

Vergaderjaar 2011–2012

**22 112**

## **Nieuwe Commissievoorstellen en initiatieven van de lidstaten van de Europese Unie**

**Nr. 1452**

### **BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN BUITENLANDSE ZAKEN**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 31 augustus 2012

Overeenkomstig de bestaande afspraken heb ik de eer u hierbij 9 fiches aan te bieden die werden opgesteld door de werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen (BNC).

- Fiche 1: Verordening financiële aansprakelijkheid bij investeringsgeschillen van investeerders uit derde landen
- Fiche 2: Verordening betalingsbalansfaciliteit voor niet-eurolanden (Kamerstuk 22 112, nr. 1453)
- Fiche 3: Mededeling Europese strategie voor sleuteltechnologieën (Kamerstuk 22 112, nr. 1454)
- Fiche 4: Mededeling bestrijding belastingfraude en belastingontduiking (Kamerstuk 22 112, nr. 1455)
- Fiche 5: Verordening handelsgerelateerde maatregelen visserijproducten (Kamerstuk 22 112, nr. 1456)
- Fiche 6: Pakket inzake technische controles voertuigen (Kamerstuk 22 112, nr. 1457)
- Fiche 7: Mededeling betere toegang tot wetenschappelijke informatie (Kamerstuk 22 112, nr. 1458)
- Fiche 8: Mededeling gezamenlijke strategie voor een partnerschap tussen de EU en het caribisch gebied (Kamerstuk 22 112, nr. 1459)
- Fiche 9: Mededeling ontwikkeling EU beleid voor Noordpoolgebied (Kamerstuk 22 112, nr. 1460)

De staatssecretaris van Buitenlandse Zaken,  
H. P. M. Knapen

**Fiche: Verordening financiële aansprakelijkheid bij investeringsgeschillen van investeerders uit derde landen**

**1. Algemene gegevens**

***Titel Voorstel***

Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en Raad tot vaststelling van een kader voor een regeling van financiële aansprakelijkheid in verband met scheidsgerechten voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten, die zijn ingesteld bij internationale overeenkomsten waarbij de Europese Unie partij is.

*Datum Commissiedocument*

21 juni 2012

*Nr. Commissiedocument*

COM(2012) 335

*Prelex*

[http://ec.europa.eu/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=nl&DosId=201745](http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=nl&DosId=201745)

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

Niet opgesteld

*Behandelingstraject Raad*

RBZ, handel

*Eerstverantwoordelijk ministerie*

Ministerie van Economische Zaken, Landbouw & Innovatie (EL&I).

*Rechtsbasis, besluitvormingsprocedure Raad, rol Europees Parlement, gedelegeerde en/of uitvoeringshandelingen*

*a) Rechtsbasis*

Artikel 207, lid 2, Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

*b) Besluitvormingsprocedure Raad, rol Europees Parlement*

Gewone wetgevingsprocedure art. 294 VWEU. Raad: gekwalificeerde meerderheid. EP: medebeslissingsprocedure.

*c) Gedelegeerde en/of uitvoeringshandelingen*

De Commissie krijgt bijstand van een Comité voor investeringsovereenkomsten dat in het leven is geroepen bij Verordening [2010/197 COD]. Dit comité is een comité in de zin van Verordening (EU) nr. 182/2011. Zowel de onderzoeks- als ook de raadgevingsprocedure is op verschillende besluiten van toepassing.

## 2. Samenvatting BNC-fiche

### – Korte inhoud voorstel

Het Verdrag van Lissabon heeft buitenlandse directe investeringen binnen het toepassingsgebied van het gemeenschappelijk handelsbeleid van de Unie gebracht en daarmee onder de exclusieve bevoegdheid van de Unie. Deze verordening voorziet in afspraken tussen de Unie en de lidstaten over de financiële en juridische aansprakelijkheid in geschillen inzake investeringsbescherming met investeerders uit derde landen. Deze verordening is uitsluitend van toepassing op geschillen die door investeerders buiten de EU (uit derde landen) tegen de EU en/of een lidstaat aanhangig worden gemaakt<sup>1</sup>.

Het leidende beginsel van de verordening is dat de entiteit die de litigieuze<sup>2</sup> maatregel heeft genomen ook financieel aansprakelijk is. Ook regelt deze verordening onder welke voorwaarden ofwel de Unie ofwel de betreffende lidstaat moet optreden als verweerder in een geschil, over hoe de samenwerking tussen de Commissie en de lidstaat in specifieke zaken wordt gestructureerd en hoe omgegaan moet worden met de mogelijkheid tot minnelijke schikking van zaken. De volgende beginselen liggen ten grondslag aan de voorgestelde regels: 1) de aansprakelijkheidsverdeling moet budgettair neutraal zijn voor de Unie; 2) een investeerder uit een derde land mag niet worden benadeeld door de interne regeling tussen de Unie en de lidstaten; 3) het mechanisme moet de grondbeginselen eerbiedigen voor het externe handelen van de Unie.

### – Bevoegdheidsvaststelling en subsidiariteits- en proportionaliteitsoordeel

- Bevoegdheid: artikel 207, lid 2, VWEU. Nederland vindt dit een ontoereikende rechtsbasis.
- Subsidiariteit: *positief voor zover van toepassing*.
- Proportionaliteit: *negatief*.

### – Risico's / implicaties/ kansen

Nederland verwelkomt in zijn algemeenheid het initiatief van de Commissie om te voorzien in afspraken tussen de Unie en de lidstaten over financiële en juridische aansprakelijkheid en vertegenwoordiging in geschillen met investeerders uit derde landen. Ook beschouwt Nederland het positief dat de verordening het basisbeginsel hanteert dat de entiteit die de litigieuze maatregel heeft genomen financieel aansprakelijk is indien hiermee het investeringsrecht wordt geschonden.

Nederland is kritisch ten aanzien van de gekozen rechtsbasis van artikel 207, tweede lid, VWEU. Deze is ontoereikend, omdat het voorstel voor een verordening niet alleen materie betreft die onder de exclusieve bevoegdheid van de Unie valt. Het voorstel raakt ook aan nationale competenties van de lidstaten, zoals de regels voor onteigening, het eigendomsrecht en nadeelcompensatie. Ook tast het voorstel de autonome procespositie van de lidstaten in bovengenoemde geschillen aan, omdat de rolverdeling tussen de Unie en de lidstaten op dit moment niet in balans is.

Nederland kan zich dan ook niet zonder meer vinden in de volgende punten:

- Op basis van te ruim geformuleerde criteria, kan de Commissie zelf in een geschillenbeslechtingsprocedure als verweerder optreden in plaats van de lidstaat die de litigieuze maatregel heeft genomen, terwijl de lidstaat financieel wel aansprakelijk blijft.

<sup>1</sup> Het gaat hierbij om derde landen waarmee de Unie voornemens is om vrijhandelsakkoorden met een investeringsbeschermingshoofdstuk of alleenstaande investeringsbeschermingsovereenkomsten af te sluiten. De verordening is uitdrukkelijk niet van toepassing op investeerders uit andere EU lidstaten. Voor deze gevallen blijven de intra-EU investeringsovereenkomsten vooralsnog van toepassing.

<sup>2</sup> Met litigieuze maatregel wordt bedoeld de maatregel die ten grondslag ligt van het geschil en die de basis vormt voor de claim van de investeerder.

- De Commissie kan verlangen dat de betreffende lidstaat gedurende de procedure een bepaald standpunt inneemt.
- De Commissie kan besluiten tot minnelijke schikking van een geschil terwijl de lidstaat als verweerder optreedt.
- De Commissie kan besluiten dat de lidstaat financieel aansprakelijk is, ook indien daarover tussen de Unie en de lidstaat (nog) geen overeenstemming bestaat.
- De Commissie stelt dat de exclusieve bevoegdheid van de Unie zich ook uitstrekt tot het eigendomsrecht en onteigeningregels in relatie tot investeringsbescherming. Dit tast de nationale bevoegdheden en interne rechtsorden van de lidstaten aan.

– *Nederlandse positie*

De Nederlandse inzet zal vooral gericht zijn om een evenwichtigere rolverdeling tussen de lidstaten en de Commissie in het kader van investeringsbeschermingsgeschillen met investeerders uit derde landen te bereiken.

Daarnaast zal Nederland in de verdere onderhandelingen met de Commissie het standpunt uitdragen dat de gekozen rechtsgrondslag ontoereikend is en dat onteigening en het eigendomsrecht behoren tot de nationale competentie van de lidstaten.

### **3. Samenvatting voorstel**

– *Inhoud voorstel*

Het Verdrag van Lissabon heeft buitenlandse directe investeringen onder het gemeenschappelijk handelsbeleid van de Unie gebracht en daarmee is dit een exclusieve bevoegdheid van de Unie geworden. Dientengevolge vinden op dit moment onderhandelingen plaats tussen de EU en de lidstaten enerzijds en derde landen (vooralsnog met Canada, India en Singapore) anderzijds om investeringsbeschermingshoofdstukken te integreren in toekomstige vrijhandelsakkoorden (FTA's). Een belangrijk element van dergelijke investeringsbeschermingshoofdstukken is dat voorziet wordt in een geschillenbeslechtsmechanisme van investeerders tegen een staat wanneer deze mogelijk in strijd met de bepalingen van het investeringsbeschermingshoofdstuk heeft gehandeld. Wanneer een dergelijke geschillenbeslechtsprocedure plaatsvindt, gaan daarmee kosten gepaard voor de betrokken staat (administratiekosten in verband met het geschil, honoraria van arbiters en advocaten) en kan deze, indien in het ongelijk gesteld, zijn gehouden tot betaling van een schadevergoeding. Deze verordening voorziet in afspraken tussen de Unie en de lidstaten over de financiële en juridische aansprakelijkheid in geschillen inzake investeringsbescherming met investeerders uit derde landen.

Het leidende beginsel van deze verordening is dat, ingeval van beslechting van geschillen tussen investeerders en staten, die entiteit financieel aansprakelijk is die de litigieuze maatregel heeft genomen. Dit betekent dat wanneer de desbetreffende maatregel door de instellingen van de Unie is genomen, de financiële aansprakelijkheid bij de instellingen van de Unie moet gaan rusten. Wordt de maatregel door een lidstaat van de Unie genomen, dan is de betreffende lidstaat financieel aansprakelijk. Wanneer een handeling van een lidstaat wordt voorgeschreven door het recht van de Unie, rust de financiële aansprakelijkheid bij de Unie.

Naast de financiële aansprakelijkheid voorziet het voorstel ook in afspraken rondom juridische vertegenwoordiging in geschillen. Namelijk onder welke voorwaarden de Unie of de lidstaat, die de litigieuze

maatregel heeft genomen, optreden als verweerder in een geschil, hoe de samenwerking tussen de Commissie en de lidstaat in specifieke zaken moet worden gestructureerd, hoe met de mogelijkheid van minnelijke schikking om te gaan en tot slot over de mechanismen die nodig zijn om te waarborgen dat een eventuele aansprakelijkheidsverdeling kan plaatsvinden.

Voorts liggen de volgende beginselen ten grondslag aan het voorstel voor een verordening. Het eerste beginsel is dat de algemene uitwerking van de aansprakelijkheidsverdeling uiteindelijk budgettair neutraal moet zijn voor de Unie, zodat de Unie alleen de kosten draagt waaraan rechtshandelingen van haar instellingen ten grondslag liggen. Het tweede beginsel is dat het mechanisme zodanig moet werken, dat een investeerder uit een derde land niet mag worden benadeeld door de noodzaak van een regeling van de financiële aansprakelijkheid binnen de Unie. Met andere woorden, indien er een meningsverschil tussen de Unie en de betreffende lidstaat is, zal aan de benadeelde investeerder uit een derde land toegewezen schadevergoeding worden betaald, en pas daarna naar de interne verdeling binnen de Unie worden gekeken. Het derde beginsel is dat het mechanisme de grondbeginselen moet eerbiedigen voor het externe handelen van de Unie, zoals verankerd in de Verdragen, de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, met name die van eenheid van externe vertegenwoordiging en van loyale samenwerking.

– *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 van de Unie om deze Verordening aan te nemen op artikel 207, lid 2, VWEU. Volgens de Commissie is in deze bepaling onder meer een exclusieve bevoegdheid van de Unie vastgelegd voor een gemeenschappelijk internationaal investeringsbeleid. Daarnaast wordt in de toelichting ook naar artikel 63 VWEU verwezen, welke volgens de Commissie een bevoegdheid voor de Unie voor portfolio-investeringen bevat.

De Europese Unie is exclusief bevoegd op het terrein van de gemeenschappelijke handelspolitiek (artikel 3, lid 1, onder e VWEU). In het voorstel is naar het oordeel van Nederland deels sprake van zaken die onder de exclusieve bevoegdheid van de Unie vallen, deels van zaken die tot de gedeelde bevoegdheid van EU en lidstaten behoren en deels van zaken die tot bevoegdheden van de lidstaten behoren. Nederland vindt dat de gekozen rechtsbasis derhalve niet toereikend is.

In de eerste plaats vallen volgens Nederland niet alle aspecten van investeringsbescherming binnen de exclusieve bevoegdheid van de Unie ingevolge artikel 207, tweede lid, VWEU (zie ook BNC fiche «*Verordening tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsovereenkomsten tussen lidstaten en derde landen*» COM(2010)344). Verschillende aspecten rond eigendom, onteigening, nadeelcompensatie, geschillenbeslechting en internationale vertegenwoordiging en aansprakelijkheid nog steeds tot de bevoegdheden van lidstaten.

In de tweede plaats betreft het voorstel voor de verordening niet uitsluitend aspecten op het gebied van buitenlandse directe investeringen, maar ook op het gebied van portfolio-investeringen. Derhalve is het noodzakelijk om ook artikel 64 lid 2 VWEU (vrij verkeer van kapitaal) als

rechtsbasis op te nemen. In tegenstelling tot artikel 207 VWEU zijn de bevoegdheden onder artikel 64 lid 2 VWEU in principe gedeeld (interne markt, artikel 4, lid 2, onder a VWEU).

*b) Subsidiariteits- en proportionaliteitsoordeel*

*Subsidiariteit: positief* voor zover van toepassing.

Er is een noodzaak voor gezamenlijk optreden. Het doel is om één regime voor vertegenwoordiging en de financiële afwikkeling van alle geschillen tussen investeerders uit derde landen en de Unie en/of lidstaten vast te leggen. Dit kan alleen door een Europese regeling gerealiseerd worden, omdat zowel de Unie als ook de lidstaten in dergelijke geschillen partij kunnen zijn en het noodzakelijk is om op Unieniveau de onderlinge verhoudingen tussen en de rechten en plichten van de Unie en de lidstaten vast te leggen.

Ten aanzien van de aspecten m.b.t. buitenlandse directe investeringen die binnen de exclusieve bevoegdheid van de Unie vallen (artikel 207 VWEU), is de subsidiariteittoets niet van toepassing.

Ten aanzien van de aspecten m.b.t. portfolio investeringen die binnen de gedeelde bevoegdheid vallen (artikel 64 VEU), is de subsidiariteittoets positief.

Echter, ten aanzien van het eigendomsrecht, de regels rondom onteigening en nadeelcompensatie, die nog steeds tot de nationale competenties van de lidstaten behoren is de Unie niet bevoegd om op deze terreinen op te treden. Derhalve is de subsidiariteittoets voor deze aspecten niet van toepassing.

*Proportionaliteit: negatief.*

De verordening voorziet in een rol voor de Commissie die veel verder strekt dan noodzakelijk is voor een goede, evenwichtige financiële afwikkeling tussen de Unie en lidstaten (zie onder 4a en 9). Dit vanwege het feit dat de Commissie op basis van te ruim geformuleerde criteria zelf in geschillenbeslechtingprocedures als verweerder op kan treden in plaats van de lidstaat die de litigieuze maatregel heeft genomen, terwijl de lidstaat financieel wel aansprakelijk blijft. Daarnaast kan de Commissie verlangen dat de betreffende lidstaat gedurende de procedure een bepaald standpunt in moet nemen. Bovendien tast dit voorstel de nationale bevoegdheid op het gebied van het eigendomsrecht en onteigeningregels aan. Nederland zal zich er in de onderhandelingen voor inzetten dat het voorstel wordt aangepast opdat het wel aan de proportionaliteitseis voldoet.

*c) Nederlands oordeel over de voorstellen op het gebied van gedeelde en/of uitvoeringshandelingen*

De noodzaak om één regime in te stellen om de juridische en financiële aspecten van geschillen tussen investeerders van derde landen en de Unie en/of lidstaten helder en uniform te regelen is onbetwist. Dit is ook de wens van de lidstaten.

Positief aan het voorstel is dat het leidende en ordende beginsel van de verordening inhoudt dat de entiteit die de litigieuze maatregel heeft genomen ook financieel aansprakelijk is. De Unie is aansprakelijk voor de door haar genomen maatregelen. De lidstaten zijn aansprakelijk voor de van hen afkomstige maatregelen, tenzij de maatregelen worden voorschreven door het recht van de Unie.

Echter, Nederland is van mening dat de in de verordening voorgestelde rolverdeling tussen de Commissie en de lidstaten onevenwichtig is. Zo kan de Commissie op grond van artikel 8, lid 2 besluiten dat de Unie alsnog in plaats van de lidstaat als verweerder optreedt, zonder dat de belangen van de lidstaat daarbij in het voorstel adequaat gewaarborgd worden. Dit is onwenselijk aangezien in geval een maatregel van de lidstaat wordt betwist, daarmee de financiële aansprakelijkheid van die lidstaat in het geding is. Ook kan de Commissie de procespositie en -tactiek van de lidstaten bepalen. Zo kan zij op basis van artikel 9, lid 2, verlangen dat de lidstaat een bepaald standpunt inneemt indien er een Unierechtelijke belang is. Verder blijkt uit artikel 13, lid 3 dat de Commissie ook zonder toestemming van de lidstaat het geschil kan schikken. Voorts regelt artikel 17, lid 5, dat wanneer de Unie als verweerder optreedt en er geen overstemming is tussen de Unie en de lidstaat over de financiële aansprakelijkheid, de Commissie alsnog kan besluiten om de lidstaat aansprakelijk te houden. De termijn om tegen dit besluit bezwaar aan te tekenen is één maand, een relatief korte periode. Daarnaast heeft Nederland bedenkingen bij de gekozen bevoegdheidsgrondslag (zie onder 4 a). Voorts tast het voorstel nationale competenties van Nederland aan op het terrein van het eigendomsrecht, de onteigeningsregels, nadeelcompensatie en het voeren van autonome en efficiënte procespositie (zie onder 4a).

Bij al deze punten geldt dat een rol van de Commissie gewenst kan zijn, maar dat deze – en vooral de grenzen aan de mogelijkheid tot handelen van de Commissie – onvoldoende gespecificeerd zijn in het voorstel. Hierdoor dreigt de positie van de lidstaten in te grote mate onderhorig te worden aan die van de Commissie.

De Nederlandse inzet zal vooral gericht zijn om een evenwichtiger rolverdeling tussen de lidstaten en de Commissie in het kader van investeringsbeschermingsgeschillen met investeerders uit derde landen te bereiken.

Daarnaast zal Nederland in de verdere onderhandelingen met de Commissie het standpunt uitdragen dat de gekozen rechtsgrondslag ontoereikend is en dat onteigening en het eigendomsrecht behoren tot de nationale competentie van de lidstaten.

In zijn geheel genomen biedt het voorstel in beginsel een goede basis voor onderhandelingen.

## **5. Implicaties financieel, gevolgen voor regeldruk en administratieve lasten**

### *a) Consequenties EU-begroting*

Het is onduidelijk of dit voorstel positieve of negatieve gevolgen zal hebben voor de EU-begroting. Aan de ene kant komt er met dit voorstel een voorziening waarbij lidstaten die aansprakelijk zijn voor een internationaal investeringsgeschil, periodieke betalingen aan de EU-begrotingen zullen verrichten om de kosten van arbitrage te compenseren. Aan de andere kant zal de Unie wanneer zij zelf verantwoordelijk is verplicht worden een schadevergoeding te betalen. Al deze inkomsten en uitgaven lopen via begrotingslijn 20 02 01 «buitenlandse handelsbetrekkingen». In 2012 was hier een bedrag van 7 mln. euro (in betalingen) voor inbegroot. De Commissie heeft voor 2013 een bedrag van 8,5 mln. euro (in betalingen) voorgesteld. Over de begroting 2013 wordt op dit moment nog onderhandeld. Waar het gaat om betalingen na 2013 acht Nederland het van belang dat deze begrotingslijn integraal onderdeel is van de onderhandelingen voor het volgend Meerjarig Financieel Kader 2014 –



2020. De Nederlandse inzet is dat deze begrotingslijn binnen het kader en inzet van Nederland m.b.t. Meerjarig Financieel Kader 2014 – 2020 dient te blijven.

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

De informatieverplichtingen die in de voorgestelde verordening staan, zullen nieuwe werklasten met zich meebrengen waarvoor mogelijk meer (specialistische) capaciteit voor dit onderwerp bij de Rijksoverheid nodig zal zijn.

Het is onwaarschijnlijk dat deze verordening een hoger risico op financiële aansprakelijkheid met zich mee zal brengen. Tot op heden is Nederland nog nooit gedagvaard noch veroordeeld in een arbitragezaak over investeringsbescherming. Maar omdat nu nog niet vaststaat of de investeringshoofdstukken in de nieuwe EU-vrijhandelsakkoorden hetzelfde hoge beschermingsniveau zullen bieden als de huidige Nederlandse investeringsbeschermings-overeenkomsten (IBO's), is niet te voorspellen welke gevolgen dit voor de mogelijke aansprakelijkheid van Nederland in de toekomst zal gaan hebben.

Hoe dan ook verandert deze verordening de politieke en juridische dynamiek inzake investeringsbeschermingsgeschillen met derde landen.

Eventuele budgettaire gevolgen worden ingepast op de begroting van het/de beleidsverantwoordelijk(e) departement(en), conform de regels van de budgetdiscipline.

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

Geen.

*d) Gevolgen voor regeldruk/administratieve lasten voor rijksoverheid, decentrale overheden, bedrijfsleven en burger*

Zoals onder 5 b is vermeld, zorgen de toenemende informatieverplichtingen voor extra administratieve lasten voor de Rijksoverheid en decentrale overheden.

## **6. Implicaties juridisch**

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

De bepalingen van het *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)* zullen niet gewijzigd hoeven te worden. Rv bevat onder meer regels ten aanzien van arbitrage in Nederland en in het buitenland, waaronder regels voor de erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen. Daarin is bepaald dat een in een vreemde Staat gewezen arbitraal vonnis waarop een erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag van toepassing is, in Nederland kan worden erkend en ten uitvoer worden gelegd. Overigens bepaalt de verordening dat, in het geval dat de Unie als verweerder optreedt en Nederland financieel aansprakelijk wordt gesteld, de Unie de schadevergoeding betaalt en Nederland vervolgens dit aan de Unie moet vergoeden. Nederland zal daartoe gehouden zijn op grond van de voorgestelde verordening in samenhang met artikel 4, lid 3, VEU. Er is derhalve dan geen sprake van een tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis, maar van de naleving van een Unierechtelijke verplichting.

De *Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten («Wet NERpe»)* voorziet in een aantal instrumenten voor de Rijksoverheid om de naleving



van Unierechtelijke verplichtingen door (decentrale) publieke entiteiten te bevorderen. In de situatie dat Nederland door de Unie financieel aansprakelijk wordt gesteld wegens een schending van het Unierecht en dit aan een andere publieke entiteit is toe te rekenen, zal de Rijksoverheid in eerste instantie tot betaling worden aangesproken en hiertoe moeten overgaan aan de investeerder uit een derde land. De Rijksoverheid zal vervolgens tot verhaal overgaan bij de betreffende publieke entiteit. De Wet NERpe biedt een dergelijk verhaalsrecht van de Rijksoverheid jegens die publieke entiteit.

Een besluit tot verhaal wordt niet genomen dan nadat aan de betreffende publieke entiteit gelegenheid tot overleg is geboden. Daarnaast zal de betreffende decentrale overheid, tijdig bij de behandeling van de procedure in eerste aanleg – d.w.z. bij de arbitrage – betrokken/gehoord worden.

De *Onteigeningswet* behoeft niet gewijzigd te worden, aangezien het eigendomsrecht tot de nationale bevoegdheid van de lidstaten behoort (zie ook artikel 345 VWEU).

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

De Commissie wenst dat dit voorstel zo spoedig mogelijk door de Raad en het EP aangenomen zal worden, zodat het tegelijkertijd met de ondertekening van de vrijhandelsakkoorden met Canada, India en Singapore in werking kan treden. De eerste presentaties van het voorstel hebben op 4 en 17 juli 2012 plaatsgevonden. De inhoudelijke discussie met lidstaten zal vanaf september 2012 beginnen. Het is nog niet bekend wanneer het EP een eerste over dit onderwerp zal agenderen. Gezien de gevoeligheid en grote impact van dit voorstel, lijkt het onwaarschijnlijk dat de Raad en het EP dit voorstel in de huidige vorm op korte termijn zullen gaan goedkeuren.

*c) Wenselijkheid evaluatie-/horizonbepaling*

Artikel 21, lid 1, van het voorstel voor een verordening bepaalt dat de verordening regelmatig geëvalueerd zal worden. Uiterlijk 3 jaar na de inwerkingtreding van deze verordening wil de Commissie een eerste evaluatierapport aan de Raad en het EP voorleggen. Een regelmatig evaluatie is wenselijk, maar de vraag is of een termijn van 5 jaar niet geschikter zou zijn.

## **7. Implicaties voor uitvoering en handhaving**

*a) Uitvoerbaarheid*

Het voorstel heeft geen directe implicaties voor uitvoeringsinstanties. Een aandachtspunt voor de Commissie betreft de implicaties die mogelijk ontstaan indien een lidstaat, die financieel aansprakelijk wordt gesteld in een zaak waar de Unie voor deze als verweerder heeft opgetreden, de schadevergoeding niet kan of wil betalen.

*b) Handhaafbaarheid*

De verordening veronderstelt dat de Commissie in staat is om op te treden als verweerder in geschillen inzake investeringsbescherming, ook wanneer de litigieuze maatregel door een lidstaat is genomen. Een aandachtspunt voor de Commissie zou zijn dat zij hiervoor voldoende capaciteit met het benodigde specialisme zal moeten reserveren.

## 8. Implicaties voor ontwikkelingslanden

Geen.

## 9. Nederlandse positie

Voor Nederland is van cruciaal belang dat afspraken rondom vertegenwoordiging en de financiële aspecten bij de afwikkeling van geschillen tussen investeerders uit derde landen en de Unie en/of lidstaten helder en goed geregeld worden. Een Europese verordening is een geschikt instrument om die regels vast te leggen.

Nederland onderschrijft bovendien het basisbeginsel zoals neergelegd in de verordening dat diegene die de litigieuze maatregel genomen heeft ook zelf verweerder dient te zijn, in staat moet zijn zichzelf effectief te kunnen verdedigen en zelf te kosten en eventuele schadevergoedingen dient te betalen. Daarnaast is het voor Nederland van groot belang de bevoegdheden op het gebied van buitenlandse directe investeringen die *niet* tot de exclusieve bevoegdheid van de Unie behoren (met name onteigening en nadeelcompensatie, het eigendomsrecht, geschillenbeslechting en internationale vertegenwoordiging waarvoor lidstaten zelf verantwoordelijk zijn en aansprakelijkheid) te behouden en te kunnen blijven uitoefenen.

De Nederlandse inzet concentreert zich op een aantal punten. Ten eerste kan Nederland het standpunt van de Commissie dat de Unie beschikt over een exclusieve bevoegdheid over alle aspecten die de verordening regelt, niet onderschrijven. Deze positie sluit aan op de positie m.b.t. de transitieverordening voor bestaande IBO's (zie BNC fiche «*Verordening tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsovereenkomsten tussen lidstaten en derde landen*» COM (2010)344). Van cruciaal belang is vooral dat – in het verlengde van de onderliggende bevoegdheidskwestie – in de verordening onvoldoende rekening wordt gehouden met het feit dat de betreffende vrijhandelsakkoorden als gemengde akkoorden ondertekend en geratificeerd zullen worden.

Ten tweede is het zo dat een rol van de Commissie gewenst kan zijn in de procesvoering onder investeringsbeschermingsbepalingen in EU vrijhandelsakkoorden, maar dat deze – en vooral de grenzen aan de mogelijkheid tot handelen van de Commissie – in het voorstel onvoldoende gespecificeerd zijn. Zo geeft artikel 8, lid 2 te ruime mogelijkheden voor de Commissie om het verweer te voeren voor een maatregel waarvoor een lidstaat verantwoordelijk – en mogelijk financieel aansprakelijk – is. Daarnaast kan de Commissie op grond van artikel 9, lid 2 bepalen, welke standpunten Nederland als verweerder moet innemen indien het belang van de Unie geraakt wordt, waarbij het laatste niet verder wordt gekwalificeerd.

Ten derde kan op grond van artikel 13, lid 3 de Commissie eenzijdig beslissen een geschil te schikken wanneer hogere belangen van de Unie dat vereisen. Dergelijke criteria zijn in de ogen van Nederland veel te ruim geformuleerd.

Ten vierde kijkt Nederland kritisch naar artikel 17 lid 5, van het voorstel waarin opgenomen is dat wanneer de Unie en lidstaat het niet eens zijn over de financiële aansprakelijkheid, de Commissie alsnog kan besluiten dat de lidstaat aansprakelijk is. Naar het oordeel van Nederland mag deze bepaling niet leiden tot een beperking van de gang van de lidstaten naar het Europese Hof van Justitie.

Bovendien dient de betrokken lidstaat wanneer deze het oneens is met dat besluit van de Commissie, binnen één maand hiertegen bezwaar aan te tekenen. Volgens Nederland zou deze termijn opgerekt moeten worden (naar bijv. 3 maanden) zodat de lidstaat in staat is een goed gefundeerd bezwaarschrift op te stellen.

Het voorstel voor een verordening regelt niet alleen de financiële aansprakelijkheid van de Unie zelf, maar met name de procesmatige en financiële verhouding tussen lidstaten en de Unie bij investeringsbeschermingsgeschillen met investeerders uit derde landen.

Deze regels brengen consequenties met zich mee voor de interne rechtsorde en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van lidstaten in dergelijke geschillen en mogelijk ook voor de individuele aansprakelijkheid van lidstaten.

Tot slot heeft Nederland zorgen over de implicaties die mogelijk ontstaan indien een lidstaat, die financieel aansprakelijk wordt gesteld in een zaak waar de Unie voor deze als verweerder heeft opgetreden, de schadevergoeding niet kan of wil betalen. Het verdient de voorkeur als deze situatie expliciet in de verordening geregeld wordt, zodat uitgesloten wordt dat andere lidstaten moeten meebetalen voor de financiële aansprakelijkheid van een andere lidstaat.

Nederland zal in de verdere onderhandelingen bij dit voorstel inzetten op een aanpassing van de verordening op de hiervoor genoemde punten en het Nederlandse standpunt zoals geformuleerd in 4 c uitdragen.