

Vergaderjaar 2008–2009 A

31 846 (R1875)

Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Speciale Administratieve Regio Macau van de Volksrepubliek China inzake de bevordering en de wederzijdse bescherming van investeringen; Macau, 22 mei 2008

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, 7 januari 2009

Ter griffie van de Eerste en van de Tweede Kamer der Staten-Generaal ontvangen op 30 januari 2009.

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 1 maart 2009.

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 22 mei 2008 te Macau totstandgekomen verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Speciale Administratieve Regio Macau van de Volksrepubliek China inzake de bevordering en de wederzijdse bescherming van investeringen (Trb. 2008, 129).

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 januari 2009 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,
M. J. M. Verhagen

TOELICHTENDE NOTA

Algemeen

Het advies van de Raad van State wordt niet openbaar gemaakt, omdat het zonder meer instemmend luidt (artikel 25a, vierde lid, onderdeel b, van de Wet op de Raad van State).

In deze nota wordt mede namens de ministers van Buitenlandse Zaken en van Financiën het op 22 mei 2008 te Macau tot stand gekomen Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Speciale Administratieve Regio Macau van de Volksrepubliek China inzake de bevordering en de wederzijdse bescherming van investeringen (hierna: «het Verdrag») toegelicht. Macau heeft binnen de Volksrepubliek China een speciale status, die voortvloeit uit het akkoord met Portugal over de overdracht van het Portugese bestuur van Macau aan de Volksrepubliek China op 20 december 1999. Daarin is vastgelegd dat Macau gedurende 50 jaar een grote mate van autonomie heeft en het recht heeft om (economische) verdragen te sluiten, zoals dit Verdrag.

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

Het overleg inzake dit Verdrag heeft plaatsgevonden op initiatief van het Koninkrijk der Nederlanden.

Het Verdrag, dat grotendeels overeenkomt met het modelverdrag van het Koninkrijk, garandeert aan investeerders non-discriminatoire behandeling van investeringen door investeerders van de ene verdragspartij op het grondgebied van de andere verdragspartij. Investeerders hebben met betrekking tot hun investering recht op een behandeling die niet slechter is dan de behandeling die investeerders uit het land zelf krijgen (nationale behandeling), alsmede op een behandeling die niet slechter is dan de behandeling die aan investeerders uit derde landen wordt gegeven. Investeerders hebben recht op de beste behandeling van deze twee. Het Verdrag voorziet verder onder meer in een vrije transfer van betalingen verband houdend met een investering. Er worden tevens regels gesteld omtrent onteigening van een investering. Eventuele geschillen met overheden van het gastland kunnen door de investeerder worden onderworpen aan onpartijdige internationale arbitrage.

Het belang van het Verdrag

Het belang van het Verdrag voor investeerders van het Koninkrijk is gelegen in het feit dat het Verdrag regels bevat die aan hen voor langere tijd zekerheid verschaffen over de behandeling van hun investeringen. Zij hebben in ieder geval recht op de meest gunstige van de behandeling die investeerders van het eigen land of die uit een derde land genieten. De bescherming die het Verdrag verder biedt, zoals het recht op vrije transfer en de regels bij onteigening, blijft bestaan ook als de nationale wetgeving gewijzigd zou worden.

Alle investeringsbeschermingsverdragen die het Koninkrijk der Nederlanden sluit, zijn gebaseerd op de Nederlandse modelovereenkomst. Deze is ontwikkeld in nauw overleg met het bedrijfsleven en biedt het bedrijfsleven een toezegging tot bescherming van de investeringen in het andere land. Een investeringsbeschermingsverdrag vormt een kader waar het bedrijfsleven in het buitenland een beroep op kan doen als er bijvoorbeeld een investeringsgeschied is of dreigt.

Economie en bilaterale economische betrekkingen met Macau

Na eeuwenlang Portugees bestuur over Macau, ratificeerden China en Portugal in januari 1988 een gezamenlijke verklaring waarin werd vastgesteld dat Macau onder voorwaarde van het «een land, twee

systemen principe» op 20 december 1999 een Speciale Administratieve Regio van China zou worden. In de verklaring is opgenomen dat Macau tot en met 2049 een zelfstandige positie zal hebben en zelfstandig beleid kan formuleren, behalve op het gebied van het buitenlands- en veiligheidsbeleid. Op 20 december 1999 werd Macau een Speciale Administratieve Regio (SAR) van de Volksrepubliek China onder het leiderschap van een uitvoerend orgaan («Chief Executive»). Macau heeft de bevoegdheid gehouden om economische verdragen te sluiten, maar de Chinese regering kijkt wel mee over de schouder van het bestuur van Macau. Macau heeft een open economie, hetgeen na de overdracht aan China niet is veranderd. Na een dip als gevolg van de Azië-crisis van 1998 en wereldwijde economische teruggang in 2001, zit de economie van Macau weer in de lift. Dit mede als gevolg van de liberalisering van de kansspelindustrie voor buitenlandse investeerders. De groei van de economie wordt voornamelijk bepaald door buitenlandse investeringen in casino's. De groei van het bruto nationaal product (BNP) fluctueert enorm. In 2006 was dit ruim 16% en in 2007 30%. Macau heeft een goed ontwikkelde infrastructuur, waarin de overheid veel investeert.

De economie van Macau draait voornamelijk op de dienstensector. De belangrijkste bronnen van inkomsten zijn het toerisme, vooral bezoekers van het Chinese vasteland, en de kansspelindustrie. Veel grote, vooral Amerikaanse, casino's hebben goklicenties gekregen en zij investeren miljarden in Macau. De kansspelindustrie is de belangrijkste bron van inkomsten voor de overheid. De textielindustrie, de vuurwerkproductie en de productie van speelgoed zijn voorbeelden van sectoren die eveneens van belang zijn voor de economie van Macau. De verwachting is wel dat er op termijn productie verloren gaat als gevolg van een verschuiving van economische activiteiten naar het Chinese vasteland. Ongeveer de helft van de export van Macau gaat naar de Verenigde Staten. Een belangrijk deel (ruim 40%) van de in Macau ingevoerde producten komt van het Chinese vasteland. De beste kansen voor Macau blijven liggen in de dienstensector (financiële diensten, toerisme, scheepvaart).

De betrekkingen tussen Macau en Nederland hebben zich gedurende de afgelopen jaren niet substantieel ontwikkeld. De Nederlandse invoer uit Macau was in 2007 ongeveer € 25 miljoen (2006: € 30 miljoen). Deze bestond voornamelijk uit kleding en schoeisel. De Nederlandse uitvoer naar Macau is beperkt van omvang en bestaat voornamelijk uit industriële producten. Deze bedroeg in 2007 ongeveer € 7,9 miljoen (2006: € 7,1 miljoen). Investerings van enige omvang van Nederland in Macau en vice versa zijn niet bekend.

Koninkrijkspositie

De regeringen van de Nederlandse Antillen en van Aruba hebben te kennen gegeven medegedeling van dit Verdrag te wensen. De regering van de Nederlandse Antillen beschouwt Macau 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 daarbij 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 (onderdeel a) is niet limitatief. De term «investeerders» is voor natuurlijke personen, alsmede voor rechtspersonen die zijn opgericht onder het recht van het gebied waarvan de investeerders de nationaliteit hebben of ingezetenen zijn, voor elk van de beide verdragspartijen afzonderlijk omschreven. Het Verdrag dekt zowel directe als indirecte investeringen (investeringen gedaan door een in het gastland opgerichte rechtspersoon of door een in een derde land opgerichte rechtspersoon die onder toezicht staat van een investeerder van de andere verdragspartij). Daarbij is omschreven welke factoren onder meer in beschouwing kunnen worden genomen om dat toezicht aan te tonen. De bewijslast ligt bij de investeerder. Natuurlijke personen die in Macau investeren en die ten tijde van de investering zowel de Nederlandse nationaliteit hebben, als recht hebben op de identiteitskaart voor inwoners van Macau, worden niet beschouwd als investeerders van het Koninkrijk der Nederlanden in de zin van het onderhavige Verdrag (onderdeel b). In plaats van de term «grondgebied» is voor beide verdragspartijen in het Verdrag de term «gebied» gebruikt, om de territoriale reikwijdte van het Verdrag aan te geven, teneinde rekening te houden met de staatkundige positie van Macau. Voor het gebied van beide verdragspartijen zijn afzonderlijke definities opgenomen. Voor het Koninkrijk is dat het grondgebied van het Koninkrijk, overeenkomend met de standaardtekst voor een investeringsbeschermingsverdrag. Voor Macau is dat het in het Verdrag aangegeven gebied, met inbegrip van het gebied grenzend aan de territoriale zee, waarin Macau jurisdictie heeft, zoals door China vastgesteld en in overeenstemming met het internationaal recht (onderdeel c).

Artikel 2 bevestigt de bevoegdheid van de verdragspartijen om over de toelating van investeringen te beslissen en om voorwaarden aan investeerders op te leggen.

Artikel 3 gaat over de behandeling die investeringen na toelating 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 (eerste lid). Dit wordt nader gespecificeerd als de meest gunstige van de behandeling die investeringen van eigen onderdanen of die van derde landen genieten (tweede lid). 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, behoeven niet aan onderdanen van de andere verdragspartij gegeven te worden (derde lid). De bepalingen van dit artikel zijn van toepassing met in acht name van de bepalingen van artikel 4 (zesde lid).

Artikel 4 voorziet met betrekking tot belastingen, heffingen en dergelijke en fiscale voordelen in een behandeling van investeerders die niet minder gunstig is dan de meest gunstige van de behandeling die eigen onderdanen of die van derde landen in gelijke omstandigheden genieten, alsmede in een aantal uitzonderingen op dit beginsel.

Artikel 5 garandeert, dat alle betalingen die verband houden met een investering kunnen worden overgemaakt in convertibele valuta zonder beperking of vertraging. De opsomming van categorieën betalingen is niet limitatief. Dit artikel garandeert eveneens de vrije transfer van de in artikel 7 bedoelde compensatie voor verliezen als gevolg van bijvoorbeeld oorlog of revolutie.

Artikel 6 omschrijft in het eerste lid de voorwaarden die het onrechtmatig karakter ontnemen aan maatregelen die leiden tot onvrijwillig bezitsverlies van een investering. Er worden waarborgen gegeven voor de betaling van een rechtvaardige en eerlijke schadeloosstelling, waarbij de werkelijke waarde van de getroffen investering bepalend is en waarbij een

vertraging in de betaling daarvan leidt tot compensatie. Het recht op rentevergoeding gaat in op het moment dat de investeerder recht heeft op betaling van zijn compensatie in verband met onteigening (eerste lid, onderdeel c). Mocht daarover een geschil ontstaan dan beslist de instantie aan wie het geschil wordt voorgelegd. In het tweede lid is vastgelegd dat de investeerder, met in acht name van het recht om internationale geschillenbeslechting te vragen, het recht heeft de rechtmatigheid van de onteigening te laten toetsen door de competente autoriteiten van de verdragspartij die onteigent.

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 Tijdelijke regeling herverzekering investeringen 2004.

Artikel 9 behandelt de geschillenbeslechting tussen de investeerder en het gastland, ook wel «diagonale arbitrage» genoemd. Voorzien is in een vriendschappelijke oplossing van een geschil (eerste lid). Indien een geschil niet binnen een redelijke termijn op vriendschappelijke wijze kan worden opgelost, is de investeerder gerechtigd het geschil te onderwerpen aan internationale arbitrage.

Een geschil kan worden voorgelegd aan het Internationale Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen (ICSID), op grond van 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; hierna «het ICSID-verdrag») (tweede lid, onderdeel a). Mocht deze vorm van geschillenbeslechting niet beschikbaar zijn, dan kan een geschil worden voorgelegd aan ICSID overeenkomstig de Regels betreffende de aanvullende voorziening voor de toepassing van procedures door het secretariaat van het ICSID (Regels voor Aanvullende Voorziening) (tweede lid, onderdeel b). Aan de toegang tot ICSID van Nederlandse investeerders die een geschil met Macau hebben, zijn wel voorwaarden verbonden die voortvloeien uit het ICSID-verdrag. Macau is geen zelfstandige staat en dus ook geen verdragsluitende partij bij het ICSID-verdrag. De toegang tot ICSID onder het Verdrag is daarom afhankelijk van de instemming van de Volksrepubliek China. In artikel 25, eerste lid, van het ICSID-verdrag staat onder meer dat de jurisdictie van ICSID zich ook uitstrekt tot een geschil dat een samenstellend onderdeel («constituent subdivision») of een agentschap («agency») van een verdragspartij heeft met een investeerder van de andere verdragspartij. Voorwaarde voor erkenning van de jurisdictie door ICSID is dat een dergelijk onderdeel of agentschap daartoe door die verdragspartij is aangemeld bij ICSID. Macau is zo een onderdeel, maar China heeft Macau niet als zodanig bij ICSID aangemeld. In artikel 25, derde lid, van het ICSID-verdrag staat dat de instemming met de jurisdictie van ICSID voor een geschil van een daartoe door een verdragspartij aangewezen onderdeel of agentschap de toestemming vereist van de betreffende verdragspartij, tenzij die verdragspartij aan ICSID heeft laten weten dat een dergelijke toestemming niet nodig is. ICSID heeft hierover (nog) geen mededeling van China ontvangen. Investeerders hebben ook de mogelijkheid om een geschil voor te leggen aan een internationaal ad hoc arbitragetribunaal onder de arbitrageregels van UNCITRAL (Commissie voor Internationaal Handelsrecht van de Verenigde Naties) (tweede lid, onderdeel c). Daarvoor is geen instemming van China nodig.

Met betrekking tot rechtspersonen van een verdragspartij, die voordat het geschil ontstaat onder toezicht staan van een investeerder van de andere verdragspartij, is van toepassing artikel 25, tweede lid, onder b, van het ICSID-verdrag. Dat wil zeggen dat zij worden beschouwd als onderdaan van de andere verdragspartij (derde lid).

De keus voor een van de in het tweede lid omschreven procedures is onomkeerbaar. De arbitrage-uitspraak is definitief en bindend voor de partijen bij het geschil (vierde lid). Een investeerder is ook gerechtigd een geschil aan een lokaal rechtscollege voor te leggen (vijfde lid). De verdragspartijen stemmen er op voorhand mee in dat een geschil kan worden voorgelegd aan de in de voorgaande leden genoemde fora voor geschillenbeslechting (zesde lid).

Overigens hebben China en het Koninkrijk er in 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 (Trb. 2002, 24) ermee ingestemd dat investeerders, die een geschil met het gastland hebben over hun investering, het geschil aan ICSID kunnen voorleggen. De definitie van het grondgebied van de Volksrepubliek China in die IBO omvat het gehele grondgebied van dat land. Het gebied van Macau wordt daarbij niet uitgesloten. In beginsel zouden Nederlandse investeerders in Macau dus ook een beroep kunnen doen op het bilaterale investeringsverdrag met China, maar deze kent wel enkele bepalingen die minder gunstig zijn dan de vergelijkbare bepalingen in het onderhavige Verdrag met Macau. *Artikel 10* bepaalt dat het Verdrag ook van toepassing is op investeringen gedaan vóór het tijdstip van inwerkingtreding van het verdrag, maar niet op geschillen die zijn ontstaan voordat het Verdrag in werking trad. *Artikel 12* omschrijft de behandeling van een geschil tussen verdragspartijen. De voorzitter van het arbitrage-tribunaal, bedoeld in dit artikel, moet een onderdaan zijn van een derde land (eerste lid). In het vijfde lid is bepaald dat het tribunaal beslist op basis van eerbied voor het recht. *Artikel 14* geeft aan dat het verdrag een looptijd heeft van 15 jaar, waarna het stilzwijgend wordt verlengd met periodes van telkens 10 jaar, behoudens opzegging met een termijn van zes maanden. In het laatste geval zal een investering nog 15 jaar onder de beschermende werking van het verdrag vallen (derde lid).

De staatssecretaris van Economische Zaken,
F. Heemskerk