

Externe betrekkingen

Naar een nieuw EU-investeringsbeleid

Dr. jur. N. Lavranos, mr. drs. I. Elfilali, mr. J.M. Luycks en mr. R. Niesink*

Met het Verdrag van Lissabon zijn de directe buitenlandse investeringen onderdeel geworden van de exclusieve competentie van de Europese Unie op het gebied van handelspolitiek (art. 207 VWEU). Dit heeft tot gevolg dat de bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten van de lidstaten een onderdeel zijn geworden van de gemeenschappelijke handelspolitiek en daarmee de bevoegdheid van de EU. In dat verband is een nieuwe verordening in werking getreden die de gang van zaken ten aanzien van bestaande en nog door lidstaten te sluiten bilaterale verdragen regelt. Een belangrijk aspect van het nieuwe Europese investeringsbeleid is de invloed die de Europese Commissie bij toekomstige investeringsgeschillen zal kunnen uitoefenen. Dit kan praktische en juridische gevolgen hebben zowel voor de lidstaten, als voor investeerders.

Verordening (EU) nr. 1219/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten tussen lidstaten en derde landen – Pb. EU 2012, L 351/40 (Verordening 2012/1219/EU).

Inleiding

Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 is de Europese Unie bevoegd geworden op het beleidsterrein van de directe buitenlandse investeringen, die een onderdeel zijn van de gemeenschappelijke handelspolitiek. Op basis van artikel 3 lid 1 onder e VWEU en artikel 207 lid 1 VWEU blijkt dat de gehele gemeenschappelijke handelspolitiek een exclusieve bevoegdheid van de Europese Unie is geworden. De gemeenschappelijke handelspolitiek is een van de belangrijkste instrumenten van de Europese

Unie voor de betrekkingen met derde landen. De Unie heeft daardoor belang bij het uniforme beheren van de externe handelsbetrekkingen, waaronder ook de directe buitenlandse investeringen vallen. Deze bevoegdheids-overdracht heeft effect op de bestaande zogenoemde bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten van de lidstaten, ook wel aangeduid met de meer gangbare Engelse term *bilateral investment treaties* of 'BIT's'.¹ BIT's zijn bilaterale verdragen die garanties en een mate van bescherming bieden aan investeerders en hun investeringen van het ene verdragsluitende land in het andere verdragsluitende land. BIT's voorzien bijvoorbeeld in beginselen als non-discriminatie, de meest begunstigde behandeling (*most favorite nation treatment*, vaak afgekort tot MFN), een redelijke en billijke behandeling (*fair and equitable treatment*), en in de bescherming tegen onteigening van investeringen en de waarborgen die in acht moeten worden genomen als een staat besluit eigendommen van buitenlandse investeerders te onteigenen. Ook voorzien BIT's veelal in internationale arbitrage als geschillenbeslechtingsmechanisme tussen een investeerder en een gastland.

In de decennia voorafgaand aan de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon hebben vrijwel alle lidstaten BIT's afgesloten met derde landen, de zogenoemde extra-EU BIT's. Er bestaan zo'n 1200 extra-EU BIT's. Zo heeft Nederland in totaal 98 BIT's ondertekend, waarvan er 91 in werking zijn getreden.² Ook tussen lidstaten onderling zijn ongeveer 190 BIT's van kracht, de zogenoemde intra-EU BIT's. Het gaat hier vooral om BIT's tussen de oudere EU-lidstaten en de Midden- en Oost-Europese landen die in 2004 en 2007 zijn toegetreden tot de Europese Unie. In dit artikel wordt stilgestaan bij de extra-EU BIT's en de daarmee samenhan-

185

* Dr. jur. N. Lavranos is senior adviseur bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken. Mr. drs I. Elfilali is senior juridisch adviseur bij het Ministerie van Economische Zaken. Mr. J.M. Luycks is werkzaam als advocaat bij Clifford Chance LLP. Mr. R. Niesink is werkzaam als advocaat bij Clifford Chance LLP. Deze bijdrage is op strikt persoonlijke titel van de auteurs geschreven.

1. Zie uitgebreid A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, Oxford: Oxford University Press 2011.
2. Alle Nederlandse BIT's zijn te vinden via <www.minbuza.nl/producten-diensten/verdragen/zoek-in-de-verdragenbank> en <www.rijks-overheid.nl/onderwerpen/internationaal-ondernemen/investeringsbeschermingsovereenkomsten>. BIT's van andere landen zijn te vinden via: <www.unctadxi.org/templates/DocSearch___779.aspx> en <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSID-PublicationsRH&actionVal=ViewBilateral&reqFrom=Main>>.

gende Unierechtelijke ontwikkelingen.³ Met de term BIT's worden daarom in dit artikel de extra-EU BIT's bedoeld. Een voorbeeld van een extra-EU BIT is de BIT die Nederland heeft gesloten met China.⁴

Nieuwe verordening

Op 9 januari 2013 is een verordening in werking getreden tot vaststelling van overgangsregelingen voor BIT's tussen de lidstaten en derde landen (hierna: Transitieverordening).⁵ Deze verordening beoogt helderheid te scheppen over de status van de extra-EU BIT's van de lidstaten nu directe buitenlandse investeringen een exclusieve competentie van de Europese Unie zijn geworden. Zo stelt de verordening in overweging 5 ondubbelzinnig dat de bestaande BIT's de betreffende lidstaten volkenrechtelijk blijven binden. Daarnaast wordt het streven uitgesproken om deze bestaande BIT's in de toekomst geleidelijk te vervangen door investeringsverdragen tussen de Europese Unie en de betreffende derde landen. Op grond van de Transitieverordening heeft de Europese Commissie de bevoegdheid verkregen de lidstaten te verplichten hun bestaande BIT's aan te passen of zelfs op te zeggen, indien deze niet conform het Unierecht zijn of een ernstige belemmering voor het investeringsbeleid van de Europese Unie vormen. Ook kan de Commissie het verloop van investeringsarbitrages onder bestaande BIT's beïnvloeden door daaraan deel te nemen.

De overgang van het beleid omtrent de buitenlandse directe investeringen uit het domein van bevoegdheden van de individuele lidstaten naar dat van de Europese Unie, leidt tot vragen en onduidelijkheden over de status en de toepassing van de BIT's van de lidstaten. Bij ondernemers uit derde landen die in een lidstaat hebben geïnvesteerd onder de vigeur van een BIT, kan twijfel ontstaan of zij nog onverkort de bescherming genieten die de betreffende BIT hun biedt en over de duur van deze bescherming. Hetzelfde geldt in de omgekeerde situatie, als Europese investeerders in een derde land hebben geïnvesteerd waarmee hun thuisstaat reeds een BIT was overeengekomen vóór de inwerkingtreding van

het Verdrag van Lissabon. De Transitieverordening beoogt hierin duidelijkheid te scheppen.

In dit artikel wordt allereerst ingegaan op de rechtsbasis voor en de inhoud van de Transitieverordening. De Europese Commissie verkrijgt met de Transitieverordening potentieel vergaande bevoegdheden, die een impact kunnen hebben op de lidstaten en ondernemers. In dat licht zal vervolgens de rol en de invloed van de Europese Commissie worden geïllustreerd op de bestaande BIT's en in juridische procedures ter beslechting van geschillen. Ten slotte zal kort worden vooruitgeblift op de verwachte toekomstige ontwikkelingen op het terrein van het Europese investeringsbeleid, zoals het investeringshoofdstuk in toekomstige vrijhandelsakkoorden tussen de Europese Unie en met derde landen (bijvoorbeeld Canada, Singapore, India, Japan en de Verenigde Staten).

Rechtsbasis en inhoud van de verordening

Rechtsbasis

Volgens artikel 3 lid 1 onder e VWEU is de Europese Unie exclusief bevoegd op het gebied van de gemeenschappelijke handelspolitiek. Artikel 207 VWEU bepaalt dat directe buitenlandse investeringen onderdeel zijn van de gemeenschappelijke handelspolitiek. Dit artikel voorziet tevens in de besluitvormingsprocedure voor maatregelen die de Europese Unie treft in het kader van de uitvoering van de gemeenschappelijke handelspolitiek. Op terreinen die tot de exclusieve bevoegdheid van de Europese Unie behoren, is slechts de Europese Unie bevoegd om wetgevend op te treden of juridisch bindende handelingen vast te stellen (art. 2 VWEU). De artikelen 2, 3 en 207 VWEU vormen daarmee de rechtsbasis voor de Transitieverordening.

Het is twijfelachtig of alle elementen die gewoonlijk in BIT's worden geregeld en samenhangen met het investeringsbeleid voortaan volledig tot de exclusieve competentie van de Europese Unie zijn gaan behoren. Inherent aan BIT's zijn bijvoorbeeld nationale aspecten die weliswaar door het Unierecht worden gerespecteerd, maar niet met het Verdrag van Lissabon zijn overgeheveld naar de bevoegdheden van de Unie. Het betreft hier onder meer aspecten rondom het eigendomsrecht, zoals onteigening en nadeelcompensatie, maar ook geschillenbeslechting en de internationale vertegenwoordiging en aansprakelijkheid van een lidstaat.

Zo laat artikel 345 VWEU de regeling van het eigendomsrecht expliciet aan de lidstaten over. Uitgangspunten rondom het recht op eigendom en de beperking daarvan zijn op Europees niveau te vinden in artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de EU en artikel 1 van Protocol 1 bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Naar Nederlands recht kan het eigendomsrecht slechts beperkt worden op basis van

3. Er wordt in de Europese discussie rondom BIT's een strikt onderscheid gemaakt tussen de extra-EU BIT's en de intra-EU BIT's. De extra-EU BIT's zijn gerelateerd aan de externe handelsbetrekkingen met derde landen, terwijl de intra-EU BIT's samenhangen met de interne markt en de investeringsbetrekkingen van investeerders in EU-landen. De discussie rondom de intra-EU BIT's wordt vooral beheerst door de vraag of deze BIT's verenigbaar zijn met het Unierecht of dat deze verdragen tussen EU-landen door de toetreding van de nieuwe EU-lidstaten overbodig zijn geworden. Zie bijv. Ch. Tietje, 'Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU Mitgliedstaaten (intra-EU BIT's) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts', *Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht* 2011, vol. 104; H. Wehland, 'Intra-EU investment agreements and arbitration: Is EC law an obstacle?', *ICLQ* 2009, p. 297-320.

4. Zie <http://wetten.overheid.nl/BW/BV0001677/geldigheidsdatum_24-04-2013>.

5. Verordening (EU) nr. 1219/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten tussen lidstaten en derde landen (Verordening 2012/1219/EU). Zie ook N. Lavranos, 'Member States' BITs: Lost in Transition?', *Hague Yearbook of International Law* 2011, p. 281-311.

een wettelijk voorschrift,⁶ bijvoorbeeld de Onteigningswet. De vrijheid om als staat zelfstandig internationaal of in juridische procedures op te treden is inherent aan de soevereiniteit van staten en het volkenrecht.

• *Van kracht blijven bestaande extra-EU BIT's*

De Transitieverordening brengt in de eerste plaats met zich mee dat de bestaande BIT's van de lidstaten blijven voortbestaan, en wel tot het moment dat een BIT wordt vervangen door een toekomstig EU-verdrag met investeringsbescherming. Daarom heeft de Transitieverordening geen gevolgen voor Nederlandse wet- en regelgeving. Verder kunnen de lidstaten hun bestaande BIT's wijzigen en nieuwe BIT's met derde landen sluiten, mits de Europese Commissie hier toestemming voor geeft.

Artikel 1 van de Transitieverordening bepaalt dat de verordening zich beperkt tot de investeringsbetrekkingen met derde landen, dus de extra-EU BIT's. Om hun bestaande BIT's van kracht te laten blijven, dienen de lidstaten deze BIT's te notificeren aan de Europese Commissie. Het betreft hier alle BIT's met derde landen die de lidstaten vóór 1 december 2009 of – indien van toepassing – vóór de datum van toetreding tot de Unie, hebben ondertekend. Ook moeten de lidstaten de Europese Commissie informeren over alle toekomstige wijzigingen in de status van deze BIT's (art. 2). De bij de Europese Commissie aangemelde BIT's van de lidstaten mogen in stand blijven totdat er een BIT wordt gesloten tussen de Europese Unie en hetzelfde derde land (art. 3). Na notificatie kan de Europese Commissie bepalingen uit de genotificeerde BIT's beoordelen op hun conformiteit met het Unierecht en vaststellen of deze BIT's geen ernstige belemmering voor het Europese investeringsbeleid vormen (art. 5). Als dat het geval is, kan de Europese Commissie aan lidstaten voorschrijven welke maatregelen genomen dienen te worden om deze belemmeringen weg te nemen (art. 6 lid 3).

Het aangaan van onderhandelingen over wijzigingen in bestaande BIT's, of over het afsluiten van nieuwe, is mogelijk na autorisatie door de Europese Commissie volgens de procedure van de artikelen 8 t/m 11 van de Transitieverordening. Ten slotte krijgt de Commissie op basis van de Transitieverordening de mogelijkheid de lidstaten te consulteren of deel te nemen aan geschillenprocedures die door investeerders uit derde landen zijn aangespannen tegen lidstaten op basis van een BIT (artikel 13 onder b en c). Zo moeten lidstaten, bijvoorbeeld, hun processtrategie afstemmen met de Commissie.

6. Zie art. 14 lid 1 van de Grondwet: Onteigning kan alleen geschieden in het algemeen belang en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, een en ander naar bij of krachtens de wet te stellen voorschriften.

Grotere invloed Commissie op BITS

De doelstelling van de Transitieverordening is tweeledig. Namelijk het van kracht laten blijven van de bestaande extra-EU BIT's van de lidstaten en een kader scheppen voor de toekomstige sluiting van vervangende BIT's tussen de Unie en hetzelfde derde land. Uit haar mededeling over het toewerken naar een Europees investeringsbeleid, blijkt dat de Europese Commissie belang hecht aan een samenhangend investeringsbeleid van de Unie.⁷ In de hierna te bespreken artikelen 6 en 9 van de Transitieverordening scheidt de Europese Commissie daarom bevoegdheden waarmee ze invloed kan uitoefenen op het handelen van de lidstaten ten aanzien van de krachtens artikel 2 aangemelde BIT's.

Verplichting tot samenwerking

In een eerder concept van de Transitieverordening verleende artikel 6 aan de Europese Commissie de mogelijkheid om een eerder afgegeven machtiging die de door de lidstaten genotificeerde BIT's van kracht zou laten, weer in te trekken.⁸ Dit in het geval van strijdigheid van een BIT met het Unierecht, het gemeenschappelijke investeringsbeleid van de Europese Unie of als er sprake zou zijn van overlap met een door de Europese Unie afgesloten investeringsverdrag. De intrekking van de machtiging zou dan tot gevolg hebben dat een lidstaat de betreffende BIT niet meer van kracht zou mogen laten blijven. Echter, na de onderhandelingen over het oorspronkelijke voorstel voor een verordening is met name artikel 6 afgezwakt en anders geformuleerd.

Het huidige artikel 6 verplicht de lidstaten tot het samenwerken met de Europese Commissie ter voorkoming van het belemmeren van onderhandelingen over of de sluiting van BIT's tussen de Unie en derde landen. Wanneer bepalingen uit bestaande BIT's voor dit laatste 'ernstige belemmeringen' vormen, dienen de lidstaten 'passende maatregelen' te nemen. Het begrip 'ernstige belemmeringen' is in de Transitieverordening niet nader gedefinieerd. Het is denkbaar dat de Europese Commissie deze begrippen breed interpreteert, terwijl de lidstaten gelet op hun belangen juist voor een enge interpretatie kiezen. Voor de Europese Commissie zou een 'ernstige belemmering' kunnen zijn het geval waarin een BIT van een lidstaat lopende of nieuwe onderhandelingen van de Europese Commissie met een derde land bemoeilijkt of ondermijnt. Dit zou het geval kunnen zijn als bijvoorbeeld een land als China weigert met de Europese Unie te onderhandelen over een investeringsverdrag, omdat zij reeds met 26 lidstaten een BIT heeft en een Europees-Chinees investeringsverdrag niet noodzakelijk acht. Onder 'passende maatregelen' kunnen vele opties worden verstaan, variërend van een ver-

7. COM(2010)343, Mededeling naar een algemeen Europees internationaal investeringsbeleid.

8. Zie COM(2010)344, Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsovereenkomsten tussen lidstaten en derde landen.

zoek om bepaalde bepalingen uit een BIT met een derde land te heronderhandelen, tot de daadwerkelijke opzegging van het gehele verdrag.

Machtiging tot opening formele onderhandelingen

Artikel 9 van de Transitieverordening voorziet in de voorwaarden voor het aanpassen van bestaande BIT's en het openen van formele onderhandelingen over nieuwe BIT's tussen een lidstaat en een derde land. De Europese Commissie verleent een lidstaat hiertoe in voorkomende gevallen op verzoek toestemming tenzij een van de voorwaarden uit artikel 9 lid 1 van de Transitieverordening opgaat. Toestemming tot onderhandelen wordt niet verleend indien er sprake is van strijdigheid tussen het Unierecht en een BIT van een lidstaat, als de Europese Unie zelf voornemens is onderhandelingen met het betreffende derde land te openen, als de onderhandelingen van de lidstaat daarvoor een ernstige belemmering vormen, of wanneer de bilaterale onderhandelingen van een lidstaat niet stroken met de beginselen en doelstellingen van de Unie zoals neergelegd in hoofdstuk I van titel V van het Verdrag betreffende de Europese Unie. De Europese Commissie kan voorwaarden stellen aan het verlenen van goedkeuring voor het starten van bilaterale onderhandelingen van een lidstaat met een derde land, bijvoorbeeld door te verlangen dat bepaalde clausules in de nieuwe BIT worden opgenomen of juist uitgesloten (art. 9 lid 2). Verder kan gedacht worden aan een voorbehoud dat de BIT altijd in lijn met het Unierecht toegepast moet worden, en de opname van bepaalde normen op het terrein van bijvoorbeeld milieu, mensenrechten of arbeidsomstandigheden.

Kort gezegd regelt de Transitieverordening de rol van de Europese Commissie ten opzichte van de lidstaten als het gaat om investeringsbescherming. Dit betekent als eerste dat de bestaande BIT's van de lidstaten van kracht blijven, mits deze bij de Europese Commissie zijn aangemeld, tot het moment ze vervangen worden door toekomstige EU-verdragen. Ten tweede kan de Europese Commissie de lidstaten toestaan onderhandelingen met een derde land te voeren over wijzigingen in bestaande BIT's of om een nieuwe BIT te sluiten. Het is hierbij de insteek van de Europese Commissie om de coherentie tussen de BIT's van de lidstaten en het nieuwe Europese investeringsbeleid maximaal te waarborgen. De facto verkrijgt de Europese Commissie met de nieuwe verordening handvatten waarmee zij (potentieel vergaande) controle uit kan oefenen op de BIT's van lidstaten.

Invloed van de Commissie in procedures ter beslechting van geschillen

Betrokkenheid van Europese Commissie bij investeringsarbitrages

Doorgaans voorzien BIT's in een mechanisme voor de beslechting van geschillen in de vorm van arbitrage. Hoewel dergelijke arbitrages in principe worden gevoerd tussen de investeerder en de staat en het Unierecht niet voorziet in geschillenbeslechtingmechanismen tussen investeerders en lidstaten, beoogt de Transitieverordening ook dit onderwerp binnen de bevoegdheden van de Commissie te brengen. Artikel 13 onder b van de Transitieverordening bepaalt dat lidstaten gehouden zijn om de Commissie direct te informeren van ieder verzoek tot het starten van een procedure voor de beslechting van geschillen dat onder vigeur van een BIT worden ingediend. Artikel 13 onder b bepaalt bovendien: 'De lidstaat en de Commissie werken volledig samen en nemen alle nodige maatregelen om voor een doeltreffende verdediging te zorgen, wat zo nodig ook kan inhouden dat de Commissie aan de procedure deelneemt.'

Lidstaten die in een investeringsarbitrage worden betrokken door een investeerder uit een derde land, worden dus geacht hun argumenten en verdedigingsstrategie af te stemmen met de Commissie en in voorkomende gevallen de Commissie te laten participeren in de procedure. Zo krijgt de Commissie mogelijk grote invloed op de procesvoering. De Transitieverordening laat evenwel de vrijheid om zelfstandig juridische procedures te voeren nog bij de lidstaten; in het kader van het investeringsbeleid van de Unie is dit immers vooralsnog niet tot de bevoegdheden van de Commissie gaan behoren. Een investeerder zal zich in een arbitrage niet plotseling geconfronteerd zien met twee wederpartijen, de betreffende lidstaat en de Europese Commissie. Wel is het de vraag in hoeverre deze verplichtingen nadelige praktische gevolgen kunnen hebben voor een investeerder uit een derde land die een arbitrage begint tegen een lidstaat. Mogelijk leidt dit tot ernstige vertraging van de procedure omdat de gedaagde lidstaat geen processtukken kan indienen zonder eerst met de Commissie te overleggen. Ook kan de Europese Commissie de lidstaat onder druk zetten om een bepaald standpunt in de arbitrageprocedure in te nemen.

- *Voorstel voor een verordening financiële aansprakelijkheid inzake investeringsgeschillen*

Medio 2012 is door de Europese Commissie een voorstel voor een verordening omtrent de financiële aansprakelijkheid bij investeringsgeschillen van investeerders uit derde landen ingediend (hierna het 'Voorstel voor de

financiële aansprakelijkheid-verordening’).⁹ Deze verordening kan op punten als inspiratie voor de beantwoording van deze vragen dienen. Hierbij moet worden opgemerkt dat er een fundamenteel verschil bestaat tussen beide verordeningen. De Transitieverordening beperkt zich namelijk tot overgangsbepalingen inzake bestaande extra-EU BIT’s, terwijl het Voorstel voor de financiële aansprakelijkheid-verordening vooruitloopt op toekomstige internationale investeringsverdragen waarbij de Europese Unie partij is en waaruit investeringsgeschillen kunnen voortvloeien.

Het doel van het Voorstel voor de financiële aansprakelijkheid-verordening is in de eerste plaats om een regeling te bieden voor financiële en procedurele gevolgen die voortvloeien uit arbitrages aangespannen door een investeerder uit een derde land tegen de Europese Unie en/of een lidstaat op basis van een internationale investeringsovereenkomst waarbij de Europese Unie partij is. Dit kunnen toekomstige Europese investeringsverdragen zijn met derde landen of vrijhandelsakkoorden met een investeringshoofdstuk. In dergelijke geschillen kan de vraag zich voordoen of een kostenveroordeling in een arbitrage, waarbij een investeerder uit een derde land een procedure start tegen een lidstaat en/of de Europese Unie, voor rekening van de EU of van een afzonderlijke lidstaat moet komen of juist voor beide. Onduidelijk is wat er gebeurt als er onenigheid bestaat tussen de Unie en een lidstaat over wie moet gaan betalen of als een lidstaat niet wil of kan betalen. Het Voorstel voor de financiële aansprakelijkheid-verordening regelt ook de vraag wie als verweerder op moet treden. In tegenstelling tot bijvoorbeeld het Europees Energiehandvest waarbij de investeerder de keuze heeft tegen wie hij een geschil wil starten (EU of lidstaat) en waarbij na overleg tussen de Europese Commissie en de lidstaat een keuze gemaakt dient te worden, wordt deze keus volgens het Voorstel voor de financiële aansprakelijkheid-verordening tot op zekere hoogte aan de Europese Commissie gelaten. Artikel 8 van het voorstel bepaalt namelijk dat het in principe de relevante lidstaat zal zijn die als verweerder optreedt – als het betreffende investeringsverdrag tenminste in die mogelijkheid voorziet – maar de Europese Commissie kan in bepaalde gevallen besluiten dat zij de verdediging op zich zal nemen.

Interpretatie van artikel 13 Transitieverordening

Artikel 9 van het Voorstel voor de financiële aansprakelijkheid-verordening bevat een bepaling die te vergelijken is met artikel 13 onder b van de Transitieverordening. Hoewel artikel 9 van het voorstel verdergaat en ingrijpender is voor een lidstaat dan artikel 13 onder b van de Transitieverordening, kan artikel 9 van het voorstel wel tot inspiratie dienen voor de interpretatie van artikel 13 onder b. Artikel 9 van het voorstel bepaalt

namelijk dat wanneer een lidstaat als verweerder optreedt in een onder een EU BIT aangespannen arbitrage, deze lidstaat de Commissie alle processtukken moet verschaffen, haar moet informeren over de voortgang van de procedure en zo nodig met de Commissie in overleg moet treden. De betreffende lidstaat moet bovendien toestaan dat vertegenwoordigers van de Commissie deel zullen uitmaken van de delegatie die in de procedure de lidstaat vertegenwoordigt. De Commissie zal daarmee de mogelijkheid hebben om de procedurele strategie van de verwerende lidstaat en de verweren die zij voert, te beïnvloeden.

Een belangrijke reden voor deze regeling is erin gelegen dat de Commissie de mogelijkheid wil behouden om invloed uit te oefenen op investeringsarbitrages waarin het van belang is dat een gemeenschappelijk EU-standpunt wordt uitgedragen. Dit kan van belang zijn bij zaken waarin het waarschijnlijk is dat vergelijkbare vorderingen ook tegen andere lidstaten zullen worden ingesteld, of waarin nog onbeantwoorde rechtsvragen spelen die mogelijk ook in andere geschillen aan de orde zullen komen.

Artikel 9 van het voorstel geeft de Commissie meer bevoegdheden dan artikel 13 onder b van de Transitieverordening. Zo kan de Commissie op grond van artikel 9 de lidstaat dwingen om een bepaalde positie in te nemen, in beroep te gaan of in voorkomend geval een vernietigingsprocedure te starten. Zover gaat artikel 13 onder b van de Transitieverordening niet.

Aangenomen dat artikel 13 onder b van de Transitieverordening niet strenger wordt toegepast dan de benadering die wordt voorgestaan in het Voorstel voor de financiële aansprakelijkheid-verordening, zouden de procesrechtelijke implicaties voor investeerders die als eisende partij in een arbitrage optreden, mee kunnen vallen. Of dit daadwerkelijk het geval zal zijn, is echter op dit moment niet te overzien.

Uit artikel 9 van het Voorstel voor de financiële aansprakelijkheid-verordening lijkt te kunnen worden opgemaakt hoe de Europese Commissie het ‘deelnemen van de Commissie in de procedure’, waartoe artikel 13 onder b van de Transitieverordening verplicht, beoogt toe te passen. De deelname van de Commissie in de procedure kan voor lidstaten de verplichting inhouden om vertegenwoordigers van de Commissie toe te laten tot de delegatie die in de procedure de lidstaat vertegenwoordigt. Dit kan impact hebben op de eigen procesvrijheid van de lidstaten. Een investeerder die een arbitrage begint op basis van een BIT die onder de Transitieverordening valt, zal daarentegen niet hoeven te vrezen zich in formele zin geconfronteerd te zien met twee verweerders (iets wat overigens ook moeilijk te rijmen zou zijn met de bepalingen van BIT’s), met alle processuele kosten en vertragingen van dien. Materieel kan dit natuurlijk anders zijn als de betrokkenheid van de Commissie bij de procedure ertoe leidt dat de procedure vertraging oploopt of de eiser moet ingaan op verweren die op instigatie van de Commissie door de lidstaat worden gevoerd maar die anders geen onderdeel van de procedure zouden zijn geweest. Ook zouden procedures rela-

9. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een kader voor een regeling van financiële aansprakelijkheid in verband met scheidsgerichten voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten, die zijn ingesteld bij internationale overeenkomsten waarbij de Europese Unie partij is, Brussel 21 juni 2012, COM(2012)335 final, 2012/0163 (COD).

tief langer kunnen gaan duren, met alle extra kosten en langer durende onzekerheid voor de investeerder van dien.

Op dit moment wordt het Voorstel voor de financiële aansprakelijkheid-verordening in de Raad besproken. Zonder dat het nu al mogelijk is om te voorspellen hoe het uiteindelijke resultaat eruit gaat zien, is wel al duidelijk dat een overgrote meerderheid van de lidstaten het voorstel onevenwichtig vindt en te veel in de soevereiniteit van de lidstaten in arbitragegeschillen vindt ingrijpen.

Toekomstige ontwikkelingen en afsluitende opmerkingen

In haar mededeling over een algemeen Europees internationaal investeringsbeleid, licht de Europese Commissie al een tipje van de sluier op van haar agenda voor EU-onderhandelingen over nieuwe investeringsverdragen.¹⁰ Inmiddels zijn de onderhandelingen tussen de Europese Unie en Canada over een vrijhandelsakkoord vergevorderd, net zoals de onderhandelingen tussen de Europese Unie en Singapore. Het vrijhandelsakkoord tussen de Europese Unie en Canada (CETA) zal een investeringshoofdstuk bevatten, welke op een aantal punten wezenlijk zal verschillen van de BIT's die Nederland en de andere lidstaten afgesloten hebben. CETA zal geënt zijn op het Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement,¹¹ en de Canada en VS model BIT's uit 2004¹² respectievelijk 2012.¹³ Dit betekent bijvoorbeeld dat bepaalde concepten zoals *indirect expropriation* nader zijn uitgewerkt in het verdrag. In een annex bij deze verdragen is uiteengezet hoe *indirect expropriation* zal moeten worden geïnterpreteerd. Zo worden maatregelen van overheidswege ten aanzien van de investering die op niet-discriminatoire wijze ten behoeve van de bescherming van specifieke publieke belangen genomen worden in beginsel niet als indirecte onteigening gekwalificeerd. In dat geval zal geen schade-

vergoeding aan de investeerder verschuldigd zijn.¹⁴ De Oostenrijkse model BIT 2008 bevat ook zo een bepaling in artikel 7 lid 4. Dit is echter een afwijking van de systematiek in Nederlandse BIT's, waar termen zoals indirecte onteigening niet nader worden geïnterpreteerd of gedefinieerd. Het wordt in geval van geschil aan het arbitrale tribunaal overgelaten of maatregelen worden aangemerkt als indirecte onteigening en dus of er schadevergoeding moet worden betaald.¹⁵

De tekst van toekomstige EU-investeringsverdragen zal ook langer en complexer zijn dan gebruikelijk in de bestaande Nederlandse BIT's, waardoor in beginsel meer onduidelijkheden kunnen ontstaan. Ook zal het geschillenbeslechtingsysteem mogelijk een aantal beperkingen kennen, zoals een gesloten lijst van arbiters en de mogelijkheid dat de verdragspartijen in de geschillen als interveniënt kunnen optreden. Ook kunnen verdragspartijen voor de toekomst bindende interpretaties afkondigen.

Slot

Het Europese investeringsbeleid is in beweging, net als de toepassing van de nieuw opgenomen competentie van de Europese Unie op het terrein van de directe buitenlandse investeringen. Met de inwerkingtreding van de Transitieverordening is de status van de bestaande extra-EU BIT's verhelderd. Deze blijven in beginsel van kracht, tenzij daarvoor op het niveau van de EU een alternatief komt. De Europese Commissie dient uiterlijk drie maanden na afloop van de ter kennisgevingdatum van de bestaande BIT's (dat wil zeggen op 8 mei 2013), een lijst bekend te hebben gemaakt met alle aangemelde BIT's van de lidstaten. Het van kracht blijven van de bestaande BIT's schept duidelijkheid en rechtszekerheid voor investeerders. Wat voor bescherming zij in de toekomst zullen krijgen, zal blijken na het sluiten van CETA. Te verwachten valt dat het investeringshoofdstuk in het akkoord met Canada leidend zal zijn voor het toekomstige investeringsbeleid van de EU.

10. COM(2010)343, Mededeling naar een algemeen Europees internationaal investeringsbeleid.

11. Zie <www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dominican-republic-central-america-fta>.

12. Canada model BIT text 2004: <<http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>.

13. VS model BIT text 2012: <www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>.

14. Zie bijv. VS 2012 model BIT, Annex B:

'(...) 4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation] is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred; (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and (iii) the character of the government action.

(b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.'

15. Zie bijv. *Saluka Investments BV/Tsjechische Republiek*, arbitraal vonnis van 17 mei 2006, par. 255.