

Die multilaterale beleggingsooreenkoms (MAI¹): 'n kruispad vir internasionale beleggingsregulering?

1. Inleiding

To succeed in today's markets ... a company cannot hope to sit back home in Dubuque making widgets and then export the finished goods to buyers abroad ... Either through affiliates or joint venture partners you need to be there on the ground with local facilities ... To gain a foothold in an overseas market, you need to invest.²

Soos Bossidy tereg opgemerk het, vereis strawwe mededinging in die globale ekonomie dikwels dat maatskappye 'n fisiese teenwoordigheid in oorsese markte moet vestig ten einde te kan meeding. Sodanige fisiese teenwoordigheid kan slegs gevestig word deur middel van direkte investering.³ Hierdie standpunt is reflekerend van toenemende globalisasie gedurende die afgelope paar dekades. Globalisasie kan breedweg beskryf word as die toename in die beweging van kapitaal, goedere en dienste oor internasionale grense heen in die vorm van invoere, uitvoere en beleggings.⁴ Veral internasionale beleggings het geweldig toegeneem – selfs meer as internasionale handel.⁵

Ongelukkig het die ontwikkeling van 'n internasionale raamwerk van reëls vir die regulering van sodanige investering nie ewe snel plaasgevind nie. Inteendeel, die regulering van direkte internasionale beleggings vind steeds hoofsaaklik op nasionale vlak plaas deur middel van wetgewing in gasheerlande, ondersteun deur die gasheerlande se verpligtinge ingevolge bilaterale beleggingsooreenkomste. Verskeie pogings is egter van tyd tot tyd aangewend om beleggings te reguleer deur middel van streeksooreenkomste (soos NAFTA) en in geringe mate deur middel van sommige van die Wêreld Handelsorganisasie (WHO) se ooreenkomste.

1 *Multilateral Agreement on Investment.*

2 Larry Bossidy, Voorsitter en Hoof Uitvoerende Beampte van Allied Signal soos aangehaal in Canner 1998:658.

3 Direkte buitelandse investering kan gedefinieer word as beleggings wat gemaak word ten einde 'n langdurige belang te bekom in en deel te neem aan die bestuur van 'n onderneming wat bedryf word in 'n ekonomie anders as dié van die belegger. Geist 1995:673.

4 Sforza-Roderick, Nova en Weisbrot 1998.

5 Geist 1995:673 en 678. Sien ook Canner 1998:659.

Adv R Wandrag, Eenheid vir Internasionale Ekonomiese Reg, Privaatsak X17, Universiteit van die Wes-Kaap, Bellville.

Dr E Snyman, Sentrum vir Ondernemingsreg, Posbus 339, Universiteit van die Vrystaat, Bloemfontein.

Die *GATS (General Agreement on Trade in Services)*, 'n uitvloeisel van die Uruguay Rondte,⁶ was die eerste afdwingbare ooreenkoms van toepassing op handel en beleggings in die dienssektor. Die *GATS* bevat verskeie maatreëls wat van belang is vir buitelandse beleggers. So word byvoorbeeld voorsiening gemaak vir nie-diskriminasie teen buitelandse beleggers en kwantitatiewe beperkings op dienslewering word ingekort. As gevolg van die aard van *GATS* as 'n ooreenkoms primêr gemik op die dienssektor, slaag dit nie daarin om al die vrese van internasionale beleggers aan te spreek nie.⁷

Nog 'n WHO ooreenkoms wat poog om aspekte van internasionale investering te reguleer, is die Handelsverwante Beleggingsmaatreëls (*Agreement on Trade Related Investment Measures of TRIMs*).⁸ Die *TRIMs* verbied WHO lidlande om handelsverwante beleggingsmaatreëls toe te pas wat strydig is met die voorskrifte van die *GATT (General Agreement on Tariffs and Trade)*.⁹ So vereis die *TRIMs* dat die nasionale behandelingskriteria van toepassing moet wees op ingevoerde goedere en dat kwantitatiewe beperkings soos kwotas nie geïmplimenteer mag word nie.¹⁰ Verder bevat die *TRIMs* 'n lys van handelsverwante beleggingsmaatreëls wat as ongewens beskou word omdat dit strydig is met die oogmerke van die *GATT*. Voorbeelde van sodanige "ongewenste" maatreëls is plaaslike inhoudsvereistes en beperkings op invoere en uitvoere.¹¹ Die *TRIMs* is egter slegs van toepassing op beleggingsmaatreëls wat verband hou met handel in goedere soos gereguleer deur die *GATT*. Dit kan dus beskou word as aanvullend tot die beperkte beleggingsmaatreëls in die *GATS*, maar dit stel steeds nie 'n breë beleggingsraamwerk daar nie.

Ook die Wêreldbankgroep het broksgewyse pogings aangewend tot internasionale beleggingsregulering. Een hiervan was die skepping van *ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes)* spesifiek met die oog op die beslegting van beleggingsgeskille tussen internasionale beleggers en die regerings van gasheerlande. Ook *MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency)* speel 'n rol in die bevordering van internasionale beleggings deur waarborge te verskaf aan internasionale beleggers teen nie-kommersiële risiko's soos inmenging deur die regerings van gasheerlande.¹²

Die jongste poging tot internasionale beleggingsregulering was die Multilaterale Beleggingsooreenkoms (*MAI*).¹³ Gedurende Mei 1995 het die

6 Die *GATS* ooreenkoms (1993) is 'n uitvloeisel van die laaste van die sogenaamde "*Trade Rounds*" ingevolge die Algemene Ooreenkoms oor Tariewe en Handel (*GATT*) wat geduur het tot 1994 en uitgeloop het op die stigting van die WHO in 1995.

7 Canner 1998:660, 663 en Geiger 1998:468.

8 Canner 1998:660.

9 Edwards & Leister 1997:198.

10 Canner 1998:664.

11 Brecher 1997:16. Sien ook Canner 1998:663-664.

12 Geist 1995:682. Sien ook <http://www.worldbank.org>

13 *Multilateral Agreement on Investment*.

Raad van die Organisasie vir Ekonomiese Samewerking en Ontwikkeling (*OECD*)¹⁴ die organisasie verbind tot onderhandelinge om 'n internasionale stel reëls vir die regulering en beskerming van buitelandse beleggings daar te stel.¹⁵ Die *MAI* sou 'n breë multilaterale raamwerk vir buitelandse beleggings daarstel gebaseer op beleggersbeskerming, die vrye vloei van beleggings en effektiewe geskilbeslegtingsmeganismes. Hierdie multilaterale ooreenkoms sou al die *OECD* en Europese Unie lidlande insluit, maar ook nie-lidlande, soos Argentinië, Brazilië, Hong Kong en andere sou tot die ooreenkoms kon toetree.¹⁶

2. Oogmerke van *MAI*

2.1 Algemeen

Die sleutel-oogmerk van *MAI* is die “bevryding” van beleggingsmaatreëls ten einde gelyke en vrye toegang tot internasionale markte te verseker en sodoende die vrye vloei van beleggings aan te moedig. Hierdie oogmerk vind uitdrukking in die basiese beginsels van nie-diskriminasie en deursigtigheid. Laasgenoemde behels dat reëls, regulasies en administratiewe praktyke wat op beleggers en besighede van toepassing is, duidelik, voorspelbaar en deursigtig moet wees.¹⁷ 'n Breë multilaterale raamwerk vir internasionale beleggings is deur die *MAI* in die vooruitsig gestel waardeur 'n hoë standaard vir die bevryding van beleggings daargestel sal word met genoegsame beleggingsbeskerming asook 'n effektiewe geskilbeslegtingsprosedure.¹⁸

Nie-diskriminasie behels die “gelykstelling” van buitelandse beleggers met hul nasionale eweknieë deur middel van die nasionale (“*national treatment*”) en “*most favoured nation*” (*MFN*) behandelings-kriteria.¹⁹

Nasionale behandeling beteken dat buitelandse beleggers daarop kan aandring om nie minder gunstige behandeling as nasionale beleggers te ontvang nie. *MFN* behandeling verhoed dat buitelandse beleggers van sekere lande meer voordelige behandeling as ander ontvang en vereis dat beleggers van alle kontrakterende lande dieselfde behandeling ontvang.²⁰ Dit is egter belangrik om daarop te let dat Nasionale- en *MFN* behandeling vergelykende standaarde is wat in vergelykende omstandighede toepassing vind. Die spesifieke omstandighede van elke belegging word

14 *Organisation for Economic Co-operation and Development.*

15 Canner 1998:657; Daly 1998:5; Geiger 1998:467; McDonald 1998:619; <http://www.islandnet.com/~ncfs/maisite/overview.htm>

16 Daly 1998:5.

17 Geiger 1998:469.

18 Schlegelmilch 1996:217. Sien ook Canner 1998:657.

19 Verslag van die Voorsitter van die Onderhandelingsgroep, 28 April 1998. <http://www.oecd.org/daf/investment/fdi/mai/report98.htm>

20 Geiger 1998:469.

dis in ag geneem sodat daar byvoorbeeld nie vereis sal word dat programme vir die bevordering van klein- en medium-besighede ook aan transnasionale korporasies beskikbaar gestel moet word nie.²¹

2.2 Spesifieke maatreëls

Ter uitbreiding van die nasionale en *MFN* behandelingskriteria, plaas *MAI* 'n uitdruklike verbod op die instelling of handhawing van prestasie-vereistes vir buitelandse beleggers ten opsigte van die uitvoer van goedere, minimum plaaslike inhoud, voorskrifte vir die aankoop van plaaslike goedere, beperkings op die plaaslike verhandeling van vervaardigde goedere en die oordrag van tegnologie. Voorwaardelike verbiedinge word geplaas op vereistes ten opsigte van plaaslike arbeid, die vestiging van gesamentlike ondernemings ("*joint ventures*") met plaaslike ondernemings en plaaslike aandeelhouding.²²

MAI vereis verder dat elke kontrakterende party aan beleggers van 'n ander kontrakterende party regverdige en gelyke behandeling en konstante beskerming en sekuriteit sal verleen. Geen kontrakterende party sal behandeling verleen wat minder gunstig as wat deur internasionale reg vereis word nie. Verder mag 'n kontrakterende party nie deur middel van onredelike en diskriminerende behandeling die bedryf, bestuur, instandhouding, gebruik, genot of beskikking van die beleggings in sy gebied verhinder nie.²³

Kontrakterende partye mag nie enige beleggings vanuit ander kontrakterende partye in hul jurisdiksie nasionaliseer of onteien op enige direkte of indirekte wyse of deur middel van enige maatreëls wat 'n soortgelyke uitwerking sal hê nie, tensy dit gedoen word vir 'n openbare doel, op 'n nie-diskriminerende basis, ooreenkomstig regsbeginsels en met gepaardgaande betaling van spoedige, voldoende en effektiewe vergoeding. Sodanige vergoeding moet sonder vertraging betaal word en moet gelykstaan aan die regverdige markwaarde van die belegging onmiddellik voor die onteiening.²⁴

'n Belegger van 'n kontrakterende party wat verliese in die gebied van 'n ander kontrakterende party gely het weens oorlog of ander gewapende konflik, noodtoestand, revolusie, opstand, burgerlike onluste of ander soortgelyke gebeurtenisse, mag nie minder gunstig behandel word as die staat se eie beleggers of die beleggers van 'n derde staat in die toekenning van restitusie, kompensasie, skadeloosstelling of ander skikkings nie.²⁵

21 Geiger 1998:470. Hierdie ingeboude "veiligheidsmaatreël" is duidelik omskryf in die teks van die *MAI* eers nadat die vlaag van negatiewe publisiteit die onderhandelinge getref het. Picciotto 1998:748.

22 *MAI* Hoofstuk 3. Sien ook Stumberg 1998:553-555.

23 Hoofstuk 4, artikel 1.

24 Hoofstuk 4, artikel 2.

25 Hoofstuk 4, artikel 3.1.

Indien die skade egter weens die opkommandering of vernietiging van die beleggings deur die staat se magte was, sonder dat dit deur die omstandighede van die situasie genoodsaak was, moet spoedige, voldoende en effektiewe ("*prompt, adequate and effective*") vergoeding betaal word.²⁶

Elke kontrakterende party moet toesien dat alle betalings rakende die belegging in sy gebied vrylik oordraagbaar is sonder enige verdragings. Verder moet elke oordrag in 'n vrylik wisselbare geldeenheid gedoen word teen die wisselkoers op die datum van die oordrag. Sodanige oordragte mag slegs beperk word indien dit plaasvind deur middel van die aanwending van regverdige, nie-diskriminerende maatreëls ter beskerming van die regte van krediteure of dit verband hou met die afdwinging van wette en regulasie of met strafregtelike oortredings.²⁷

Die kontrakterende partye mag nie maatreëls instel wat die oordrag van inligting of die verwerking van inligting buite die gebied van die kontrakterende party, insluitende oordrag deur elektroniese middels, verhinder nie. Die voorwaarde is egter dat hierdie oordrag noodsaaklik moet wees vir die bedryf van die besigheid of moet verband hou met die koop of verkoop van die onderneming.²⁸

Die ooreenkoms is ook van toepassing op beleggings wat voor die inwerkingtreding daarvan gemaak is.²⁹

3. Die *MAI* onderhandelinge

Die *MAI* is oorspronklik die Multilaterale Beleggingsooreenkoms ("*MIA*" of "*Multilateral Investment Agreement*") genoem en die oorsprong daarvan kan teruggevoer word na 'n vergadering van die Wêreldhandelsorganisasie in Singapore. As gevolg van hewige reaksie teen die *MIA* deur sommige lidlande van die WHO, is die onderhandelinge verskuif na die *OECD*.³⁰ Die formele *MAI* onderhandelinge is in 1995 deur die Ministeriële Raad van die *OECD* van stapel gestuur³¹ en die bedoeling was dat die onderhandelinge teen Mei 1997 afgehandel sou wees waarna die *MAI* terug verwys sou word na die WHO. Hierdie sperdatum is egter nie bereik nie en die volgende datum waarop die *MAI* aan die WHO voorgelê sou word was 27 April 1998.³²

26 Hoofstuk 4, artikel 3.2.

27 Hoofstuk 4, artikel 4.

28 Hoofstuk 4, artikel 5.

29 Hoofstuk 4, artikel 7.

30 <http://www.islandnet.com/~ncfs/maisite/chaptr01.html>. Verdere redes vir die verskuiwing van die *MAI* onderhandelinge na die *OECD* was die feit dat die meerderheid van internasionale belegging tussen *OECD* lidlande plaasgevind het en dat die *OECD* ondervinding gehad het in die opstelling van verskillende "Bevrydingskodes". Picciotto 1998:744. Sien ook Canner 1998:666 en Geiger 1998:467.

31 Picciotto 1998:731.

32 <http://www.islandnet.com/~ncfs/maisite/chaptr01.html>

Vanaf 1995 tot Mei 1998 het die onderhandelinge rondom die Multilaterale Beleggingsooreenkoms feitlik agter geslote deure plaasgevind. Die onderhandelingspan het bloot op die kommentaar en voorstelle van lidlande en interne *OECD* komitees staatgemaak.³³ Eers nadat die voorgestelde inhoud van *MAI* gedurende 1997 op die Internet “uitgelek” het, en hewige kritiek vanuit arbeids- en omgewingskringe ontvang is, is daar gekonsulteer met arbeidsorganisasies en met besighede buite die *OECD*.³⁴ In Oktober 1997 is sodanige formele konsultasie met nie-regeringsorganisasies bygewoon deur meer as 70 verteenwoordigers van meer as 30 organisasies wêreldwyd.³⁵

3.1 Argumente ten gunste van *MAI*

Voorstanders van *MAI* beweer dat die ooreenkoms die nodige beskerming vir beleggers teen diskriminasie en nasionalisasie sal bied, nuwe markte sal open en besighede, verbruikers en werkers op die langtermyn sal bevoordeel deur die globale ekonomie te verbeter. Groot klem word dus geplaas op die sogenaamde “bevryding” van beleggingsmaatreëls en die beskerming van internasionale beleggers teen die “*distorting effects*” van prestasievereistes en vereistes dat vennootskappe met plaaslike besighede aangegaan moet word.³⁶

Die *OECD* sien ’n internasionale beleggingsooreenkoms as ’n noodsaaklike deel van die beheer en bestuur van globalisasie. Volgens hulle sal sodanige ooreenkoms regsekerheid en nuwe moontlikhede daarstel vir alle besighede, maar veral vir klein- en medium groot besighede. Beleggingsgroeï binne die raamwerk van ’n gebalanseerde internasionale beleggingsooreenkoms het volgens die *OECD* die potensiaal om ekonomiese groei te laat plaasvind, werkseleenthede te genereer, verbruikerskeuse te verbreed en om groter omgewingsverantwoordelikheid aan te moedig.³⁷

3.2 Argumente teen *MAI*

Die hewigste kritiek en aanvalle teen *MAI* is geloods vanuit die geledere van arbeidsorganisasies en internasionale omgewingsbewaringsorganisasies. Hierdie groepe het aangevoer dat die voorgestelde ooreenkoms ekonomiese en omgewingsondergang sou verhaas, omdat lande arbeid-³⁸ en

33 Sien Canner 1998:673.

34 August 2000:242. Sien ook <http://mai.flora.org/mai-not/homepage.htm> waar gesê word “*The MAI is being negotiated with no meaningful consultation with the public*”. Geiger 1998:474 stem egter nie saam dat onderhandelinge agter geslote deure plaasgevind het nie. Volgens hom was inligting algemeen beskikbaar en is arbeids- en besigheidsorganisasies inderdaad vroeër in die proses reeds gekonsulteer.

35 Picciotto 1998:748.

36 Sforza-Roderick ea 1998.

37 Johnston 1998.

38 Compa 1998:683-712.

omgewingstandaarde³⁹ sou verlaag ten einde nuwe beleggings te lok.⁴⁰ Opponente van *MAI* voel duidelik dat daar te veel klem geplaas word op die regte van buitelandse beleggers, sonder dat daar enige afdwingbare verpligtinge op hulle geplaas word ten opsigte van arbeidstandaarde, omgewingstandaarde of nie-kompeterende (skadelike) besigheidspraktyke.⁴¹ Ook voel opponente van die *MAI* dat die ooreenkoms eerder regerings as beleggings reguleer⁴² deurdat die magte en bevoegdhede van lande om die vloei van beleggings te reguleer drasties deur die *MAI* aan bande gelê word.⁴³

Lande mag legitieme redes hê waarom hulle verkies om buitelandse beleggers anders te behandel as plaaslike/nasionale besighede. Die nasionale- en *MFN* behandelingsklousules in *MAI* verbied sodanige onderskeiding tussen buitelandse beleggers en plaaslike besighede. Hierdie beperking het tot gevolg dat state nie toegelaat sou word om beleggingsbeleide aan te pas by die spesifieke nasionale maatskaplike, ekonomiese en omgewingsdoelwitte nie.⁴⁴ Verder wys Picciotto daarop dat die nasionale behandelingskriteria bepaal dat daar nie teen buitelandse beleggers gediskrimineer kan word deur behandeling wat minder gunstig ("*less favourable*") is as dit wat aan plaaslike besighede uitgemeet word nie – daar is egter niks wat lande verbied om buitelandse beleggers "meer gunstig" te behandel en sodoende teen plaaslike besighede te diskrimineer nie.⁴⁵

Volgens Picciotto word die moontlikheid van meer gunstige behandeling vir buitelandse beleggers versterk deur die streng verbod op prestasievereistes wat by die *MAI* ingesluit is.⁴⁶ Verbodinge word onder andere geplaas op vereistes ten opsigte van uitvoere, plaaslike inhoud, plaaslike aankope, die gebruik van plaaslike arbeid, die oordrag van tegnologie en die vestiging van gesamentlike ondernemings met plaaslike betrokkenheid.⁴⁷ Hierdie bepalinge gaan veel verder as die *TRIMs* ooreenkoms wat sekere maatreëls bloot as "ongewens" bestempel. Volgens Picciotto hou hierdie bepalinge ook duidelike bevoordeling in vir buitelandse beleggers, omdat hierdie tipe bepalinge nodig mag wees ten einde regverdige kompetisie tussen buitelandse beleggers en plaaslike ondernemings te verseker.⁴⁸

39 Canner 1998:673-676. Sien ook August 2000:242 en Graham 1998:601-602.

40 Sommige van hierdie omgewingsbewustes skyn te glo dat ekonomiese groei en omgewingsbewaring onversoenbare ideale is. Canner stem egter nie hiermee saam nie. 1998:673.

41 Sforza-Roderick ea 1998.

42 http://www.corpwatch.org/trac/feature/planet/mai_ngo.html;
<http://www.edunions/labor.net.au/nteu/debates/multilat1.html>

43 Barlow 1998:<http://www.sno.net/caw/2301/feb98forsale.html>

44 Sforza-Roderick ea 1998.

45 1998:750

46 Hoofstuk 3.

47 Mashayekhi en Gibbs 1999:2; sien ook *Working Group on the WTO/MAI* 1999:16.

48 1998:751. Dit is 'n vergestaltung van Picciotto se opinie dat die rede vir die "anderse" behandeling van buitelandse beleggers geleë is in die feit dat hulle in baie opsigte anders is as plaaslike ondernemings.

Verder is geargumenteer dat MAI buitelandse beleggers sal toelaat om regulatoriese beskerming uit te daag deur middel van geskilbeslegting – wat dan ook die buitelandse beleggers in 'n beter posisie sal plaas as plaaslike beleggers.⁴⁹ Van die hewigste sodanige kritiek wat op die internet versprei is, voer aan dat

the MAI would further cripple our respective Parliaments' ability to implement laws in the public interest, by permitting foreign-based corporations to directly sue our governments for huge settlements through an unaccountable MAI tribunal.⁵⁰

Hierdie opinie is 'n vergestaltung van die basiese reg op soewereiniteit van state wat behels dat 'n staat die prerogatief het om die aktiwiteite van persone, insluitende buitelandse of multinasionale korporasies, binne die bepaalde territoriale jurisdiksie se reguleer. Hierdie beginsel van staatsoewereiniteit is vasgelê in die internasionale reg en is ook bevestig in die Verenigde Nasies se Handves van Ekonomiese Regte en Verpligtinge van State.⁵¹ Verskeie state, insluitend sommige ontwikkelende lande, is traag om alle beleggingsmaatreëls te laat vaar omdat dit gesien word as 'n inbreukmaking op hul soewereiniteit.⁵²

Daar is veral een aspek van die “bevrydings”-maatreëls in MAI wat hierdie vrees by state ontlok en dit is die reg op toegang/vestiging in die jurisdiksie van 'n gasheerland wat in die Nasionale Behandelingklousule ingesluit is. Tradisioneel en ook in die meeste bilaterale beleggingsooreenkomste, is die reg op soewereiniteit geïnterpreteer om te beteken dat state die reg het om te besluit of, en op watter voorwaardes, buitelandse beleggers in hul jurisdiksie toegelaat sou word.⁵³ Sou state besluit om nie sodanige beleggings toe te laat nie, sou hulle geen internasionale aanspreeklikheid opdoen nie.⁵⁴ Die MAI-bepalings wyk duidelik hiervan af deur 'n sogenaamde “oop deur” beleid af te dwing ten opsigte van buitelandse beleggers se toegang tot en vestiging in die jurisdiksies van kontrakterende lande.⁵⁵ Hierdie bepaling in MAI wyk ook af van die Wêreldbank Riglyne waarin lande se soewereiniteit ten opsigte van die toelating/vestiging van buitelandse beleggers gehandhaaf word.⁵⁶

49 <http://www.islandnet.com/~ncfs/masite/overview.htm>. Sien ook Geiger 1998:472. Geiger wys egter daarop dat plaaslike beleggers te alle tye toegang het tot nasionale howe in hierdie verband.

50 *MAI-Not! Project* 1998. <http://mai.flora.org/mai-not/homepage.htm>. Sien ook Storza-Roderick ea 1998. Van die ander kritiek op die Internet het na die MAI verwys as 'n transnasionale Handves van Regte vir multinasionale maatskappye wat nasionale regerings sou beroof van hul soewereiniteit. Canner 1998:679.

51 Verenigde Nasies 1975. Artikel 2(2)(a) verleen aan elke staat die reg “to regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction”.

52 Juillard 1998:481.

53 Picciotto 1998:749 en 751. Sien ook Geist 1995:675.

54 Juillard 1998:481. Volgens Juillard is hierdie bepaling die gevolg van die Verenigde State se strewe na 'n internasionale reg op vestiging, iets wat hulle ook, anders as ander lande, in hul bilaterale beleggingssooreenkomste insluit.

55 Hoofstuk 3. Sien ook Picciotto 1998:758.

56 Juillard 1998:481-482. Sien ook Qureshi 1999:387.

3.3 Afloop van die onderhandelinge

Gedurende die Mei 1998 onderhandelinge in die *OECD*, het die ministers besluit om onderhandelinge te staak.⁵⁷ Op 3 Desember 1998 het die *OECD* 'n persverklaring uitgereik waarin bevestig is dat onderhandelinge met die oog op *MAI* nie langer plaasvind nie.⁵⁸ In 'n vroeër verklaring op 23 Oktober 1998 is gesê dat afgevaardigdes opgemerk het dat "*significant concerns*" geopper is gedurende die konsultasies en onderhandelinge oor *MAI*. Hierdie vrese sluit onder andere arbeidsaangeleenthede, kommer oor soewereiniteit en die omgewing in.⁵⁹ Na 'n tydperk van drie jaar se onderhandelinge en konsultasies het die *MAI* dus 'n stille dood gesterf en kan waarskynlik gesê word dat die opponente van *MAI* 'n oorwinning behaal het. Daar kan ook gesê word dat die internasionale regulering van beleggings by 'n kruispad gekom het en dat dit belangrik is om die pad vorentoe behoorlik te oorweeg.

4. Die pad vorentoe

Globalisasie is steeds 'n werklikheid en internasionale beleggings neem steeds toe. Die basiese behoefte aan 'n eenvormige sisteem vir die regulering hiervan bestaan dus steeds. Hierdie behoefte aan internasionale beleggingsregulering is reeds so vroeg as 1970 uitgespreek deur die Internasionale Hof in die sogenaamde *Barcelona Traction* saak waar die hof, met verwysing na die groei in buitelandse beleggings, hul verbasing uitgespreek het dat

the evolution of the law has not gone further and that no generally accepted rules in the matter have crystallised on the international plane.⁶⁰

Die *OECD* het dit ook bevestig in hul persverklaring van 23 Oktober 1998:

There was a consensus among delegates on the need for and value of a multilateral framework for investment.⁶¹

Die *OECD* het dit ook duidelik gemaak dat alhoewel daar nie meer oor *MAI* gepraat gaan word nie, daar wel voortgegaan sal word met verdere navorsing en konsultasies met die oog op sodanige raamwerk vir beleggings.⁶² Die onderneming is ook gegee dat sodanige onderhandelinge op 'n deursigtige basies sal plaasvind en dat dit alle *OECD* lede, sowel as

57 Mashayekhi en Gibbs 1999:11.

58 <http://www.oecd.org/media/release/nw98-114a.htm>

59 <http://www.oecd.org/media/release/nw98-101a.htm>

60 *Belgium v Spain* 1970 ICJ Rep.3 at 47-48, soos aangehaal deur Geist 1995:673. Ook Picciotto meen dat 'n multilaterale ooreenkoms rakende internasionale beleggings 'n gaping sal vul in die netwerk van maatreëls wat die wêreld ekonomie reguleer. 1998:731.

61 <http://www.oecd.org/media/release/nm98-101a.htm>

62 <http://www.oecd.org/media/release/nm98-101a.htm>. Sien ook August 2000:242.

belangstellende nie-lede⁶³ en verteenwoordigers van besigheid, arbeid, nie-regeringsorganisasies en verbruikersgroepe sal insluit.⁶⁴

Wat belangrik is, is dat sodanige toekomstige onderhandelinge moet leer uit die foute van die verlede. Uit die voorafgaande bespreking van die besware teen *MAI*, blyk duidelik dat een van die grootste probleme in *MAI* opgesom kan word as 'n gebrek aan balans tussen die regte en verpligtinge van beleggers en dié van gasheerlande⁶⁵ en dat dit 'n aspek is wat aandag sal moet geniet in enige toekomstige raamwerk of ooreenkoms.

Die *OECD* het in der waarheid reeds by implikasie erken dat dit een van die groot struikelblokke in die weg van *MAI* was en het in hul persverklaring van 20 Oktober 1998 aangedui dat dit belangrik is om 'n balans te handhaaf tussen die regte en verpligtinge van beleggers en om te verseker dat 'n raamwerk vir internasionale beleggingsregulering in ooreenstemming is met die bevordering van arbeids- en omgewingstandaarde en ontwikkeling. Hulle het ook bevestig dat sodanige ooreenkoms in ooreenstemming moet wees met lande se soewereine verantwoordelikheid om nasionale beleide te bevorder.⁶⁶

Die belangrikheid van hierdie beginsels is nie net relevant vir die *OECD* lidlande en onderhandelaars nie, maar ook vir elke land wat deel is van die “*global village*” en wat kompeteer vir die besigheid van internasionale beleggers – ook vir Suid-Afrika. Dit is belangrik dat elke land wat potensieel sou wou deel word van sodanige internasionale raamwerk vir die regulering van beleggings hul bydrae lewer tot die proses. Dit is egter eweneens belangrik dat elke land, ook Suid-Afrika, se nasionale beleid ten opsigte van internasionale beleggings geskoei behoort te wees, onder andere, op die handhawing van 'n fyn balans tussen die soewereine regte en verpligtinge van die staat teenoor sy eie burgers en die regte en verpligtinge van buitelandse beleggers.

5. Spesifieke lesse vir Suid-Afrika

Die afwesigheid van 'n internasionale sisteem vir die regulering van buitelandse beleggings plaas die *onus* vir sodanige regulering terug in die hande van nasionale regerings. In hierdie verband meen Geist dat die afwesigheid van internasionale beleggingsregulering skadelik is vir beide state wat angstig is om sodanige beleggings te bekom en die multinasionale korporasies wat gretig sou wees om in ander jurisdiksies te belê. Die rede hiervoor is volgens hom te vinde in die feit dat verskillende regulatoriese sisteme in die verskillende lande potensieële beleggings ontmoedig deurdat dit

63 Persverklaring 3 Desember 1998 <http://www.oecd.org/media/release/nm98-114a.htm>

64 Persverklaring 23 Oktober 1998 <http://www.oecd.org/media/release/nm98-101a.htm>

65 Picciotto 1998:747-748.

66 <http://www.oecd.org/media/release/nm98-100a.htm>

administratiewe kostes verhoog en onsekerheid veroorsaak.⁶⁷ Hierdie gevaar van disinvestering sou verminder as 'n eenvormige investeringsbeleid dwarsoor die wêreld gevolg sou word.

By gebrek aan sodanige internasionale beleid, moet elke land wat graag buitelandse beleggings wil bekom, noodgedwonge 'n eie regulatoriese sisteem ontwikkel. Die gevaar is egter dat komplekse regulatoriese sisteme beleggers sal afskrik eerder as aantrek. Die meeste state wat angstig is om buitelandse beleggings te bekom, pas hul regulatoriese sisteme aan deur voorsiening te maak vir lukratiewe beleggings-insentiewe. Hierdie insentiewe kan verskillende vorme aanneem, onder andere belastingverligting ("*tax holidays*"), geredelike toegang tot finansiering, en grond teen verminderde pryse.⁶⁸

Ook Suid-Afrika is angstig om buitelandse beleggings te bekom. Beide die voorwoord tot die Webblad van *TISA (Trade & Investment South Africa)* deur President Mbeki

We are deeply committed to growing foreign direct investment in South Africa.⁶⁹

en Minister Alec Irwin se voorwoord tot die Handboek vir Beleggers op dieselfde webblad

It is our sincere hope to attract real and growing international investor commitment to South Africa.⁷⁰

bevestig hierdie standpunt. Op dieselfde webblad word 10 redes aangegee waarom beleggers in Suid-Afrika moet investeer. As een van hierdie redes word daarop geroem dat

the South African government (has) implemented a plethora of incentive programmes aimed at accelerating and facilitating the transition to competitive and sustainable manufacturing industries.⁷¹

Gedurende die 2001 begrotingstoespraak het Minister Manuel aangekondig dat die regering R3biljoen opsy gaan sit oor 'n tydperk van drie jaar vir sodanige insentiewe gemik op strategiese industriële projekte.⁷²

Dat hierdie insentiewe hul doel sal bereik en sal sorg vir toenemende buitelandse beleggings in Suid-Afrika is in die lig van onlangse studies oor sulke insentiewe programme egter nie 'n uitgemaakte saak nie. So het 'n onlangse *OECD* ondersoek tot die gevolgtrekking gekom dat die algemene impak van internasionale beleggingsinsentiewe op die vloei van beleggings

67 1995:674 en 716.

68 Geist 1995:679.

69 <http://www.isa.org.za/home.htm> soos op 16 Maart 2001.

70 http://www.isa.org.za/invest_handbook/inv_handbook.htm soos op 16 Maart 2001.

71 http://www.isa.org.za/_index.html soos op 21 Maart 2001.

72 <http://www.business.iafrica.com> soos op 13 Maart 2001.

beperk is. Sogenaamde “disinsentiewe” sal eerder ’n invloed hê op beleggingsbesluite, en ’n negatiewe invloed daarby. Sodanige “disinsentiewe” sluit in aspekte soos komplekse administratiewe beleggingsregulering.⁷³ Dus, alhoewel die implementering van insentiewe ’n rol kan speel in die wedloop om buitelandse beleggings, kan die verwydering van disinsentiewe selfs ’n meer positiewe bydrae lewer.

Komplekse regulatoriese beleggingsstelsels is dus nie die antwoord nie. Suid-Afrika se buitelandse beleggingsbeleid is nie soos die van vele ander lande vervat in een dokument of “kode” nie. Buitelandse beleggers moet hul weg baan deur Suid-Afrikaanse besigheidswetgewing, belastingwetgewing, arbeidswetgewing, arbitrasiewetgewing ensovoorts, plus die administratiewe regulasies ten opsigte van die vestiging van ’n belegging. In hierdie opsig kan daarop gelet word dat slegs die afdeling in die Handboek vir Beleggers getiteld “*Entry and Residence of Foreign investors and Expatriate Labour*” veertien bladsye beslaan⁷⁴ en hierdie is maar een van die aspekte wat deur buitelandse beleggers in ag geneem moet word.⁷⁵ Voeg hierby die feit dat Suid-Afrika nie ’n lid is van *ICSID* nie en dat ons nasionale arbitrasiewetgewing nie voorsiening maak vir internasionale geskilbeslegting nie,⁷⁶ dan word die struikelblokke in die weg van die buitelandse belegger al meer.

Nie net moet Suid-Afrika se nasionale beleid ten opsigte van internasionale beleggings dus geskoei wees op die handhawing van ’n fyn balans tussen die soewereine regte en verpligtinge van die staat teenoor sy eie burgers en die regte en verpligtinge van buitelandse beleggers nie, dit moet ook geskoei wees op die handhawing van ’n fyn balans tussen insentiewe wat beleggers hierheen sal lok en disinsentiewe wat dieselfde beleggers eerder elders groener weivelde sal laat soek.

’n Meer “vaartbeleinde” buitelandse beleggingsbeleid sal nie net die potensiaal vir buitelandse beleggings verhoog nie, maar sal ook die weg baan vir deelname aan enige toekomstige onderhandelinge rondom ’n internasionale stelsel vir beleggingsregulering.

73 Geist 1995:679.

74 http://www.isa.org.za/invest_handbook/entry.htm soos op 16 Maart 2001.

75 ’n Volledige bespreking van die regulering van buitelandse beleggings val buite die bestek van hierdie artikel. Vir vollediger besprekings hiervan, sien Cloete 1999 en Wandrag 1999.

76 Sien Butler 1998:1-20 en *SA Law Commission* 1998 vir ’n bespreking hiervan.

Bibliografie

- AUGUST R
2000. *International Business Law*.
3de uitg. New Jersey: Prentice
Hall.
- BARLOW M
1998. For sale ... Canada!
[http://www.sno.net/caw/2301/feb98f
orsale.html](http://www.sno.net/caw/2301/feb98f
orsale.html)
- BRECHER R
1997. The WTO at a glance. *China
Business Review*. May/June.
- BUTLER D
1998. A new domestic Arbitration
Act for South Africa: What happens
after the adoption of the UNCI-
TRAL Model Law for International
Arbitration? *Stellenbosse Regstyd-
skrif* 1:1-20.
- CANNER SJ
1998. The Multilateral Agreement
on Investment. *Cornell International
Law Journal* 31:658-681.
- CLOETE MJ
1999. Die beskerming van beleg-
gings in die internasionale reg.
Ongepubliseerde LLM verhande-
ling. Bloemfontein:UOVS.
- COMPA L
1998. The Multilateral Agreement
on Investment and international
labor rights: A failed connection.
Cornell International Law Journal
31:683-712.
- DALY M
1998. Investment incentives and
the Multilateral Agreement on In-
vestment. *Journal of World Trade*
32:5-23.
- EDWARDS RH EN LESTER SN
1997. Towards a more comprehen-
sive World Trade Organization
agreement on trade-related invest-
ment measures. *Stanford Journal
of International Law* 33.
- GEIGER R
1998. Towards a Multilateral Agree-
ment on Investment. *Cornell Inter-
national Law Journal* 31:467-475.
- GEIST MA
1995. Toward a General Agreement
on the regulation of foreign invest-
ment. *Law & Policy in International
Business* 26:673-717.
- GRAHAM EM
1998. Regulatory takings, superna-
tional treatment, and the Multilateral
Agreement on Investment: Issues
raised by nongovernmental organisa-
tions. *Cornell International Law
Journal* 31:599-614.
[http://www.corpwatch.org/trac/featu
re/planet/mai_ngo.html](http://www.corpwatch.org/trac/featu
re/planet/mai_ngo.html)
[http://www.edunions.labor.net.au/nt
eu/debates/multilat1.html](http://www.edunions.labor.net.au/nt
eu/debates/multilat1.html)
[http://www.islandnet.com/~ncfs/mai
site/overview.htm](http://www.islandnet.com/~ncfs/mai
site/overview.htm)
<http://www.oecd.org>
<http://www.worldbank.org>
- JOHNSTON DJ
1998. Opening Statement by Mr
Donald J Johnston, Secretary-
General Consultations on the Multi-
lateral Agreement on Investment.
(20 Oktober 1998). [http://www.
oecd.org/media/release/nw98-
100a.htm](http://www.
oecd.org/media/release/nw98-
100a.htm) soos op 31 Oktober
2000.
- JUILLARD P
1998. MAI: a European view. *Cor-
nell International Law Journal*
31:477-490.
- KODAMA Y
1998. The Multilateral Agreement
on Investment and its legal implica-
tions for newly industrialising eco-
nomies. *Journal of World Trade*
32:21-40.

- MAI-NOT ! PROJECT**
1998. <http://mai.flora.org/mai-not/homepage.htm>
- MASHAYEKHI M EN GIBBS M**
1999. Lessons from the Uruguay Round negotiations on investment. *Journal of World Trade* 33 6:1-26.
- MCDONALD J**
1998. The Multilateral Agreement on Investment: Heyday or may-day for ecologically sustainable development? *Melbourne University Law Review* 22:617-656.
- OECD**
1976. Declaration on International Investment and Multinational Enterprises, June 21, 1976.
1998. The MAI Negotiating Text (as of 24 April 1998).
1998. Report by the Chairman of the Negotiating Group 28 April 1998. <http://www.oecd.org/daf/investment/fdi/mai/repor98.HTM>.
1998. Informal Consultations on International Investment. 3 December 1998. <http://www.oecd.org/media/release/nw98-114a.htm>
1998. Chairman's Statement. Under Secretary of State Stuart Eizenstat (USA). Executive Committee in Special Session Paris, 23 October 1998.
<http://www.oecd.org/media/release/nw98-101a.htm>
- PICCIOTTO S**
1998. Linkages in International Investment Regulation: The antinomies of the draft Multilateral Agreement on Investment. *UPA Journal of International Economic Law* 19:3 731-768.
- QURESHI AH**
1999. *International Economic Law*. London: Sweet & Maxwell.
- S A LAW COMMISSION**
1998. Arbitration: An International Arbitration Act for South Africa. Report:Project 94.
- SCHLEGELMICH R**
1996. International rules on foreign direct investment: A new challenge for the World Trade Organisation. *International Trade Law Journal* 6:212-225.
- SFORZA-RODERICK M EN ANDERE**
1998. A Concise Guide to the Multilateral Agreement of Investment Supporters' and Opponents' Views. <http://www.globalpolicy.org/socecon/global/mai.htm> soos op 30 Oktober 2000.
- STUMBERG R**
1998. Sovereignty by Subtraction: The Multilateral Agreement on Investment. *Cornell International Law Journal* 31:491-598.
- THE CORPORATE PLANET**
1997. Joint NGO Statement on the Multilateral Agreement on Investment (MAI). http://www.corpwatch.org/trac/feature/planet/mai_ngo.htm
- UNITED NATIONS**
1975. United Nations General Assembly, Resolution 3281, December 12, 1975.
- WANDRAG MS**
1999 The legal framework of foreign direct investment in South Africa. Unpublished paper presented at the Colloquium, Stellenbosch 13 August 1999.
- WORKING GROUP ON THE WTO/MAI**
1999. Citizen's guide to the World Trade Organization. Everything you need to know to fight for fair trade. Inknorks.