

Vergaderjaar 2017–2018

22 112

Nieuwe Commissievoorstellen en initiatieven van de lidstaten van de Europese Unie

Nr. 2429

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BUITENLANDSE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 17 november 2017

Overeenkomstig de bestaande afspraken ontvangt u hierbij een fiche, dat werd opgesteld door de werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen (BNC).

Fiche: Aanbeveling Mandaat Multilateraal Investeringshof

De Minister van Buitenlandse Zaken,
H. Zijlstra

Fiche: Aanbeveling Mandaat Multilateraal Investeringshof

1. Algemene gegevens

- a) *Titel voorstel:*
Aanbeveling voor een besluit van de Raad houdende machtiging tot het openen van onderhandelingen over een verdrag tot oprichting van een multilateraal hof voor de beslechting van investeringsgeschillen.
- b) *Datum ontvangst Commissiedocument:*
13 september 2017
- c) *Nr. Commissiedocument:*
COM(2017) 493
- d) *EUR-Lex:*
http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:df96826b-985e-11e7-b92d-01aa75ed71a1.0012.02/DOC_1&format=PDF
- e) *Nr. impact assessment Commissie en Opinie Raad voor Regelgevings-toetsing:*
SWD(2017) 303 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0303&rid=5>
SWD(2017) 302 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0302&qid=1505999525410&from=NL>
- f) *Behandelingstraject Raad:*
Raad Buitenlandse Zaken Handel
- g) *Eerstverantwoordelijk ministerie:*
Ministerie van Buitenlandse Zaken

2. Essentie voorstel

In de aanbeveling verzoekt de Europese Commissie de Raad haar te machtigen om namens de EU te gaan onderhandelen met derde landen over een verdrag tot oprichting van een multilateraal investeringshof. Dit verdrag moet een procedureel kader bieden voor de beslechting van internationale geschillen tussen investeerders en staten onder toekomstige en bestaande bilaterale investeringsovereenkomsten (IBO's) van de EU en van de lidstaten met partnerlanden. Verdragspartijen moeten hun bilaterale investeringsovereenkomsten kunnen onderbrengen bij dit multilaterale hof en krijgen hiermee de mogelijkheid om afspraken over de procedure voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten uit bestaande investeringsakkoorden te vervangen door toegang tot het multilaterale investeringshof.

Het oude systeem voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten (het zogenaamde ISDS, *Investor-State Dispute Settlement*) is gebaseerd op arbitrage en is de afgelopen jaren voorwerp geworden van toenemende kritiek en discussie in Nederland en daarbuiten. Als voornaamste problemen met ISDS ziet de Commissie het ontbreken van voldoende legitimiteit, consistentie en transparantie van ISDS, alsook het ontbreken van de mogelijkheid om in hoger beroep te gaan.

Mede op initiatief van Nederland heeft de EU in 2015 besloten het systeem voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten te moderniseren. Daartoe heeft de EU besloten in elk handels- en investeringsakkoord in te zetten op het oprichten van een bilateraal investeringshof (ICS, *Investment Court System*). Ondanks dat ICS een forse verbetering is ten opzichte van ISDS, vormt dit systeem van verschillende bilaterale investeringshoven nog geen volledige oplossing en brengt het daarnaast aanzienlijke kosten voor staten met zich mee. Een multilateraal investeringshof moet in de plaats komen van de verschillende bilaterale investeringshoven.

Met een multilateraal investeringshof wil de Commissie een kader scheppen voor de beslechting van investeringsgeschillen dat permanent, onafhankelijk en legitiem is. Een multilateraal investeringshof zorgt hier onder meer voor door:

- strenge voorschriften overeen te komen over ethiek en onpartijdigheid van de rechters en onafhankelijke rechterlijke benoemingsprocessen in te stellen;
- voltijd aanstelling van rechters zonder de mogelijkheid van herbenoeming;
- mogelijkheid te creëren voor het instellen van beroep;
- waarborgen van transparante, kosteneffectieve en efficiënte procedures;
- vergroten van de consistentie van de jurisprudentie;
- mogelijk maken van interventies door derde partijen; en
- vonnissen van het multilateraal investeringshof ten uitvoer te leggen via een effectief internationaal systeem.

De Commissie wil zich in de aankomende onderhandelingen alleen richten op procedurele kwesties inzake investeringsgeschillenbeslechting. De materiële bescherming (de feitelijke standaarden voor investeringsbescherming), zoals het beginsel van non-discriminatie en het verbod om te onteigenen zonder compensatie, wordt vastgelegd in de verschillende handels- en investeringsakkoorden.

De Commissie wil de onderhandelingen voeren in het kader van de VN-commissie over internationaal handelsrecht UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law). Inleidende gesprekken over de multilaterale hervorming van ISDS starten van 27 november tot en met 1 december 2017 in Wenen.

De aanbeveling inzake het openen van onderhandelingen over een verdrag tot oprichting van een multilateraal hof voor de beslechting van investeringsgeschillen maakt onderdeel uit van het handelspakket dat is aangekondigd in de staat van de unie van 13 september jl. Naast deze aanbeveling bestaat het handelspakket uit een overkoepelende mededeling (COM (2017)492), een voorstel en mededeling inzake het screenen van buitenlandse directe investeringen (COM(2017) 487 en 494), en twee aanbevelingen voor een besluit van de Raad houdende machtiging tot het openen van onderhandelingen over respectievelijk een vrijhandelsakkoord met Nieuw-Zeeland (COM(2017)469) en Australië (COM(2017)472). Over de andere onderdelen van het handelspakket wordt een aparte BNC-fiche opgesteld.

3. Nederlandse positie ten aanzien van het voorstel

a) Essentie Nederlands beleid op dit terrein

Nederland zet zich in voor een goed investeringsklimaat. Nederlandse investeerders in het buitenland profiteren hiervan. Ook zorgen buitenlandse investeringen voor een economische impuls in de vestigingsstaat. Internationale afspraken over investeringsbescherming bieden investeerders rechtszekerheid en dragen bij aan een goed investeringsklimaat. Nederland zet zich in voor een modernisering van het systeem voor de beslechting van investeringsgeschillen, zowel in EU als in bilateraal verband. Het kabinet is er voorstander van dat de IBO's van de EU en Nederland worden ondergebracht bij een multilateraal investeringshof.

b) Beoordeling + inzet ten aanzien van dit voorstel

Nederland zet zich in voor een modernisering van het systeem voor de beslechting van investeringsgeschillen. Oprichting van een multilateraal investeringshof vormt daarin een nieuwe stap. Nederland is een uitgesproken voorstander van een multilateraal investeringshof en heeft zich hier al actief voor ingespannen. In een studie terzake concludeerde de Adviesraad Internationale Vraagstukken (AIV) dat een multilateraal investeringshof de legitimiteit en consistentie van de beslechting van internationale investeringsgeschillen kan vergroten.¹

Nederland staat positief tegenover het voorstel van de Commissie en wil actief meewerken om van de onderhandelingen over een multilateraal investeringshof een succes te maken. Inzet is om de procedures voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten onder de EU-handelsakkoorden zoals die met Canada onder te brengen bij het multilaterale investeringshof. Ook is de inzet om de procedures voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten onder de 90 reeds bestaande Nederlandse bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten onder te brengen bij het multilaterale investeringshof.

De Commissie beveelt aan dat de EU zich alleen richt op de procedurele aspecten van investeringsgeschillenbeslechting. Nederland steunt deze inzet als een belangrijke eerste stap. Het kabinet is zich er bewust van dat multilaterale harmonisering van de materiële standaarden voor investeringsbescherming (de feitelijke standaarden voor investeringsbescherming), zoals het beginsel van non-discriminatie en het verbod om te onteigenen zonder compensatie, op korte termijn niet haalbaar is. Het kabinet zal zich ervoor inzetten dat het multilateraal investeringshof bestaat uit een gerecht van eerste aanleg en een beroepsinstantie. De onafhankelijkheid van het hof en zijn permanente, voltijd rechters moeten worden gegarandeerd door strikte kwalificatie- en onpartijdigheidseisen evenals afspraken op het gebied van ethiek. De procedures bij het hof moeten zo transparant als mogelijk zijn en voorzien in een rol voor derde partijen. Bovendien zal het kabinet zich inzetten voor efficiënte procedures zowel op het gebied van termijnen als op het gebied van kosten, met name voor het mkb. Het kabinet streeft ernaar dat ontwikkelingslanden en de minst-ontwikkelde landen ook effectief kunnen opereren binnen het systeem voor de beslechting van investeringsgeschillen. Net als de Commissie, is het kabinet van oordeel dat de vonnissen van het multilateraal investeringshof effectief ten uitvoer gelegd moeten kunnen worden. De concept-onderhandelingsrichtsnoeren sluiten goed aan bij deze inzet.

Om het project te laten slagen is draagvlak nodig, niet alleen van andere staten maar ook van andere belanghebbenden, zoals maatschappelijke organisaties en arbitrage-instituten. Daarvoor is een transparant en inclusief proces nodig. De Commissie heeft in het kader van het effectbeoordelingsproces van deze aanbeveling actief overlegd met belanghebbenden en een uitvoerige openbare raadpleging verricht. Nederland verwelkomt deze stap en zal zich gedurende het verdere proces binnen de EU en binnen UNCITRAL inzetten voor transparantie en goede betrokkenheid van belanghebbenden. Het kabinet steunt de stap van de Commissie om het concept-mandaat direct openbaar te maken. Het kabinet zal zich ervoor inzetten dat de uiteindelijke door de Raad vastgestelde onderhandelingsrichtsnoeren ook direct openbaar worden gemaakt.

¹ <http://aiv-advies.nl/7rn>.

Het is essentieel dat niet alleen de Commissie namens de EU deelneemt aan de multilaterale onderhandelingen, maar ook de individuele EU-lidstaten. Investeringsbescherming is namelijk niet alleen een EU-bevoegdheid. Daarnaast kan het op te richten multilaterale investeringshof in de plaats komen van de systemen voor de beslechting van investeringsgeschillen die de lidstaten hebben opgenomen in hun bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten.

c) Eerste inschatting van krachtenveld

De meeste lidstaten staan positief tegenover het oprichten van een multilateraal investeringshof. In het EU-handelsakkoord met Canada (CETA) is opgenomen dat de verdragspartijen zich zullen inzetten voor de oprichting van een multilateraal investeringshof. Het Europees Parlement is in het algemeen positief over de oprichting van een multilateraal investeringshof (resolutie 2015/2105/INI van 5 juli 2016).

4. Grondhouding ten aanzien van bevoegdheid, subsidiariteit, proportionaliteit, financiële gevolgen en gevolgen op het gebied van regeldruk en administratieve lasten

a) Bevoegdheid

De Nederlandse grondhouding ten aanzien van de bevoegdheid is positief, al zal een materiële rechtsgrondslag moeten worden toegevoegd. Op grond van artikel 218, lid 3 VWEU kan de Commissie aanbevelingen doen aan de Raad voor de vaststelling van een Raadsbesluit waarbij machtiging wordt gegeven om onderhandelingen over een verdrag te openen en om de onderhandelaar namens de Unie aan te wijzen. Op grond van artikel 218, lid 4 VWEU kan de Raad de onderhandelaar richtsnoeren meegeven en een bijzonder comité aanwijzen in overleg waarmee de onderhandelingen moeten worden gevoerd.

De EU heeft een deels exclusieve en deels gedeelde bevoegdheid op het gebied van de bescherming van investeringen. Artikel 3, lid 1, onder e, VWEU bepaalt dat de Unie exclusief bevoegd is voor de gemeenschappelijke handelspolitiek. Overeenkomstig artikel 207 VWEU maken directe buitenlandse investeringen, met inbegrip van de mogelijkheid tot het onderhandelen over en sluiten van internationale overeenkomsten over directe buitenlandse investeringen, deel uit van de gemeenschappelijke handelspolitiek van de Unie. Voor andere dan directe investeringen is er sprake van een gedeelde bevoegdheid tussen de EU en de lidstaten. Dit heeft het EU-Hof verduidelijkt in Advies 2/15 over het handelsakkoord tussen de EU en Singapore. Deze bevoegdheid volgt uit artikel 64 VWEU. Nederland zal tijdens de onderhandelingen aandacht vragen voor het toevoegen van de juiste materiële rechtsgrondslag. In Advies 2/15 heeft het EU-Hof ook bepaald dat een geschillenbeslechtingmechanisme waarbij buitenlandse investeerders een procedure kunnen starten tegen EU-lidstaten niet zonder de instemming van die lidstaten kan worden ingevoerd. De EU-lidstaten zullen daarom, naast de EU, aan de multilaterale onderhandelingen deelnemen.

b) Subsidiariteit

Het subsidiariteitsbeginsel is niet van toepassing voor zover er sprake is van een exclusieve bevoegdheid van de Unie. Zoals hierboven aangegeven heeft de Unie een exclusieve bevoegdheid op het gebied van de directe investeringen. Uit Advies 2/15 volgt dat de EU niet exclusief bevoegd is op het terrein van de indirecte investeringen. Voor zover de mededeling ziet op de niet-exclusieve bevoegdheden van de EU is de

grondhouding ten aanzien van de subsidiariteit positief. Op grond van EU-handelsakkoorden die afspraken over investeringsbescherming bevatten en aparte EU-investeringsakkoorden, kan een buitenlandse investeerder een procedure starten tegen de EU. Het is de bedoeling deze EU-handelsakkoorden onder te brengen bij het multilateraal investeringshof. Deelname van de EU aan het voorgenomen verdrag is daarom noodzakelijk om die geschillen waarbij de Unie verweerder wordt binnen het toepassingsgebied van het verdrag te brengen.

c) Proportionaliteit

De Nederlandse grondhouding t.a.v. de proportionaliteit is positief. De aanbeveling aan de Raad om de Commissie te machtigen om onderhandelingen te openen over een verdrag ter oprichting van een multilateraal investeringshof gaat niet verder dan wat nodig is om de beleidsdoelstelling te bereiken.

d) Financiële gevolgen

De financiële gevolgen van het initiatief zijn in dit stadium nog niet te bepalen, aangezien over de belangrijkste aspecten van het multilateraal investeringshof nog moet worden onderhandeld en het nog onduidelijk is hoeveel en welke staten zullen deelnemen aan het hof. Een grove schatting van de Commissie is dat de kosten EUR 5,4 miljoen per jaar bedragen voor de EU en haar lidstaten, waarvan de helft naar verwachting voor rekening van de lidstaten komt. Dit is een kostenvermindering ten opzichte van de voorziene situatie met bilaterale investeringshoven en ad hoc arbitragepanels. Het is evenwel een kostenverhoging voor Nederland ten opzichte van de huidige situatie waarin de EU nog geen bilaterale investeringshoven heeft opgericht en Nederland nog nooit voor een ad hoc arbitragepanel is gedaagd. In de concept-richtsnoeren noemt de Commissie enkele factoren die in ogenschouw genomen kunnen worden bij het verdelen van de kosten van een multilateraal investeringshof, zoals het aantal IBO's waar een staat partij bij is en het volume van inkomende en uitgaande buitenlandse investeringen. Op basis van deze factoren is de verwachting dat de kosten voor Nederland in verhouding met andere verdragspartijen relatief hoog zullen zijn. Het kabinet is er geen voorstander van om nu al een EU-positie vast te leggen over de verdeling van de kosten.

Nederland is van mening dat de benodigde EU-middelen gevonden dienen te worden binnen de in de Raad afgesproken financiële kaders van de EU-begroting 2014–2020 en dat deze moeten passen bij een prudente ontwikkeling van de jaarbegroting. Eventuele budgettaire gevolgen voor Nederland worden ingepast op de begroting van het beleidsverantwoordelijke departement conform de regels van budgetdiscipline.

e) Gevolgen voor regeldruk, administratieve lasten en concurrentiekracht

Oprichting van een multilateraal investeringshof waaronder investeringsgeschillen onder alle EU en Nederlandse handels- en investeringsakkoorden kunnen worden gebracht, is positief vanuit het oogpunt van regeldruk en administratieve lasten.