

Vergaderjaar 1985–1986

19624

Overeenkomst met China inzake de bevordering en bescherming van investeringen, met Protocol en brieven; 's-Gravenhage, 17 juni 1985

Nr. 1 Herdruk³

Ter griffies van de Eerste en Tweede Kamer der Staten-Generaal ontvangen 2 september 1986. De wens dat deze overeenkomst aan de uitdrukkelijke goedkeuring van de Staten-Generaal zal worden onderworpen, kan door of namens een van beide Kamers of door ten minste vijftien leden van de Eerste Kamer dan wel dertig leden van de Tweede Kamer te kennen worden gegeven op uiterlijk 2 oktober 1986.

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BUITENLANDSE ZAKEN

Aan de Voorzitters van de Eerste Kamer en van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 18 augustus 1986

Ter voldoening aan het ter zake bepaalde in de Grondwet¹, de Raad van State gehoord, heb ik de eer u hierbij ter stilzwijgende goedkeuring over te leggen de op 17 juni 1985 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Overeenkomst inzake de wederzijdse bevordering en bescherming van investeringen tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Volksrepubliek China (Trb. 1985, 104).²

Een toelichtende nota bij deze Overeenkomst gelieve u hiernevens aan te treffen.

De goedkeuring wordt alleen voor Nederland gevraagd.

De Minister van Buitenlandse Zaken,
H. van den Broek

¹ Art. 91, (1) add. art. XXI, (1) (a) G.W. en art. 61, (3) G.W. 1972.

² Ter inzage gelegd op de bibliotheek.

³ Herdruk omslagvel.

TOELICHTENDE NOTA

I. ALGEMEEN

Een overeenkomst inzake de bevordering en bescherming van investeringen heeft ten doel investeringen over en weer bescherming te bieden ter aanvulling van de bescherming op grond van de wetten en regelingen van de Overeenkomstsluitende Partijen en onder andere daarmee zulke investeringen te bevorderen. Het overleg inzake de onderhavige op 17 juni 1985 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Overeenkomst (Trb. 1985, 104) heeft plaatsgevonden op initiatief van Nederland.

Economische situatie van China

Tijdens het vierde Nationale Volkscongres in januari 1975 werd door de toenmalige premier Zhou Enlai de oproep gedaan tot het volbrengen van de «vier modernisering» (landbouw, industrie, wetenschap en technologie en defensie), die China tegen het jaar 2000 een geïndustrialiseerde socialistische grote mogendheid moeten maken. Zhou Enlai belastte nog voor zijn dood (begin 1976) Deng Xiaoping met de opstelling van plannen ter verwezenlijking van deze lange-termijnstrategie, maar tijdens het leven van Mao Zedong kregen de plannen geen vaste vorm en kon de doorbraak niet plaatsvinden. Na de dood van Mao (1976) werd Hua Guofeng de nieuwe premier en partijvoorzitter. Deze lanceerde in 1978 plannen voor grote ontwikkelingsprojecten. Na een jaar moesten deze plannen echter als te ambitieus worden opgegeven. De prioriteiten die de Chinese regering toen stelde met betrekking tot de ontwikkeling van de economie golden in de eerste plaats de landbouw, vervolgens de lichte industrie, daarna de zware industrie en ten slotte het wetenschappelijk onderzoek en de technologie. Ten einde de modernisering te kunnen realiseren, zal China grote hoeveelheden goederen moeten importeren en de op velerlei gebied benodigde know-how moeten zien te verkrijgen. Hiertoe heeft China op grote schaal contacten gelegd met andere landen, hetgeen ook past in het streven van de regering te Beijing naar een meer open maatschappij, waarin ideeën, afkomstig van met name de westerse wereld, welke voor de verdere opbouw en modernisering van de Chinese samenleving van belang kunnen zijn, tot op zekere hoogte vrij toegang hebben. Tevens troffen de Chinese autoriteiten maatregelen welke hebben geleid tot een beperkt herstel van het marktmechanisme, een optimaal gebruik van het internationale kapitaal- en betalingsverkeer en een grotere vrijheid voor ondernemingen tot het aangaan van joint ventures en dergelijke. Gedurende de jaren 1979–1983 vaardigde Beijing meer dan 30 wetten en decreten uit die ten doel hadden de bureaucratische barrières voor buitenlandse investeringen weg te nemen. Omstreeks 1983 waren er meer dan 1800 investeringsovereenkomsten ter waarde van zo'n \$ 5 miljard gesloten. Zestig procent hiervan was geïnvesteerd in de vier zogeheten «speciale economische zones» in de provincies Guangdong en Fujian.

In de eerste vier jaar van het vigerende zesde vijfjarenplan (1981–1985) is de produktie van de landbouw en de industrie met gemiddeld 10% respectievelijk 9% per jaar gestegen. Voor 1984 werd zelfs een groei geregistreerd van respectievelijk 15% en 14%. De totale economische groei van de eerste vier jaar van het zesde vijfjarenplan bedroeg 6,6%. Dit is 2,6% meer groei dan oorspronkelijk was gepland. De boeren op het land zagen hun inkomen in 1984 met 15% toenemen, terwijl de arbeiders in de steden in 1984 13% meer verdienden. Sinds 1979 zijn alleen al in de steden 42 miljoen banen gecreëerd. De buitenlandse handel van China, die in 1978 nog \$ 20 miljard beliep, bereikte in 1984 een waarde van \$ 50 miljard. In 1984 ontving China voor bijna \$ 2 miljard aan veelal «zachte» leningen van buitenlandse overheden en banken.

Het advies van de Raad van State wordt niet openbaar gemaakt op grond van het bepaalde in artikel 25a, derde lid, onder b, van de Wet op de Raad van State.

Nederland heeft aanvankelijk niet optimaal kunnen inspelen op het sinds 1979 ingezette «readjustment»-beleid van de Chinese overheid. De eind 1983 genomen beslissing om geen exportvergunning te verlenen voor vervolgleveranties van onderzeeboten aan Taiwan heeft de weg geopend voor een aanmerkelijke verbetering van de Nederlands-Chinese betrekkingen. De diplomatieke betrekkingen werden weer gebracht op het niveau van ambassadeurs en besloten werd de onderlinge betrekkingen niet alleen te normaliseren, maar ook te intensiveren. Wat betreft de handelsbetrekkingen kwam dit onder andere tot uiting in het in werking treden op 1 oktober 1984 van de op 30 oktober 1980 te Beijing getekende Overeenkomst inzake economische en technologische samenwerking (Trb 1984, 102).

De invoer van Chinese produkten gaf in 1984 voor de eerste maal, sinds een daling met f 100 mln. in 1982, weer een stijging te zien en wel tot f 536,4 mln. De uitvoer naar China nam, na een aanvankelijke daling in 1981 en 1982, in 1983 weer toe en bereikte in 1984 een recordhoogte van f 539,9 mln.

II. Artikelen

Van Chinese zijde wilde men in *artikel 1* graag vastleggen dat investeringen moeten voldoen aan de wetten en regels van het gastland, wat geheel aanvaardbaar is. Men koos daarvoor echter bewoordingen die zouden kunnen betekenen dat bij latere wetswijziging een investering niet meer onder de Overeenkomst zou vallen als de investering niet aan de nieuwe regels zou voldoen. De nu overeengekomen tekst van artikel 1 sluit deze interpretatie uit.

Daar het Nederlandse bedrijfsleven aanmerkelijke belangen heeft bij olieboringen op het continentaal plat van China is langdurig stilgestaan bij zowel de tekst inzake concessies en dergelijke als bij het opnemen van de exclusieve economische zone en het continentaal plat in de tekst. Van Chinese zijde kon men vanwege de permanente soevereiniteit over natuurlijke hulpbronnen, geen tekst aanvaarden die zou kunnen duiden op de overdracht van eigendom van grondstoffen. In de overeengekomen tekst is aangesloten bij de bestaande praktijk dat de maatschappijen die grondstoffen winnen recht hebben op een deel daarvan. De contractueel vastgelegde rechten een deel van de gewonnen grondstoffen te verwerven genieten thans de bescherming van de Overeenkomst. Voorts is met betrekking tot exclusieve economische zone en continentaal plat verwezen naar door beide Verdragsluitende Partijen aanvaard internationaal recht. Aangezien zowel China als Nederland ondertekenaars zijn van het, nog niet in werking getreden, nieuwe Zeerechtverdrag is genoeg genomen met deze beperkte verwijzing naar internationaal recht.

Voor indirecte investeringen (een Nederlands bedrijf dat via een dochteronderneming in een derde land of in China zelf in China investeert) is de volledige bescherming van de Overeenkomst verkregen. In punt 1 van het protocol, dat een integrerend deel van de onderhavige Overeenkomst uitmaakt, is allereerst vermeld dat investeringen via een derde land onder de term «investeringen», zoals gedefinieerd in de Overeenkomst, vallen. Artikel 5 van de Overeenkomst (onteigening en compensatie) is evenwel slechts van toepassing indien de overheid van het betrokken derde land niet het recht heeft, of van het recht afstand doet, om compensatie na onteigening te eisen. Hiermee kan de door een Nederlander gecontroleerde onderneming in het derde land zich zowel op bescherming van de overheid van dat land als die van Nederland beroepen. Alleen in het geval van onteigening dient deze onderneming zich eerst tot de overheid van het derde land te wenden. Vervolgens wordt in het protocol bepaald dat ook herinvesteringen onder de Overeenkomst vallen. Hiermee wordt bedoeld op investeringen die door een onderneming in bij voorbeeld

Beijing waarin door een Nederlander is geïnvesteerd, worden gedaan in een onderneming in bij voorbeeld Shanghai. Uitsluitend het aan Nederland toe te rekenen deel van deze laatste onderneming valt onder de bescherming van de Overeenkomst. Daar in Chinese optiek dit soort investeringen herinvestering zijn is ingestemd met het gebruik van dit woord.

Artikel 3 (behandeling van investeringen). Een belangrijk verschil in benadering van de gehele overeenkomst bleek het volgende te zijn. Waar Nederland bereid is soevereiniteit op te geven ten gunste van internationale regelingen houdt China steeds vast aan verwijzing naar nationale regelingen. De Chinese wens te verwijzen naar de eigen soevereiniteit en de daarop gebaseerde wetten en regelingen is door de Nederlandse delegatie op verschillende plaatsen ingewilligd (de préambule, het transferartikel 4, het onteigeningsartikel 5), soms omdat voor de Chinese wens begrip kan worden opgebracht, soms als concessie in ruil voor Chinese tegenconcessies. Op twee punten is echter een internationaal getinte benadering van groot belang: arbitrage tussen gastland en investeerder (zie onder) en de behandeling van investeringen. De door Nederland gevraagde term «fair and equitable treatment» omvat een verwijzing naar de standaard van internationaal recht. Dit garandeert dat de behandeling zoals gegeven bij nationale wetten tenminste voldoet aan zekere minimumeisen. Wat deze eisen zijn is niet in het algemeen exact te omschrijven maar zal van geval tot geval moeten worden bepaald door de (inter)nationale rechter of arbiter.

Van Chinese zijde wenste men, omdat China zich pas sedert kort op het pad der investeringsovereenkomsten heeft begeven, duidelijk te weten welke betekenis er achter het woord «fair» stak. Hoewel door China in eerdere overeenkomsten van deze term gebruik was gemaakt, was allengs duidelijker geworden dat er een band werd gelegd met het volkenrecht. China verwerpt het volkenrecht op zich niet maar wijst op het tot nu toe ontbreken van een uniforme standaard van volkenrecht. Met andere woorden, zolang er internationaal geen duidelijkheid bestaat wil China de aan de investeerder te gunnen behandeling alleen maar schoeien op de basis van de eigen nationale wetgeving. Die behandeling is overigens, naar het beweert, niet minder dan die welke andere geciviliseerde landen toepassen.

Nadat van Nederlandse zijde nogmaals was gewezen op de Overeenkomsten tussen China en Zweden (1982), de Bondsrepubliek Duitsland (1983) en Frankrijk (1984), waarin de standaardterm is gebruikt, is deze uiteindelijk ook in de onderhavige overeenkomst opgenomen.

In het tweede lid van dit artikel wordt wel de meestbegunstigde natiebehandeling mede ten aanzien van belastingaangelegenheden toegezegd maar niet de, door Nederland ook gevraagde, nationale behandeling. Van Chinese zijde stelde men, dat gezien de grote verschillen in economisch systeem het voor buitenlandse investeerders niet mogelijk is in China dezelfde behandeling te krijgen als Chinese investeerders. Dit zou slechts kunnen als naast gelijke rechten ook gelijke plichten zouden worden geaccepteerd; iets wat, gezien plichten als volledige afdracht van winst, naar Chinees inzicht niet erg aantrekkelijk zou zijn voor buitenlanders.

Artikel 5 (onteygening en schadeloosstelling). Over dit artikel is, in een proces van geven en nemen, overeenstemming bereikt.

Wat betreft de eisen waaraan onteygening moet voldoen wilde men van Nederlandse zijde onder andere opnemen een «due process of law». Dat wil zeggen nationale wetten die marginaal getoetst kunnen worden aan internationale normen. Van Chinese zijde wilde men naar exclusief nationale wettelijke procedures verwijzen. De nu gekozen term «under legal procedure» oogt weliswaar neutraal maar dient gelezen te worden als «onder nationale wettelijke regeling».

Daarentegen is door China op deze plaats het principe van non-discriminatie aanvaard en wel ten opzichte van zowel andere buitenlanders als ten opzichte van de eigen onderdanen.

Nederland wilde voorts dat onteigening niet in strijd met gedane toezeggingen zou mogen plaatsvinden. Na Chinese weerstand werd deze bepaling hier geschrapt doch werd een nieuw artikel 7 opgenomen waarin staat dat de Verdragsluitende Partijen de met investeerders gesloten overeenkomsten zullen naleven. Hiermee worden niet alleen non-nationalisatieclausules maar alle privaatrechtelijke overeenkomsten geheel onder de Overeenkomst gebracht.

Omtrent de hoogte van de schadevergoeding is als belangrijke concessie dezerzijds ingestemd met het achterwege laten van een nadere bepaling bij «schadeloosstelling» en «waarde». Deze concessie is mede gedaan in de wetenschap dat in slechts één der door China gesloten Overeenkomsten een nadere bepaling is opgenomen. Wel werd nog toegevoegd dat er rente zal worden vergoed over de tijd tussen onteigenen en daadwerkelijke uitbetaling terwijl de vertraging die daarbij kan optreden aan strakkere bewoordingen is gebonden dan men van Chinese zijde voorstelde.

Artikel 8 bevat de erkenning van subrogatie, wat van belang is voor de uitvoering van de Wet herverzekering investeringen van 23 april 1969 (Stb. 268).

Artikel 9 (arbitrage tussen investeerders en gastland). Daar geen van de landen die tot nu toe een investeringsbeschermingsovereenkomst met China hebben gesloten meer kon verkrijgen dan internationale arbitrage over uitsluitend de hoogte van de schadevergoeding is door Nederland een tekstvoorstel gedaan gebaseerd op de bestaande investeringsbeschermingsovereenkomsten van China. Daar dit naar onze mening een belangrijke concessie van Nederlandse zijde is heeft Nederland deze tekst pas definitief aanvaard nadat een in zijn geheel bevredigende overeenkomst was bereikt.

De huidige redactie van dit artikel is vrijwel letterlijk gelijk aan het Nederlandse voorstel dat ter zake was voorgelegd. Waar oorspronkelijk in dat voorstel in het eerste lid werd verwezen naar de mogelijkheid van overleg of onderhandeling («consultations or negotiations») tussen de twistende partijen is nu sprake van het in der minne schikken. China vond dat de eerstgenoemde terminologie niet paste in de relatie tussen een soevereine Staat enerzijds en een eenvoudige onderdaan anderzijds.

In het bij het bij deze Overeenkomst behorende Protocol vindt een nadere uitwerking plaats betreffende de samenstelling van een internationaal scheidsgerecht ad hoc dat, zoals uit artikel 9, derde lid, van de Overeenkomst blijkt, zich alleen mag buigen over de hoogte van de compensatie in het geval van onteigening en dergelijke. Alle andere geschillen kunnen slechts bij de nationale rechter worden aangekaart. China vindt dat het op dit punt een grote concessie heeft gedaan, want eigenlijk kunnen naar zijn maatstaf geschillen tussen Staat en individu niet worden voorgelegd aan een instantie buiten de Staat. Als tegemoetkoming van Nederlandse kant werd wel verlangd dat in het vijfde lid van punt drie van het Protocol duidelijk tot uitdrukking werd gebracht dat het scheidsgerecht onder meer recht spreekt op basis van de door beide Overeenkomstsluitende Partijen aanvaarde principes van volkenrecht («accepted by both Contracting Parties»).

Artikel 9, met het bijbehorende punt 3 van het Protocol, wordt gecompleteerd met een briefwisseling, welke in feite bepaalt dat de Overeenkomstsluitende Partijen nader met elkaar in overleg zullen treden wanneer China hetzij partij zal zijn geworden bij het Verdrag van Washington van 18 maart 1965, hetzij anderszins zijn praktijk (China wil in dit verband niet van «policy», maar wel van «practice» spreken) op het gebied van conciliatie of arbitrage wat ruimhartiger zal toepassen.

Artikel 13 (interstatelijke arbitrage). Van Nederlandse zijde heeft men ermee ingestemd dat de voorzitter van het arbitrage-tribunaal een onderdaan van een land moet zijn waarmee beide partijen diplomatieke relaties onderhouden. Ofschoon dit een beperking is zal dit in de praktijk hoogstwaarschijnlijk nooit een probleem vormen. Van Chinese zijde stemde men in met het opnemen van een tijdslimiet waarbinnen arbiters moeten worden benoemd en met het opnemen van een verwijzing naar de algemeen aanvaarde principes van internationaal recht. China kan dit laatste op deze plaats aanvaarden omdat genoemde principes op dit terrein (interstatelijke arbitrage) veel minder omstreden zijn.

Artikel 15 (looptijd). De Overeenkomst zal een eerste looptijd hebben van tien jaar, waarna zij voor periodes van vijf jaar stilzwijgend wordt verlengd behoudens opzegging met inachtneming van een termijn van zes maanden. In het laatste geval zal een overgangsregeling van vijftien jaar gelden ten aanzien van vóór de beëindiging van de Overeenkomst gedane investeringen. Deze termijn wordt zo mogelijk opgenomen in overeenkomsten van dit type omdat de looptijd van een verzekering ingevolge de Wet herverzekering investeringen in het algemeen eveneens vijftien jaar is.

Naar ons oordeel bieden de bepalingen van de Overeenkomst een goede basis voor de behandeling van wederzijdse investeringen. De bepalingen van de Overeenkomst voldoen aan de Wet herverzekering investeringen (Stb. 1969, 286). Deze wet stelt voorwaarden voor herverzekering tegen niet-commerciële risico's, verbonden aan investeringen in ontwikkelingslanden. Deze voorwaarden zijn in het bijzonder omschreven in artikel 7, onderdeel b, van voormelde wet. Zij houden in dat met de regering van het land waar de investering plaatsvindt in principe een bevredigende voorziening moet zijn getroffen met betrekking tot de regels welke ten aanzien van Nederlandse investeringen aldaar zullen gelden; voorts moet er een regeling zijn getroffen voor de procedure in geval van geschil tussen een Nederlandse investeerder en het betrokken land, dan wel voor verhaal van uitkeringen wegens verliezen die op grond van de in die wet bedoelde herverzekeringen zullen moeten worden vergoed.

De Overeenkomst zal wat betreft het Koninkrijk alleen voor Nederland gelden.

De Staatssecretaris van Economische Zaken,
E. Heerma

De Staatssecretaris van Buitenlandse Zaken,
P. R. H. M. van der Linden

De Minister van Financiën,
H. O. C. R. Ruding