtszekerheid voor Nederlandse investeerders zoveel mogelijk beschermd blijven.

Bovendien is het voor Nederland van groot belang de bevoegdheden op het gebied van buitenlandse investeringen, die niet tot de exclusieve bevoegdheid van de EU behoren (vooral de verschillende aspecten rond onteigening en nadeelcompensatie, geschillenbeslechting en internationale vertegenwoordiging en aansprakelijkheid), te kunnen blijven uitoefenen.

Het voorstel zoals het er nu ligt beschermt in onvoldoende mate de rechtszekerheid van bestaande Nederlandse IBO's en daarmee de door Nederlandse investeerders gedane investeringen in derde landen. Het voorgestelde 'autorisatiesysteem met voorbehoud' geeft de Commissie een instrument in handen om – op elk gewenst moment binnen de eerste 5 jaar en volgens eigen beoordeling – de autorisatie van een IBO in te trekken. Omdat dit systeem de rechtszekerheid aantast, verdient een ander model de voorkeur, namelijk het 'vervangingsysteem'. Het vervangingsysteem betekent dat een lidstaat alleen dan verplicht kan worden om een bestaande IBO op te zeggen, als er een gelijkwaardige EU IBO voor in de plaats komt. In de eerste plaats ga-

randeert dit een naadloze aansluiting tussen de huidige IBO's van de lidstaten en de EU IBO's. In de tweede plaats moeten EU IBO's bij voorkeur een vergelijkbare bescherming bieden als de IBO's van de lidstaten. Een dergelijk systeem biedt dus duidelijk meer rechtszekerheid. Hetzelfde geldt voor lopende onderhandelingen tussen de EU en derde landen met betrekking tot vrijhandelsakkoorden. De Commissie is van plan om investeringsaspecten in deze vrijhandelsakkoorden te integreren.

Een ander punt betreft de betrokkenheid van de lidstaten bij de uitvoering van de verordening. Wanneer gekozen wordt voor het voorgestelde Raadgevend Comité waarin de lidstaten en de Commissie vertegenwoordigd zijn, kan de Commissie een besluit nemen en daarbij het advies van het Raadgevend Comité naast zich neerleggen. De lidstaten zouden dus aanzienlijk aan invloed verliezen als het gaat om het voortbestaan van hun IBO's. Gezien de grote gevolgen van een opzegging van een IBO voor de desbetreffende lidstaat is het noodzakelijk dat de lidstaten voldoende inspraakmogelijkheden hebben. Derhalve is het wenselijk dat het Trade Policy Committee (TPC) als Regelgevend Comité overeenkomstig Artikel 5 van het Comitogieberesluit zal optreden, zodat de Commissie sterker rekening zal moeten houden met de bezwaren van de lidstaten.