

2015•2016
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef
De Beslechting van Internationale Investeringsgeschillen

Promotor :
Prof. dr. Matthias STORME

Esra Cetinkaya
Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



Maastricht University

2015•2016
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

De Beslechting van Internationale Investeringsgeschillen

Promotor :
Prof. dr. Matthias STORME

Esra Cetinkaya
Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

Samenvatting

Het aantal investeringsgeschillen is de laatste jaren aanzienlijk toegenomen. Arbitrage is een bijzonder populaire methode gebleken om deze geschillen te beslechten. Deze masterscriptie handelt over de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten. De laatste jaren is er meer en meer kritiek gekomen op het mechanisme van investeerder-staat arbitrage. Zo spreekt men van een gebrek aan legitimiteit, transparantie, consistentie van uitspraken, onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters, hoge kosten en een lange duur van arbitrageprocedures. Deze kritieken zullen onderzocht worden in de masterscriptie. Eveneens wordt een voorstel tot hervorming van het geschillenbeslechtingsysteem besproken en geanalyseerd. Het betreft de oprichting van een permanente investeringsrechtbank op internationaal niveau, die alle investeerder-staat arbitrage-instellingen zou moeten vervangen.

Inhoudsopgave

<i>Hoofdstuk 1: Inleiding</i>	3
<i>Hoofdstuk 2: De huidige mechanismen van investeerder-staat geschillenbeslechting</i>	7
2.1. <i>Enkele rechtsbronnen</i>	7
2.2. <i>Fora voor investeerder-staat geschillenbeslechting</i>	10
2.2.1. <i>Rechtbanken</i>	10
2.2.2. <i>Conciliatie</i>	14
2.2.3. <i>Internationale investeerder-staat arbitrage</i>	16
<i>Hoofdstuk 3: Kritiek op het huidige "investment treaty" arbitragemechanisme</i>	29
3.1. <i>Een gebrek aan legitimiteit en transparantie</i>	29
3.2. <i>Een gebrek aan consistente en correcte arbitragebeslissingen</i>	38
3.2.1. <i>Soorten inconsistenties en mogelijke verklaringen</i>	38
3.2.2. <i>Herzieningsmogelijkheden voor inconsistente en incorrecte uitspraken</i>	40
3.2.3. <i>Arbitragezaken tegen Argentinië</i>	46
3.3. <i>Gebrek aan onpartijdigheid en onafhankelijkheid van arbiters</i>	50
3.3.1. <i>Het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid</i>	50
3.3.2. <i>Partij-aanstellingen van arbiters: hoe onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters in het gedrang kan komen</i>	56
3.4. <i>De kosten en duur van arbitrageprocedures</i>	60
<i>Hoofdstuk 4: Een permanente internationale investeringsrechtbank</i>	65
4.1. <i>Een nieuw geschillenbeslechtingsmechanisme: wat houdt dit in?</i>	66
4.2. <i>Slaagkansen van het voorstel tot een permanente internationale investeringsrechtbank</i>	71
4.3. <i>Het voorstel van de Europese Commissie in het kader van TTIP</i>	73
<i>Hoofdstuk 5: Conclusie</i>	79

Hoofdstuk 1: Inleiding

1. DE HUIDIGE BESLECHTINGSMECHANISMEN – In het tweede hoofdstuk zullen de huidige mechanismen van geschillenbeslechting tussen investeerders en staten worden besproken. Zo zal de geschillenbeslechting door de rechtbanken als eerste aan bod komen. Daarna zal conciliatie kort toegelicht worden en vervolgens zullen de volgende arbitrage-instellingen en regels worden besproken: (1) het *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (hierna "ICSID"), (2) "*ICSID Additional Facility*", (3) "*Permanent Court of Arbitration*", (4) "*International Chamber of Commerce*", (5) "*London Court of International Arbitration*", (6) "*Stockholm Chamber of Commerce*" ("SCC"), (7) de "*UNCITRAL Rules*", en (8) *ad hoc* arbitrage. De weergave van de voornoemde beslechtingsmechanismen is zeker niet volledig. Er zijn immers nog tal van arbitrage-instellingen. De bedoeling is enkel om een schets te maken van de voornaamste systemen van geschillenbeslechting. Dit is immers aangewezen voor het vervolg van deze masterscriptie.

2. KRITIEK OP DE BESLECHTINGSMECHANISMEN – Het derde hoofdstuk is gewijd aan een aantal kritieken op "*investment treaty*" arbitrage. Zo zal aan bod komen: (1) een gebrek aan legitimiteit en transparantie aan bod komen, (2) tegenstrijdigheden en gebrek aan consistentie in arbitrale beslissingen, (3) de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters en (4) de kosten en duur van arbitrageprocedures.¹ Sinds enige tijd is "*investment treaty*" arbitrage in opspraak gekomen door een gebrek aan de essentiële kenmerken van legitimiteit, transparantie, consistentie en onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Deze kenmerken zijn essentieel aangezien investeringsgeschillen betrekking hebben op aangelegenheden van openbaar belang. Arbitragetribunalen moeten immers oordelen over de legaliteit van overheidshandelingen.² Wat betreft de legitimiteit, doet de wijze van beoordeling door individuen, telkens *ad hoc* aangesteld, van overheidsmaatregelen van publiek belang vragen rijzen. Bovendien hebben deze individuen niet altijd veel ervaring in de materie van investeringsgeschillen. Zijn zij in staat om een rechtmatig oordeel te vormen?³ Tevens wordt het gebrek aan transparantie bekritiseerd. Volgens sommigen is dit terecht, eveneens omdat investeringsgeschillen aangelegenheden van openbaar belang raken.⁴ Er worden pogingen ondernomen om de transparantie te verhogen. Zo krijgt het publiek een toegang tot documenten en procedures, zij het in beperkte mate. Het ICSID is op dit vlak progressiever dan de andere arbitrage-instellingen. Zo worden alle ICSID-uitspraken gepubliceerd. Naast de toegang tot informatie kunnen derden een verzoek doen voor een *amicus curiae*. Het gebrek aan consistentie van arbitrage-uitspraken, die soms zeer gelijkaardig zijn, is een ander element dat leidt tot bezorgdheid.⁵ Zo werden er enkele arbitrage-uitspraken gewezen tegen

¹ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 1; S. CONSTAIN, "ISDS Growing Pains and Responsible Adulthood" in A. JOUBIN-BRET EN J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 344.

² G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 152.

³ M. SORNARAJAH, "A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration" in K.P. SAUVANT (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, 2008, New York, Oxford University Press, 42.

⁴ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 3; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 159.

⁵ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 3.

Argentinië, waarbij deze opmerkelijke vaststelling kan worden gedaan. Er zijn bovendien slechts beperkte herzienings –en annuleringsmogelijkheden van arbitragebeslissingen. Niet elke inconsistentie kan hierdoor worden rechtgezet, zoals bijvoorbeeld juridische fouten. Het gebrek aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters is wellicht de meest zorgwekkende kwestie. Er is bezorgdheid omtrent de partij-aanstellingen van arbiters, de verschillende functies die arbiters naast het arbitreren uitoefenen en het belang dat arbiters hebben bij herkiezingen in toekomstige arbitragezaken.⁶ Het laatste kritiekpunt betreft de kosten en duur van "*investment treaty*" arbitrageprocedures. De kosten lopen zeer dikwijls op tot miljoenen dollars en de procedures kunnen jaren aanslepen.⁷ In deze masterscriptie zullen deze kritiekpunten gedetailleerd aan bod komen en telkens zullen er kleine voorstellen tot hervorming aan het huidige systeem worden gedaan.

3. HET VOORSTEL TOT OPRICHTING VAN EEN PERMANENTE INTERNATIONALE INVESTERINGSRECHTBANK – In het vierde hoofdstuk van deze scriptie zal het voorstel tot vervanging van de huidige "*investment treaty*" arbitrage worden gedaan, namelijk door de invoering van een permanente internationale investeringsrechtbank, geanalyseerd worden. Er zal nagegaan worden of dit voorstel een oplossing kan bieden voor de problemen die in de loop der jaren zijn ontstaan. Het betreft een van de hervormingen, voorgesteld door de "*United Nations Conference on Trade and Development*" ("UNCTAD").⁸ Concreet houdt dit in dat de bestaande arbitrage-instellingen zouden ophouden te bestaan en vervangen zouden worden door een permanente investeringsrechtbank. Deze rechtbank zou dan bevoegd zijn voor alle investeringsgeschillen, die ontstaan in het kader van een IIA, waarvoor bevoegdheid zou worden toegekend aan deze rechtbank. Er zou ook een beroepsinstantie worden voorzien bij dit tribunaal.⁹ De oprichting van een investeringsrechtbank zou heel wat uitdagingen met zich meebrengen op juridisch en politiek vlak. Zo zou er onder andere consensus op internationaal niveau moeten worden opgebouwd.¹⁰

4. DE EU ALS KOPLOPER VOOR VERANDERINGEN AAN HET SYSTEEM – De Europese Commissie heeft het advies van het UNCTAD verder uitgewerkt. Het betreft een voorstel dat bestaat uit meerdere stappen. De eerste stap betreft wijzigingen in het kader van de "*Transatlantic Trade and Investment Partnership*" ("TTIP") om een "*Investment Court System*" op te richten. Dit systeem zou een semipermanent quasi-rechterlijk orgaan zijn, dat "*investment treaty*" arbitrage zou vervangen. Het "*Investment Court System*" zou bestaan uit een "*Tribunal of First Instance*" en een beroepsinstantie. Deze hervorming zou enkel worden doorgevoerd op bilateraal niveau, met

⁶ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 4.

⁷ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 4.

⁸ UNCTAD, *World Investment Report 2013 – Global Value Chains: Investment and Trade for Development* (UNCTAD/WIR/2013), http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf; UNCTAD, *World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Governance* (UNCTAD/WIR/2015).

⁹ UNCTAD, *World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Governance* (UNCTAD/WIR/2015), http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf, 152.

¹⁰ E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET EN J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 404-406.

een mogelijkheid tot uitbreiding naar een multilateraal niveau.¹¹ Tegelijkertijd zou worden gewerkt aan het opbouwen van een consensus om een permanente internationale investeringsrechtbank, dat uiteindelijk de "Investment Court Systems" bij de verschillende BITs zou vervangen en zou eveneens uitbreiden naar een multilateraal niveau.¹² Het ontwerpvoorstel, dat vorig jaar oktober werd voorgelegd aan de Europese instellingen, is echter nog niet officieel. De tekst bevindt zich immers nog in een voorbereidende fase bij het Europees Parlement. Indien het hervormingsvoorstel is goedgekeurd door de EU-instellingen, zal een formeel voorstel worden gedaan aan de VS.¹³

¹¹ EUROPESE COMMISSIE, "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Trade for All, Towards a More Responsible Trade and Investment policy", 14 oktober 2015, COM(2015)0497 def., 15.

¹² EUROPESE COMMISSIE, "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Trade for All, Towards a More Responsible Trade and Investment policy", 14 oktober 2015, COM(2015)0497 def., 15.

¹³ Art. 9-10 European Commission Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf; EUROPESE COMMISSIE, "Investments in TTIP and beyond – the Path for Reform" (concept paper), 5 mei 2015, 11-12; EUROPESE COMMISSIE, "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Trade for All, Towards a More Responsible Trade and Investment policy", 14 oktober 2015, COM(2015)0497 def., 15; EUROPESE COMMISSIE, "Draft text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)" (press release), 16 september 2015, [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-15-5652_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5652_en.htm) .

Hoofdstuk 2: De huidige mechanismen van investeerder-staat geschillenbeslechting

2.1. Enkele rechtsbronnen

5. "INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS" ("IIAs") – De betrekkingen tussen een investeerder, zijnde een natuurlijke of rechtspersoon,¹⁴ en de staat waar de investering^{15,16} wordt gedaan (hierna "Gaststaat") worden geregeld in multilaterale of bilaterale IIAs. In deze verdragen worden de verplichtingen van de Gaststaat tegenover de investeerder vastgelegd. Zo wordt er onder andere op toegezien dat de investeerder voldoende bescherming geniet, bijvoorbeeld door middel van een regeling omtrent de beslechting van investeringsgeschillen.¹⁷

"Multilateral Investment Treaties"

Een "multilateral investment treaty" ("MIT") is een investeringsakkoord dat wordt gesloten tussen meerdere partijen. Tot op heden is er nog geen allesomvattende MIT, dat op internationaal niveau directe buitenlandse investeringen regelt. Alle pogingen die reeds werden ondernomen, zijn gestrand. Er waren bijvoorbeeld initiatieven van de "Organisation for Economic Co-operation and Development" ("OECD") en de "World Trade Organisation" ("WTO"). De onderhandelingen omtrent een zuiver internationale MIT leidden echter tot niets. Er zijn wel een aantal MITs op regionaal en sectoraal niveau. Zo bestaan onder de auspiciën van de WTO wel een aantal verordeningen betreffende investeringen. Een voorbeeld van een sectorale MIT is het "Energy Charter Treaty", dat uitsluitend van toepassing is op investeringen in de energiesector. De "North American Free Trade Agreement" ("NAFTA") is een voorbeeld van een regionale MIT, gesloten tussen de VS, Canada en Mexico. Dit verdrag is commercieel van aard. Er is een apart hoofdstuk, "Chapter 11", dat betrekking heeft op investeringsaangelegenheden en gelijkaardige bepalingen bevat als in BITs. De NAFTA is een belangrijk verdrag in het internationaal investeringsrecht. De arbitrage-uitspraken onder dit verdrag hebben de interpretaties van clausules aanzienlijk beïnvloed, ook in de context van "bilateral investment treaties".¹⁸

¹⁴ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 44.

¹⁵ Elk multi- of bilateraal investeringsverdrag bevat normaliter een definitie en enkele voorbeelden van investeringen. In het kader van de ICSID-Conventie (zie hoofdstuk 2 van deze masterscriptie voor informatie over het ICSID) heeft de term "investering" (art. 25, §1 ICSID-Conventie) voor heel wat debat gezorgd in rechtspraak en rechtsleer. Er bestaat onzekerheid over welke interpretatie aan dit begrip moet verleend worden, aangezien art. 25 geen definitie bevat. Een autonome interpretatie steunt op objectieve criteria. In de ICSID-zaak *Salini v. Marokko* werden vier criteria uiteengezet, die inmiddels algemeen aanvaard zijn: (1) een bijdrage van financiële middelen, (2) een bepaalde duur, (3) aanvaarding van risico's en (4) een bijdrage aan de ontwikkeling van de Gaststaat. Een andere benadering gaat uit van de definitie van de partijen. Er is nog geen eensgezindheid over welke interpretatiemethode gehanteerd moet worden. Wellicht is het voldoende dat de partijen het project beschouwen als een investering, tenzij dit duidelijk ingaat tegen de algemene opvatting van het begrip.

¹⁶ ICSID, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ARB/00/4 (Decision on Jurisdiction), 31 juli 2001, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>, §51-57; R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 65-66, 74-76; T.J.G. WEILER, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 1, Huntington, Juris Publishing, 2008, 67.

¹⁷ J. CRAWFORD, R.D. BISHOP, W.M. REISMAN, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Den Haag, Kluwer Law International, 2005, 10-11.

¹⁸ J.P. SASSE, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, doctoraatsthesis Rechten en Economie Universiteit Hamburg, Wiesbaden, Springer Gabler, 2011, 43-45.

"Bilateral Investment Treaties"

Meestal worden investeringsaangelegenheden (en de beslechting van investeringsgeschillen) geregeld in een steeds toenemend aantal "bilateral investment treaties" ("BITs") gesloten tussen de staat van de investeerder (hierna "Thuisstaat") en de Gaststaat.¹⁹ In een dergelijk verdrag worden onder andere de beslechttingsprocedures voor investeringsgeschillen, waaronder de toepasselijke fora en procedures en het toepasselijk recht, vastgelegd.²⁰ Een voorbeeld is het BIT tussen enerzijds de Belgisch-Luxemburgse Economische Unie en anderzijds China.²¹ Het BIT bepaalt dat de partijen trachten alle investeringsgeschillen op te lossen aan de hand van overleg, eventueel met behulp van een gespecialiseerde derde, of aan de hand van conciliatie via een diplomatieke weg.²² Indien binnen zes maanden na datum van kennisgeving het geschil niet beslecht is, heeft de investeerder de keuze om het geschil aanhangig te maken bij de nationale rechtbanken van de Gaststaat of bij het ICSID.²³ In de betreffende clause van het BIT worden maar liefst vier mogelijke beslechttingsmethoden aangehaald: (1) overleg, (2) conciliatie op diplomatieke wijze, en indien er op de eerste twee manieren geen beslechting tot stand is gekomen, ofwel (3) nationale geschillenbeslechting ofwel (4) geschillenbeslechting via ICSID. Dit is een voorbeeld van een BIT waarin geen duidelijke keuze wordt gemaakt voor één bepaald forum. Dit BIT is zeker niet het enige met dergelijke clauses. Er wordt vaak gewoon een opsomming gegeven van de fora waaruit de partijen kunnen kiezen. Dergelijke onduidelijke clauses worden nog steeds opgesteld, ook in de meest recente BITs. Zo voorziet het BIT tussen Japan en Oman²⁴ in artikel 15 verschillende beslechttingsmethoden, waaronder (1) geschillenbeslechting voor de rechtbanken van de Gaststaat (deze optie kan altijd), (2) overleg, of indien door middel van overleg geen resultaat wordt bekomen, (3) arbitrage onder de ICSID-Conventie, (4) arbitrage onder de "ICSID Additional Facility", indien één van beide partijen geen lid is van de ICSID-Conventie, (5) arbitrage onder de "UN Commission of International Trade Law" ("UNCITRAL"), of (6) arbitrage volgens andere arbitrageregels.²⁵

Wanneer meerdere fora voor geschillenbeslechting mogelijk zijn, moeten de partijen in het geschil, meer bepaald de investeerder, kiezen voor een bepaald forum. Elk ander forum wordt dan uitgesloten door deze keuze (*electa una via, non datur recursus ad alteram*). Het gebeurt dat tijdens de beslechttingsprocedure wordt gediscussieerd over de forumkeuze (omwille van een dubbelzinnige formulering van de beslechttingsclause in het BIT). Een voorbeeld van een discussie

¹⁹ J.P. SASSE, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, doctoraatsthesis Rechten en Economie Universiteit Hamburg, Wiesbaden, Springer Gabler, 2011, 45.

²⁰ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 34-35.

²¹ Accord entre l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise et le Gouvernement de la République Populaire de Chine concernant l'Encouragement et la Protection Réciproque des Investissements van 6 juni 2005, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/338>.

²² Art. 8, §1, 2^{de} lid Accord entre l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise et le Gouvernement de la République Populaire de Chine concernant l'Encouragement et la Protection Réciproque des Investissements.

²³ Art. 8, §2 Accord entre l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise et le Gouvernement de la République Populaire de Chine concernant l'Encouragement et la Protection Réciproque des Investissements.

²⁴ Agreement between Japan and the Sultanate of Oman for the Reciprocal Promotion and Protection of Investment van 19 juni 2015 (nog niet in werking getreden), <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3481>.

²⁵ Art. 15 Agreement between Japan and the Sultanate of Oman for the Reciprocal Promotion and Protection of Investment.

omtrent de forumkeuze betreft de ICSID-zaak *Lanco International Inc. v. The Argentine Republic*.²⁶ In het BIT tussen Argentinië en de VS zijn drie opties voor geschillenbeslechting ingeschreven. Een van de mogelijkheden is een keuze voor eerder afgesproken geschillenbeslechtingsprocedures. De formulering van deze bepaling zorgde *in casu* voor discussie tussen de partijen. De investeerder begreep onder deze formulering dat de geschillenbeslechtingsprocedure gekozen in de concessieovereenkomst met Argentinië, voor het rijzen van het geschil, een eerder afgesproken procedure was. Argentinië was van oordeel dat onder deze bepaling moest worden begrepen, alle afspraken gemaakt voor de inwerkingtreding van het BIT. Alle afspraken gemaakt na de inwerkingtreding van het BIT, waaronder de forumkeuze in de concessieovereenkomst, moesten volgens Argentinië worden uitgesloten.²⁷ Het tribunaal oordeelde dat "eerder afgesproken" alle afspraken voor het moment van het rijzen van het geschil omvatte.²⁸ Vanzelfsprekend komen dergelijke discussies de efficiëntie niet ten goede. Een logische oplossing zou zijn om in het BIT te opteren voor één forum en één procedure, zodat hiervoor geen discussie kan bestaan. Natuurlijk kan men hiermee niet vermijden dat andere bevoegdheidsaangelegenheden dan de forumkeuze wordt opgeworpen maar er zou alleszins minder verwarring optreden.²⁹

Sinds de jaren '90 is het aantal BITs enorm gestegen. Deze ontwikkeling werd in de rechtsleer omschreven als een "*treatification of international investment law*" of een "*constitutionalisation of international investment protection*".³⁰ Bepaalde rechtsleer stelt vragen bij de BIT-cultuur die is ontstaan in het internationaal investeringsrecht. Zo is bijvoorbeeld private investeringsarbitrage de laatste jaren in opspraak gekomen. Investeringsarbitrage zou botsen met de beginselen van juridische toerekenbaarheid en onafhankelijkheid en zou de integriteit van het rechtssysteem aantasten door geschillen te onttrekken aan het publiekrecht.³¹ Dit argument maakt deel uit van de kritieken op investeringsarbitrage, waaraan hoofdstuk 3 gewijd is.

6. INVESTEERDER-STAAT CONTRACTEN – Er kunnen bilaterale overeenkomsten tussen de investeerder en de Gaststaat of tussen twee staten worden gesloten. Meestal betreffen deze overeenkomsten niet uitsluitend investeringsaangelegenheden maar ook commerciële aangelegenheden.³²

²⁶ ICSID, *Lanco International Inc. v. The Argentine Republic*, nr. ARB/97/6 (preliminary decision on jurisdiction of the arbitral tribunal), 8 december 1998, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450_0.pdf.

²⁷ ICSID, *Lanco International Inc. v. The Argentine Republic*, nr. ARB/97/6 (preliminary decision on jurisdiction of the arbitral tribunal), 8 december 1998, §21-24.

²⁸ ICSID, *Lanco International Inc. v. The Argentine Republic*, nr. ARB/97/6 (preliminary decision on jurisdiction of the arbitral tribunal), 8 december 1998, §25-27.

²⁹ L. MALINTOPPI en A. REINISCH, "Methods of Dispute Resolution", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 692-693.

³⁰ A.N. DIEHL, "Tracing a Success of "The Baby Boom of BITs" in A. REINISCH en C. KNAHR (eds.), *international investment law in context*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2008, 8.

³¹ A.N. DIEHL, "Tracing a Success of "The Baby Boom of BITs" in A. REINISCH en C. KNAHR (eds.), *international investment law in context*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2008, 9.

³² J.P. SASSE, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, doctoraatssthesi Rechten en Economie Universiteit Hamburg, Wiesbaden, Springer Gabler, 2011, 45.

2.2. Fora voor investeerder-staat geschillenbeslechting

7. RECHTBANKEN EN INTERNATIONALE FORA – In het verleden werden investeringsgeschillen hoofdzakelijk beslecht door de rechtbanken in de Gaststaat of door *ad hoc* arbitrage. Er was verder geen mogelijkheid voor een buitenlandse investeerder om de Gaststaat rechtstreeks aan te spreken. Er was tevens ook geen specifiek forum voor investeringsgeschillen. Met de oprichting van het ICSID bij het Conventie van 18 maart 1965³³, dat op heden het populairste forum is, kreeg de investeerder de mogelijkheid om aan de bevoegdheid van rechtbanken van de Gaststaat te ontsnappen en op internationaal niveau de Gaststaat rechtstreeks aan te spreken. Op deze manier is de investeerder niet afhankelijk van de Thuisstaat, zoals voorheen het geval was bij diplomatieke bescherming of staat-staat geschillenbeslechting. Naast het ICSID zijn er ook andere internationale instellingen, tot dewelke de investeerder rechtstreekse toegang heeft (*infra* nr. 29 *et seq.*).³⁴

2.2.1. Rechtbanken

8. TOEGANG TOT DE RECHTBANKEN – Normaliter vallen investeerder-staat geschillen, bij het ontbreken van specifieke afspraken tussen de partijen, onder de bevoegdheid van de rechtbanken. Volgens internationaal privaatrechtelijke regels is de rechtbank bevoegd van de staat waarmee het investeringsgeschil de nauwste band heeft, zijnde de Gaststaat waar de investering wordt gedaan.³⁵ De partijen kunnen dit pad steeds bewandelen, behalve wanneer zij een ander forum gekozen hebben, zoals bijvoorbeeld ICSID-arbitrage. Dan is elke ander rechtsmiddel uitgesloten (*supra* 5, nr. 5). Een beperkte uitzondering op het *electa una via*-beginsel is het invoeren van een verplichting tot uitputting van nationale rechtsmiddelen.³⁶ Een dergelijke voorwaarde zal echter zelden worden gestipuleerd in BITs.³⁷

9. BEVOEGDHEIDSOVERLAPPING TUSSEN DE RECHTBANKEN EN INTERNATIONALE FORA – In de afwezigheid van een specifieke forumkeuze in investeerder-staat contracten of in afwezigheid van bepalingen omtrent geschillenbeslechting in BITs of MITs, zijn de rechtbanken bevoegd voor investeringsgeschillen. Evenwel, zelfs indien er geen specifieke bepalingen zijn omtrent de rol van de rechtbanken, kan er toch sprake zijn van een overlapping in de bevoegdheid van de rechtbanken en de bevoegdheid van internationale geschillenbeslechtingsmechanismen. Een voorbeeld hiervan is de ICSID-zaak *SGS v. Pakistan*.³⁸ Er ontstond een geschil tussen de

³³ Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States van 18 maart 1965, *UNTS* vol. 575, 159.

³⁴ L. MALINTOPPI en A. REINISCH, "Methods of Dispute Resolution", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 692.

³⁵ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 235.

³⁶ Bijvoorbeeld art. 26 Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States van 18 maart 1965, *UNTS* vol. 575, 159-235. (hierna "ICSID-Conventie")

³⁷ L. MALINTOPPI en A. REINISCH, "Methods of Dispute Resolution", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 694.

³⁸ ICSID, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, nr. ARB/01/13 (decision of the tribunal on objections to jurisdiction), 6 augustus 2003, *ICSID Rev.-FILJ* 2003, 307-373; L. MALINTOPPI en

investeerder, het Zwitserse bedrijf SGS, en de Gaststaat Pakistan met betrekking tot de beëindiging van een dienstenovereenkomst. Pakistan leidde op grond van het dienstencontract een arbitrageprocedure in voor de Pakistaanse rechtbank. SGS vatte ICSID-arbitrage aan in overeenstemming met het BIT tussen Zwitserland en Pakistan, bijna een jaar na de inleiding van de nationale procedure in Pakistan. De discussie omtrent de bevoegdheid van beide fora ontstond doordat SGS het geschil voor het ICSID bracht. Het probleem betrof het onderscheid tussen contractuele vorderingen en vorderingen op basis van een verdrag (waaronder BITs).^{39,40} De vraag was of een louter contractuele vordering onder de bevoegdheid van het ICSID viel, hetgeen implicaties zou hebben voor de bevoegdheid van de rechtbank. Het ICSID-tribunaal stelde vast dat het niet bevoegd was, ook al bestond er een BIT dat bevoegdheid toekende aan het ICSID. Beide vorderingen handelden *in feite* over investeringen, maar dit stond los van de *juridische grondslag of de oorzaak* van de vorderingen (een schending van het contract tegenover een schending van de BIT). Het tribunaal was van oordeel dat de partijen niet de bedoeling hadden om zowel BIT-vorderingen als louter contractuele vorderingen onder de forumclausule in het BIT te laten vallen, noch kon het tribunaal afleiden uit de redenering van de partijen dat de verkozen beslechtingsmethode uit het BIT superieur zou zijn aan niet-ICSID fora. Het tribunaal oordeelde dat het BIT geen exclusieve bevoegdheid aan het ICSID toekende voor contractuele claims. De forumclausules uit het dienstencontract werden geldig bevonden door het ICSID en moesten gerespecteerd worden. Het gevolg was het ICSID-tribunaal zichzelf onbevoegd achtte om het geschil te beoordelen en de rechtbank in Pakistan wel bevoegd werd verklaard.⁴¹ Deze uitspraak is correct. Het zou immers onjuist geweest zijn om de bewoordingen van het BIT op een dergelijke manier te interpreteren dat het ICSID wel bevoegd zou zijn geweest voor de contractuele vordering. Het is aan de partijen om op heldere wijze in een BIT te stipuleren wat zij werkelijk voor ogen hebben. Doen zij dit niet, dan is het niet aan het forum om meer te lezen in deze bewoordingen dan zij werkelijk omvatten.

De bevoegdheid van het tribunaal kan dus niet worden vastgesteld doordat het louter bepaald wordt in een BIT, maar wel door de bewoordingen van de forumclausule in dat BIT. Dit wil concreet zeggen dat een investeringstribunaal ook bevoegd kan zijn voor contractuele claims als dit duidelijk wordt vermeld in de BIT-clausule. Het onderscheid dat door de partijen wordt gemaakt tussen een contractuele en een verdragsclaim wordt in veel geschillen aangehaald. Dit onderscheid kan scenario's opleveren waarin de eiser voor een deel van de vordering de nationale procedures zal moeten uitspelen en voor een ander deel van de vordering de internationale procedures.⁴² Het toepasselijke materiële recht is mogelijk ook verschillend voor de procedure bij de rechtbank en de

A. REINISCH, "Methods of Dispute Resolution", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 694-95.

³⁹ Een contractuele vordering betreft louter de uitvoering van de verbintenissen tussen beide partijen onder het contract, zoals *in casu* de wijze van beëindiging van het contract. Een vordering onder het verdrag, hier het BIT, betreft de rechten en plichten van beide partijen zoals overeengekomen in het verdrag. Soms is het echter moeilijk om een onderscheid te maken tussen beide vorderingen. Zo kan het zijn dat een contractuele schending ook een internationale verdragsrechtelijke schending uitmaakt.

⁴⁰ A.K. HOFFMANN en J.J. VAN HAERSOLTE-VAN HOF, "The Relationship between International Tribunals and Domestic Courts", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 973.

⁴¹ ICSID, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, nr. ARB/01/13 (decision of the tribunal on objections to jurisdiction), 6 augustus 2003, *ICSID Rev.-FILJ* 2003, 359-361, §156-162.

⁴² R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 276-277.

procedure bij het internationale forum. Voor de eerste procedure zal worden gekeken naar de rechtskeuze in het investeringscontract. Indien er geen rechtskeuze werd gemaakt, moet de rechtbank IPR-regels toepassen. Voor de internationale procedure zal ook worden gekeken naar de rechtskeuze van de partijen. Indien er geen rechtskeuze was, bepaalt het tribunaal het toepasselijke recht aan de hand van IPR-reges. Het resultaat kan verschillend zijn.⁴³

Het onderscheid tussen contractuele en verdragsvorderingen vereist dat de vordering wordt gesplitst, hetgeen kan leiden tot parallelle procedures, met onwenselijke en onnodig ingewikkelde situaties tot gevolg. Zo kan de Gaststaat een vordering instellen om de procedure in een ander forum, ingesteld door de investeerder, te verhinderen. De Gaststaat kan zo druk uitoefenen op de investeerder om een verzoening te bekomen of opdat de investeerder afziet van haar vordering. Indien de Gaststaat wordt toegestaan om een vordering, voortvloeiend uit eenzelfde geschil, in te stellen voor de rechtbank, ondermijnt dit de bescherming van de investeerder.⁴⁴

De bevoegdheid van de rechtbanken van de Gaststaat en een mogelijke bevoegdheidsoverlapping met internationale tribunalen heeft een aantal gevolgen, die mogelijk onevenwicht en ongelijkheid tussen de procespartijen kunnen teweegbrengen. Hieraan kan deels verholpen worden door in alle overeenkomsten, en meer bepaald het BIT, zo uitgebreid en duidelijk mogelijk de bevoegdheid van de toepasselijke fora af te bakenen en rekening te houden met reeds afgesproken geschillenbeslechtsprocedures.⁴⁵ Het risico op onenigheid zou hierdoor aanzienlijk beperkt worden, zij het weliswaar niet helemaal uitgesloten.

10. NADELIGE FACTOREN VOOR DE INVESTEERDER - Naast het eerder vernoemde juridisch-technisch element van de bevoegdheid spelen nog andere factoren mee die de nationale rechter een onaantrekkelijke geschillenbeslechter zou kunnen maken voor investeerders. Zo kan men denken aan mogelijke partijdigheid. In veel staten is een gebrek aan onpartijdigheid de realiteit, ofwel door loyauteit aan de overheid ofwel door invloed vanuit de uitvoerende macht. Een gebrek aan expertise kan ook een storende factor zijn.⁴⁶ Het is inderdaad de vraag of een rechter geneigd zou zijn om eerder in het voordeel van de investeerder, dan in het voordeel van de Gaststaat te oordelen, vooral wanneer de uitspraak zwaarwegende politieke en economische implicaties kan teweegbrengen. De rechter zou deze belangen mogelijk in acht nemen bij de beoordeling van het geschil, zeker wanneer het een rechter in een ontwikkelingsland betreft. Een gebrek aan expertise is ook mogelijk voor rechters uit ontwikkelingslanden, waar nog maar pas investeringen worden gedaan. Zij zijn mogelijk nog niet vertrouwd met het investeringsrecht. Dit argument zal echter niet van toepassing zijn voor rechters uit Westerse landen.

⁴³ G.B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2012, 234; J. CRAWFORD, R.D. BISHOP, W.M. REISMAN, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Den Haag, Kluwer Law International, 2005, 623-624; M. SORNARAJAH, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, 47.

⁴⁴ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 277-278.

⁴⁵ L. MALINTOPPI en A. REINISCH, "Methods of Dispute Resolution", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 695-696.

⁴⁶ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 235; L. MALINTOPPI en A. REINISCH, "Methods of Dispute Resolution", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 695-696.

Een ander element dat de klassieke geschillenbeslechting door de rechter geen ideale oplossing maakt, is de immuniteit van de staat.⁴⁷ In de verhouding met investeerders stelt de staat geen commerciële handelingen (*acta iure gestionis*) maar oefent deze een soevereine bevoegdheid uit (*acta iure imperii*). Zelfs al wordt de soevereiniteit restrictief opgevat⁴⁸, toch is de kans reëel dat de nationale rechter de vordering afwijst. Dit was het geval in de hierboven vermeldde zaak *SGS v. Pakistan* (*supra* nr. 9). Voordat de Pakistaanse rechter werd gevat en voordat een ICSID-arbitrageprocedure werd geïnitieerd door de investeerder, werd eerst een vordering ingesteld door de investeerder voor de Zwitserse rechtbank tegen de Gaststaat. Het "*Tribunal Fédéral*" had de vordering afgewezen omwille van de soevereine immuniteit van de verwerende partij, Pakistan. De rechter oordeelde dat Pakistan zich op haar soevereine immuniteit mocht beroepen, aangezien zij *acta iure imperii* had gesteld.⁴⁹

Naast soevereine immuniteit kunnen ook andere doctrines verhinderen dat een procedure voor de rechtbanken succesvol zal zijn. Zo is er de "*act-of-state*" doctrine, die de nationale rechtbanken verhindert om de legaliteit te toetsen van handelingen van buitenlandse staten gesteld op het eigen grondgebied.⁵⁰ Een investeringsgeschil kan in sommige staten uitmonden in een politieke discussie, die bijgevolg niet door de rechter mag worden beslecht. Het kan dan bijvoorbeeld gaan over onteigeningen. Nationale rechters zullen weigerachtig zijn om zich uit te spreken over de geldigheid van bepaalde overheidshandelingen in het kader van onteigeningen, die uitgevoerd werden op eigen grondgebied.⁵¹

Een andere nadelige factor voor investeerders is dat de bevoegde rechter in veel gevallen het eigen recht zal toepassen, dat niet in overeenstemming is of zelfs in strijd is met het internationaal investeringsrecht. Mogelijk heeft het internationaal recht geen doorwerking in de nationale rechtsorde. De investeerder zal dus niet kunnen genieten van de specifieke bescherming die geboden wordt door het internationaal investeringsrecht.⁵²

11. ALTERNATIEVEN VOOR DE RECHTBANKEN VAN DE GASTSTAAT – Hierboven opgesomde factoren kunnen zorgen voor onaangename situaties voor investeerders. Er moesten dus alternatieven komen voor de klassieke geschillenbeslechting door de rechtbanken. Hierboven is al herhaaldelijk gesproken over een dergelijk alternatief, namelijk het ICSID. Dit is één van de instellingen op internationaal niveau, waar de investeerder in een gunstigere positie staat dan op

⁴⁷ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 235-236; M. SORNARAJAH, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, 341.

⁴⁸ De immuniteit dekt geen commerciële transacties. Zie M. SORNARAJAH, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, 342.

⁴⁹ ICSID, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, nr. ARB/01/13 (decision of the tribunal on objections to jurisdiction), 6 augustus 2003, *ICSID Rev.-FILJ* 2003, 314, §22-25; Tribunal Fédéral Suisse 23 november 2000, *SGS Société Générale de Surveillance Holding S.A. c. la République Islamique du Pakistan*, nr. 4C.250/2000, www.bger.ch, overweging D, 2, a en b; L. MALINTOPPI en A. REINISCH, "Methods of Dispute Resolution", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 695-697.

⁵⁰ M. SORNARAJAH, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, 354.

⁵¹ L. MALINTOPPI en A. REINISCH, "Methods of Dispute Resolution", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 697-698.

⁵² R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 235.

nationaal niveau. Arbitrage wordt zeer vaak aangewend en in beperktere mate conciliatie. Deze beslechtingmethoden zullen hieronder (*infra* nr. 12 *et seq.*) aan bod komen.⁵³

2.2.2. Conciliatie

12. ICSID-CONCILIATIE – Conciliatie is een coöperatieve alternatieve geschillenbeslechtingmethode, die niet gebaseerd is op tegenspraak (zoals bij arbitrage wel het geval is). Conciliatie onder de ICSID-Conventie houdt het uitklaren van geschillen tussen de partijen in en het tot stand brengen van een overeenkomst, gebaseerd op wederzijds aanvaardde voorwaarden.⁵⁴ De toepasselijke regels zijn de ICSID-Conventie, de “*Institution Rules*”⁵⁵, de “*Conciliation Rules*”⁵⁶ en de “*Administrative and Financial Regulations*”⁵⁷.⁵⁸

Conciliatie is een flexibele en vrij informele procedure. In plaats van het opleggen van een beslissing (zoals bij arbitrage), zal een commissie helpen om de partijen zelf tot een overeenkomst te laten komen.⁵⁹ De conciliatie-commissie bestaat uit één of een oneven aantal conciliators, die door de partijen worden gekozen. Indien de partijen niet overeenkomen over het aantal conciliators of de methode van aanstelling, dan zal de commissie bestaan uit 3 conciliators, waarbij elke partij één conciliator aanduidt. De voorzitter van de commissie wordt aangeduid door overeenkomst tussen de partijen.⁶⁰ De commissieleden kunnen worden gekozen uit het Panel van Conciliators^{61,62} maar dit is geen vereiste. Indien de Voorzitter van de “*Administrative Council*” een commissie samenstelt, dienen wel conciliators gekozen te worden uit de panellijst.⁶³ De desbetreffende commissie zal onderzoek doen naar de feiten en een rapport opstellen, waarin een oplossing wordt aangereikt, die echter niet bindend is en dus niet aan de partijen kan worden opgelegd. De partijen moeten wel op serieuze wijze de aanbevelingen van de commissie in aanmerking nemen.⁶⁴ In 1,5% van alle investeerder-staat geschillen die voor het ICSID worden gebracht tot en met 2015, worden gebruik gemaakt van conciliatie (zie figuur in de bijlage). Deze vorm van geschillenbeslechting heeft niet dezelfde groei gekend als arbitrage. De reden hiervoor is

⁵³ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 236.

⁵⁴ Art. 34, (1) ICSID-Conventie.

⁵⁵ Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings van 10 april 2006, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partD.htm>.

⁵⁶ Rules of Procedure for Conciliation Proceedings (Conciliation Rules) van 10 april 2006, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partE.htm>.

⁵⁷ Administrative and Financial Regulations van 10 april 2006, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partC.htm>.

⁵⁸ X, “Overview of Conciliation under the ICSID Convention”, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/process/Pages/ICSID-Convention-Conciliation.aspx> (laatste consultatie op 13 mei 2016).

⁵⁹ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 236.

⁶⁰ Art. 29, (2) ICSID-Conventie.

⁶¹ Het Panel van Conciliators is een vaste lijst die bestaat uit personen, die als conciliator kunnen worden aangesteld. Deze personen worden voorgedragen door de Lidstaten bij de ICSID-Conventie en de Voorzitter van de “*Administrative Council*”, een orgaan van het ICSID.

⁶² Art. 12-13 ICSID-Conventie.

⁶³ Art. 31, (1) ICSID-Conventie.

⁶⁴ Art. 34, (1) ICSID-Conventie; R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 236.

dat bij conciliatie de oplossing nog steeds bij de partijen legt. Dit is echter vaak het tegenovergestelde van wat de partijen willen, namelijk een bindende beslissing die het geschil onmiddellijk beëindigt.⁶⁵ Nochtans is conciliatie in sommige zaken een goede manier van geschillenbeslechting, bijvoorbeeld wanneer er een geschil is tussen partijen, die al lange tijd zaken doen met elkaar en waarbij het samenwerken aan een oplossing deze relatie zou kunnen in stand houden. De procedure is ook goedkoper dan arbitrage. Een nadeel aan conciliatie is dat de hele procedure onmiddellijk tot stilstand kan worden gebracht door één partij, die niet bereid is om mee te werken aan een oplossing.⁶⁶ De informaliteit van conciliatie is misschien niet altijd een positieve stimulans. Nochtans is conciliatie de moeite waard om te proberen, vooral aangezien investeerderstaat arbitrage de laatste jaren in opspraak is gekomen. Natuurlijk hangt de keuze voor conciliatie af van de aard van het geschil. Niet elk investeringsgeschil kan opgelost worden aan de hand van conciliatie.

13. ADDITIONAL FACILITY-CONCILIATIE – Conciliatie onder de "*Additional Facility Rules*"^{67,68} is eveneens mogelijk. Andere regels die op conciliatie van toepassing zijn: "*Conciliation (Additional Facility) Rules*"⁶⁹ en de "*Administrative and Financial Regulations*". Van deze optie wordt echter nog minder gebruik gemaakt dan onder de ICSID-Conventie, aangezien slechts in 0,5% van alle investeerder-staat geschillen tot en met 2015 werd gekozen voor conciliatie (zie figuur in de bijlage).

14. CONCILIATIE ONDER ANDERE INSTITUTIONELE FORA – Andere internationale instellingen, zoals de "*Permanent Court of Arbitration*"⁷⁰, bieden naast arbitrage ook andere methoden van geschillenbeslechting aan, waaronder conciliatie.

⁶⁵ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 237.

⁶⁶ L. MALINTOPPI en A. REINISCH, "Methods of Dispute Resolution", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 703-704.

⁶⁷ Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the International Centre for Settlement of Investment Disputes van 10 april 2006, https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/AFR_2006%20English-final.pdf. (Hierna: Additional Facility Rules)

⁶⁸ De ICSID-Conventie is in dit geval niet van toepassing. Zie art. 2 Additional Facility Rules. Voor informatie over de "*Additional Facility*", zie *infra* nr. 19.

⁶⁹ Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (schedule B) van 10 april 2006, https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/AFR_2006%20English-final.pdf. (Hierna: Conciliation (Additional Facility) Rules)

⁷⁰ Permanent Court of Arbitration Optional Conciliation Rules van 1 juli 1996, <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Permanent-Court-of-Arbitration-Optional-Conciliation-Rules.pdf>; X, "Mediation/Conciliation", <https://pca-cpa.org/en/services/mediation-conciliation/> (laatste consultatie op 13 mei 2016).

2.2.3. Internationale investeerder-staat arbitrage

15. KENMERKEN VAN INVESTEERDER-STAAT ARBITRAGE – Investeerder-staat arbitrage is een formele beslechtsprocedure, onderworpen aan de tegenspraak, waarbij een geschil tussen een investeerder en een Gaststaat wordt beslecht door een investeringstribunaal, dat een bindende en definitieve uitspraak doet.⁷¹ Arbitrage betreft een consensuele procedure, die de toestemming van de partijen vereist. Het investeringsgeschil wordt bovendien voorgelegd aan een private geschillenbeslechter, die werd geselecteerd door of voor de partijen.⁷² Deze arbitrage-instellingen zijn dus politiek neutraal en onafhankelijk van het rechtssysteem van de Gaststaat.⁷³ Arbitrage-instellingen zijn *ad hoc*-systemen in de zin dat elk tribunaal van een arbitrage-instelling voor elk specifiek geschil moet worden samengesteld. Over het algemeen bestaat een investeringstribunaal uit twee arbiters, die door de partijen gekozen worden, en een voorzitter, die wordt goedgekeurd door de partijen. Deze personen zullen oordelen over het investeringsgeschil.⁷⁴

16. VOORDELEN VAN INVESTEERDER-STAAT ARBITRAGE – Arbitrage biedt heel wat voordelen, zowel voor de Gaststaat als voor de investeerder. Zo merken DOLZER en SCHREUER op dat de Gaststaat meer investeringen kan aantrekken door te voorzien in een internationale geschillenbeslechtsprocedure. Dit geeft de investeerder eveneens meer garantie en rechtszekerheid. Een procedure op nationaal niveau is immers op sommige vlakken onvoordelig (*supra* nr. 10). Investeerders kiezen mogelijk liever voor geschillenbeslechting op internationaal niveau omwille van de eerlijkheid die inherent is aan het toevertrouwen van het geschil aan onafhankelijke internationale arbiters. Nationale rechtbanken kunnen immers beïnvloed worden door de uitvoerende macht van de Gaststaat.⁷⁵ Ook kunnen andere beslechtsmechanismen, zoals diplomatieke bescherming, die meer complex zijn door de tussenkomst van een derde, uitgesloten worden door voor arbitrage te kiezen. De derde is meestal de Thuisstaat van de investeerder. Op deze manier kan een gespannen relatie tussen staten vermeden worden.⁷⁶ Het voordeel voor investeerders betreft de rechtstreeks toegang tot een internationaal forum. Een rechtstreekse toegang is een essentiële vereiste voor de bescherming van de rechten van investeerders. Buitenlandse investeringen gaan immers gepaard met risico's van inmenging van de Gaststaat in of de ontneming van investeerders eigendoms –of andere rechten.⁷⁷ Door het recht op rechtstreekse toegang tot internationale arbitragefora hoeft de Thuisstaat van de investeerder niet

⁷¹ J. BILLIET, *International Investment Arbitration: A Practical Handbook*, Antwerpen, Maklu, 2016, 241; G.B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2012, 5-6; R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 237.

⁷² G.B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2012, 4-6.

⁷³ C. SCHREUER, "Investment Arbitration" in K.J. ALTER, C.P.R. ROMANO, Y. SHANY (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 296.

⁷⁴ C. SCHREUER, "Investment Arbitration" in K.J. ALTER, C.P.R. ROMANO, Y. SHANY (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 297.

⁷⁵ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 236; UNCTAD, "Dispute Settlement: Investor-State, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements" (UNCTAD/ITE/IIT/30), 2003, 13.

⁷⁶ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 236.

⁷⁷ G.B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2012, 411.

langer tussen te komen (zoals bij diplomatieke bescherming of staat-staat geschillenbeslechting). Voor de oprichting van de arbitrage-instellingen was dit de enige optie. Om te vermijden dat het geschil te complex wordt (door meerdere partijen in het geschil) of de investeerder zich in een nadelige positie bevindt, heeft men een rechtstreekse toegang tot internationale arbitrage toegekend aan de investeerder.⁷⁸ Gaststaten zijn weigerachtig om het geschil toe te vertrouwen aan rechtbanken van een andere staat en investeerders hebben op hun beurt zeer weinig vertrouwen in de rechtbanken van de Gaststaat zelf.⁷⁹ Daarom is het nuttig om een internationaal platform aan te reiken, waarop investeringsgeschillen kunnen worden beslecht.

Een voordeel voor de investeerder en de Gaststaat is de partijautonomie en procedurele flexibiliteit van investeringsarbitrage. Partijen kunnen het toepasselijke procedurele en materiële recht kiezen. Zij kunnen eveneens het tribunaal samenstellen met arbiters naar keuze. De arbitrageprocedure wordt afgestemd op hun specifiek investeringsgeschil.⁸⁰

Ook efficiëntie werd aanvankelijk als een voordeel van investeringsarbitrage gezien in de rechtsleer. Investeringsarbitrage biedt aan de partijen de mogelijkheid om zelf arbiters te kiezen, waarin zij vertrouwen en die gespecialiseerd zijn in de specifieke materie waarop het geschil betrekking heeft. Het beginsel van de vertrouwelijkheid van de procedure werd eveneens beschouwd als een pluspunt wanneer het gaat om grote projecten.⁸¹

Er is echter al geruime tijd kritiek op de elementen efficiëntie en vertrouwelijkheid. Arbiters blijken niet altijd aan de nodige vereisten te voldoen. Tevens is vertrouwelijkheid niet langer aangewezen maar moet men streven naar meer transparantie.⁸² In hoofdstuk 3 betreffende de kritieken op de investeringsarbitrage zal hierop uitgebreid worden ingegaan.

2.2.3.1. Arbitrage onder het ICSID

17. ACHTERGROND EN DOEL VAN HET ICSID – De oprichting van het ICSID, onder de auspiciën van de Wereldbank, had betrekking op het verwezenlijken van meer bescherming van internationale investeringen door een kader aan te bieden waarin investeringsgeschillen konden worden beslecht.⁸³ De idee was om een politiek neutraal, multilateraal forum op te richten voor het beslechten van geschillen tussen investeerders en Gaststaten. Het ICSID zou onafhankelijk van nationale rechtbanken zijn. Bovendien zou het ICSID internationale procedures voor geschillenbeslechting aanreiken, waaronder arbitrage.⁸⁴ Het ICSID werd opgericht bij de *“Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other*

⁷⁸ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 368.

⁷⁹ S.D. FRANCK, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, *Fordham L. Rev.* 2004-2005, 1540.

⁸⁰ G.B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2012, 13-14.

⁸¹ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 236.

⁸² R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 236.

⁸³ N. BLACKABY, J. PAULSSON, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, 1.

⁸⁴ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 371-372.

States” van 18 maart 1965 (hierna ICSID-Conventie).⁸⁵ Het doel van het ICSID is om faciliteiten voor arbitrage en andere beslechtingmethoden van geschillen tussen Lidstaten bij de ICSID-Conventie en onderdanen van andere Lidstaten te voorzien. Het "*Secretariat*" biedt institutionele ondersteuning door de verzoeken tot arbitrage en conciliatie te verwerken en te registreren, de regels aan te passen,... De "*Administrative Council*" is het leidinggevende orgaan.⁸⁶

18. LIDMAATSCHAP – Staten kunnen lid worden bij de ICSID-Conventie indien zij lidstaat zijn van de Wereldbank of indien zij partij zijn bij het Statuut van het Internationaal Gerechtshof en uitgenodigd worden door $\frac{3}{4}$ van de leden van de "*Administrative Council*".⁸⁷

19. TOEGANG VOOR (PARTIJEN UIT) LIDSTATEN EN NIET-LIDSTATEN – Arbitrage kan onder de ICSID-Conventie enkel worden ingeleid door partijen die beiden lid zijn bij de ICSID-Conventie. Echter is het ook mogelijk om een dergelijke procedure te starten, indien ofwel de Gaststaat in het geding, of de Thuisstaat van de investeerder in het geding geen lid is bij de Conventie. In dat geval zijn de *Additional Facility*-regels van toepassing op het geding.⁸⁸ Deze regels zijn zeer gelijkend op de bepalingen van de Conventie.⁸⁹

20. POPULARITEIT VAN ICSID-ARBITRAGE – Van het totaal aantal gekende investeerder-staat geschillen tot en met 2014 (608 zaken)⁹⁰ werd het grootste deel (442 zaken) door arbitrage onder de ICSID-Conventie beslecht.⁹¹ Dit aantal ligt wellicht hoger aangezien de vertrouwelijkheid een volledige publicatie van alle arbitrale zaken verhindert.⁹² Tot en met 2015 werd voor 89% van de investeerder-staat geschillen voor ICSID-arbitrage geopteerd (zie figuur in de bijlage).⁹³

21. PANEL VAN ARBITERS – Het Panel van Arbiters is een lijst die bestaat uit externe personen, die worden geselecteerd door de Lidstaten bij de ICSID-Conventie en optreden als arbiter in investeerder-staat geschillen. Deze leden mogen de nationaliteit van de voordragende Lidstaat hebben maar dit is geen vereiste. Ook de Voorzitter van de "*Administrative Council*" mag panelleden voordragen, die elk een andere nationaliteit moeten hebben.⁹⁴ De leden van dit Panel moeten overeenkomstig artikel 14 van de ICSID-Conventie beschikken over een zeer moreel karakter, het vermogen hebben om onafhankelijk te oordelen, en ervaring hebben in gebieden

⁸⁵ *Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States* van 18 maart 1965, *United Nations Treaty Series* vol. 575.

⁸⁶ Art. 1, (2) ICSID-Conventie; K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 372-373; N. BLACKABY, J. PAULSSON, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, 9.

⁸⁷ Art. 67 ICSID-Conventie; K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 373.

⁸⁸ Art. 2, eerste lid, (a) Additional Facility Rules.

⁸⁹ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 375.

⁹⁰ UNCTAD, "Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2014", [IIA Issue Note, No. 2, 2015] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/2), 1.

⁹¹ ICSID, "The ICSID Caseload – Statistics" (Issue 2015-1), 8, [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20\(English\)%20\(2\) Redacted.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20(English)%20(2) Redacted.pdf).

⁹² UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of A Roadmap", IIA Issues Note, nr. 2, (2015), 2.

⁹³ ICSID, "The ICSID Caseload – Statistics" (Issue 2016-1), [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20\(English\)%20final.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20(English)%20final.pdf).

⁹⁴ Art. 13 ICSID-Conventie.

zoals recht, handel, industrie of financiële zaken. Arbiters moeten zeker een juridische kennis hebben. De panelleden worden aangesteld voor een hernieuwbare periode van zes jaar.⁹⁵

De aanstelling van panelleden voor een arbitrage-tribunaal is echter enkel verzekerd indien het ICSID zelf het tribunaal samenstelt. Het ICSID kiest namelijk enkel leden uit het Panel van Arbiters. Stellen de partijen zelf het tribunaal samen, dan kunnen zij ook individuen aanstellen die niet in deze lijst voorkomen.⁹⁶

22. SAMENSTELLING VAN HET TRIBUNAAL – De samenstelling van het tribunaal, dat uit één arbiter kan bestaan maar meestal uit meerdere arbiters bestaat, wordt *ad hoc* door de partijen zelf gedaan. Het aantal arbiters moet oneven zijn. De partijen stellen zelf de arbiters aan, behalve indien men geen overeenkomst bereikt over het exacte aantal. In dat geval bestaat het tribunaal uit drie arbiters en stelt elke partij één arbiter aan. De derde arbiter, de voorzitter van het tribunaal, wordt aangesteld door beide partijen.⁹⁷

Indien het tribunaal niet binnen de 90 dagen na kennisgeving van de registratie van het verzoek aan de Secretaris-Generaal (of de periode door de partijen afgesproken) is samengesteld, zal volgens artikel 38 van de ICSID-Conventie aan het ICSID gevraagd worden om arbiters aan te duiden. Er wordt een lijst van drie arbiters (niet noodzakelijk uit het Panel van Arbiters) voorgelegd aan de partijen. Indien men akkoord is met de lijst, zal het ICSID de arbiters uit deze lijst aanstellen. Indien er geen overeenstemming is, zal overgegaan worden tot de procedure onder artikel 38 en zal de Voorzitter van de “*Administrative Council*” de nog niet benoemde arbiter(s) aanstellen. De Voorzitter is, in tegenstelling tot de partijen, gebonden door de lijst van het Panel van Arbiters. Deze arbiters mogen niet dezelfde nationaliteit hebben als de partijen.⁹⁸

De procedure onder artikel 38 moet tegemoet komen aan de kritiek die is gekomen op de partij-aanstellingen van arbiters (*infra* nr. 66 *et seq.*). Ook wordt door een aanstelling door het ICSID verhinderd dat een van de partijen de samenstelling van het tribunaal en het verloop van de procedure zou tegenwerken.⁹⁹

23. ONDERSCHIED TUSSEN CONTRACTUELE EN NIET-CONTRACTUELE ICSID-ARBITRAGE – er kan een onderscheid worden gemaakt tussen contractuele en niet-contractuele ICSID-arbitrage. Meestal wordt ICSID-arbitrage uitdrukkelijk in investeringscontracten gestipuleerd. Dit is contractuele arbitrage. Onder het ICSID is ook niet-contractuele arbitrage mogelijk, namelijk arbitrage die voortvloeit uit een BIT, een MIT (of vrijhandelsakkoord tussen staten, waaronder de staten van de partijen), of het nationale investeringsrecht van de Gaststaat.¹⁰⁰

⁹⁵ Art. 15, (1) ICSID-Conventie.

⁹⁶ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 374.

⁹⁷ Art. 37, (2)(a)-(b) ICSID-Conventie; K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 376.

⁹⁸ Art. 38 ICSID-Conventie; K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 376; N. BLACKABY, J. PAULSSON, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, 132.

⁹⁹ N. BLACKABY, J. PAULSSON, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, 12, 132-1333.

¹⁰⁰ N. BLACKABY, J. PAULSSON, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, 13.

24. TOEPASSINGSGBIED VAN CONTRACTUELE ICSID-ARBITRAGE – Om toegang te krijgen tot arbitrage onder de ICSID-Conventie, moet volgens artikel 25, (1) van de ICSID-Conventie voldaan zijn aan een aantal voorwaarden. Ten eerste moeten de partijen schriftelijke toestemming hebben gegeven om een bestaand of toekomstig investeringsgeschil op te lossen door middel van ICSID-arbitrage. Ten tweede moet er een geschil zijn tussen een Lidstaat en een inwoner van een andere Lidstaat en ten derde moet het een juridisch geschil betreffen dat rechtstreeks voortvloeit uit een investering.¹⁰¹ Indien niet aan deze voorwaarden is voldaan, zal de toegang tot het Centrum geweigerd worden.¹⁰² De derde voorwaarde bestaat uit drie elementen¹⁰³: (1) Er moet sprake zijn van een *investering* (*supra* p. 3, voetnoot 9). Het kan gaan om projecten met betrekking tot infrastructuur, inbreng van kapitaal in ondernemingen, dienstenovereenkomsten,...¹⁰⁴ Werd bijvoorbeeld niet gezien als investering: een koop-verkoop van kolen.¹⁰⁵ (2) Het moet gaan om een *juridisch geschil*. Vaak zal het een onenigheid omtrent de draagwijdte van juridische rechten en verplichtingen betreffen of omtrent de aard of draagwijdte van rechtsherstel ingeval van een schending van rechten of verplichtingen.¹⁰⁶ (3) Het juridisch geschil moet *rechtstreeks voortvloeien uit de investering*. Aan deze voorwaarde is volgens ICSID-rechtspraak voldaan zelfs wanneer het geschil een transactie betreft die, ook al kan deze niet als een losstaande investering worden gedefinieerd, integraal deel uitmaakt van het hele project, dat als investering wordt gekwalificeerd.¹⁰⁷

25. TOEPASSINGSGBIED VAN NIET-CONTRACTUELE ICSID-ARBITRAGE – De toepassingsvoorwaarden voor “*investment treaty*” ICSID-arbitrage zijn dezelfde als voor contractuele ICSID-arbitrage. Investeerders kunnen een arbitrageprocedure initiëren zonder dat deze beslechtingsmethode in het investeringscontract met de Gaststaat werd gestipuleerd. Artikel 25 van de ICSID-Conventie maakt dit mogelijk omdat enkel een “*consent in writing*” wordt vereist. Het is van geen belang of deze toestemming blijkt uit een BIT of MIT, uit een contract of uit nationale recht van de Gaststaat.¹⁰⁸

26. TOEPASSELIJKE PROCEDUREREGELS – Een arbitrageprocedure wordt gevoerd in overeenstemming met de ICSID-Conventie en de “*ICSID Arbitration Rules*”, die in werking treden op het tijdstip dat de partijen ingestemd hebben met arbitrage, tenzij de partijen anders hebben bepaald. Elke andere procedurekwestie die niet door deze regels wordt gedekt, zal door het

¹⁰¹ Art. 25 (1) ICSID-Conventie; N. BLACKABY, J. PAULSSON, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, 12.

¹⁰² N. BLACKABY, J. PAULSSON, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, 24-25.

¹⁰³ T.J.G. WEILER, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 1, Huntington, Juris Publishing, 2008, 61-62.

¹⁰⁴ N. BLACKABY, J. PAULSSON, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, 25-26.

¹⁰⁵ UNCTAD, “Investor-state dispute settlement: review of developments in 2014”, [IIA Issue Note, No. 2, 2015] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/2), 6.

¹⁰⁶ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 246.

¹⁰⁷ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 247.

¹⁰⁸ N. BLACKABY, J. PAULSSON, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, 53-54.

tribunaal zelf beslist worden.¹⁰⁹ Ook zijn de “*Institution Rules*” en de “*Administrative and Financial Regulations*” van toepassing. Duidelijk is dat arbitrageprocedures geheel volgens autonome regels worden gevoerd en los staan van het nationale recht van een van de partijen. Dit is natuurlijk een voordeel voor de partijen en met name de investeerders, aangezien deze niet onderworpen zullen worden aan mogelijk onvoordelige nationale rechtsregels.¹¹⁰

27. ENKELE KENMERKEN VAN INVESTERINGSARBITRAGE TOEGEPAST OP HET ICSID – Een eerste kenmerk is dat het ICSID-beslechtsmechanisme onafhankelijk en neutraal is.¹¹¹ Zo staat de procedure onder het ICSID los van het recht van de zetel van arbitrage. De plaats van arbitrage, waar de arbitrage haar juridische domicilie heeft, is belangrijk om te bepalen welke nationale arbitragewetgeving (procedureregels) moet worden toegepast op het investeringsgeschil.¹¹² Ook heeft het ICSID, zoals hierboven al werd vermeld (*supra* nr. 26), eigen procedureregels die toegepast worden op arbitrage. De tribunalen worden tevens via een nauwkeurige procedure aangesteld door het ICSID. Bepaalde rechtsleer voert dit kenmerk aan als onderbouwing van de onafhankelijkheid en neutraliteit. Dit argument kan niet worden weerhouden. De arbiters voldoen immers niet altijd aan deze vereisten. Ook zegt deze rechtsleer dat de samenstelling van tribunalen wel op onafhankelijke en neutrale wijze gebeurt. Echter kunnen de partij-aanstellingen van arbiters op bepaalde vlakken in vraag gesteld worden (*supra* nr. 70 *et seq.*). De onafhankelijke positie van het ICSID kan worden aangetoond door het relatieve gebrek van inmenging en herziening door de rechtbanken. Het ICSID heeft immers een eigen herzieningsprocedure voor haar arbitragebeslissingen. Onder artikel 54, (1) van de ICSID-Convention zijn de beslissingen bindend voor de partijen en voor geen ander rechtsmiddel vatbaar dan deze beschreven in de ICSID-Convention, zoals bijvoorbeeld de annuleringsprocedure uit artikel 52, (1) van de ICSID-Convention. Deze procedure is een beperkt controlemechanisme dat kan worden ingezet ingeval van corruptie van een arbiter, procedurefouten, schending van de motiveringsplicht,... Ook moeten de arbitrage-uitspraken erkend en tenuitvoergelegd worden door alle Lidstaten, zoals dit gebeurt voor vonnissen en arresten van rechtbanken.¹¹³ Een dergelijke bepaling beperkt het gevaar dat de arbitragebeslissing zal worden opzijgezet door de rechtbanken. Dit kenmerk is zeer voordelig voor de partijen.¹¹⁴

¹⁰⁹ Art. 44 ICSID-Convention; N. BLACKABY, J. PAULSSON, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, 12.

¹¹⁰ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 278.

¹¹¹ G.B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2012, 10.

¹¹² De verhouding tussen de institutionele procedureregels en de nationale arbitragewetgeving wordt overgelaten aan de autonomie van de partijen. De meeste institutionele regels zijn parallel aan en vullen andere arbitragewetgeving aan. De partijen, of tribunalen indien de eersten niets hebben gespecificeerd, bepalen welke aangelegenheden door de institutionele regels worden geregeld en welke door de nationale arbitragewetgeving. Zie G.B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2012, 105, 111, 149.

¹¹³ G.B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2012, 11.

¹¹⁴ N. BLACKABY, J. PAULSSON, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, 14-15; L. MALINTOPPI en A. REINISCH, “Methods of Dispute Resolution”, in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 700.

Een tweede kenmerk betreft het beginsel van de vertrouwelijkheid (tegenover transparantie). Aanvankelijk werd de vertrouwelijkheid gezien als een enorm voordeel voor de partijen die hun geschil voorleggen aan een ICSID-tribunaal. Hier is echter verandering in gekomen. In aangelegenheden van openbaar belang moet er publieke toegang tot informatie zijn en participatie van derden in de arbitrageprocedures. Het ICSID publiceert informatie over haar werking, alsook de registratie van alle aanvragen tot arbitrage en conciliatie en de beslissingen van de ICSID-tribunalen. Het laatste gebeurt enkel met goedkeuring van beide partijen. Passages van juridische redeneringen moeten wel verplicht gepubliceerd worden.¹¹⁵ Transparantie is dus nog niet de regel geworden. Dit sluit aan bij de kritieken op "investment treaty" arbitrage (*supra* hoofdstuk 3). De vraag is echter ook of het verhogen van transparantie en openheid bevorderlijk is voor het aantrekken van investeerders. Geen enkele staat wil namelijk openlijk betrokken zijn in een geschil met investeerders. Aan de andere kant kan transparantie positieve verwickelingen teweeg brengen voor de investeerder. Immers wordt mogelijk de machtsverhouding tussen investeerders en Gaststaten in de onderhandelingen gewijzigd in het voordeel van de investeerder, die druk kan uitoefenen op de Gaststaat.¹¹⁶ Natuurlijk dreigt dan het gevaar dat de investeerder mogelijk een te grote machtspositie verkrijgt en de Gaststaat in een zwakke onderhandelingspositie terecht komt. Dit kan nadelig zijn voor ontwikkelingslanden. Echter zou transparantie het uitgangspunt moeten worden en de vertrouwelijkheid de uitzondering.

2.2.3.2. Arbitrage onder de "ICSID Additional Facility"

28. TOEPASSINGSGBIED – De "Additional Facility" verleent toegang tot arbitrage voor bepaalde categorieën van geschillen tussen een Gaststaat (al dan niet partij bij de ICSID-Convention) en een inwoner van een andere staat (al dan niet partij bij de ICSID-Convention), die buiten het toepassingsgebied van de ICSID-Convention vallen. Partijen in het geschil, die geen lid zijn bij de ICSID-Convention, kunnen zich dus wenden tot de "Additional Facility".¹¹⁷ Het gaat om (1) "fact-finding" procedures, (2) arbitrage met betrekking tot investeringsgeschillen tussen partijen die ofwel geen Lidstaat¹¹⁸ zijn ofwel geen inwoner van een Lidstaat, of (3) arbitrage met betrekking tot een geschil tussen partijen waarvan minstens één partij een Lidstaat of inwoner van een Lidstaat is maar het geschil niet rechtstreeks voortvloeit uit een investering, op voorwaarde dat de transactie niet louter commercieel is. Er hoeft dus geen directe of indirecte link met een investering te zijn. Er moet enkel voldaan zijn aan de vereiste van niet loutere commercialiteit. Het ICSID is immers niet bevoegd voor louter commerciële geschillen, in tegenstelling tot andere fora.¹¹⁹ De toepassingsvoorwaarden voor de inleiding van een arbitrageprocedure onder de ICSID-

¹¹⁵ Regel 48 (4) ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings van 10 april 2006, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partF.htm>. (hierna "ICSID Arbitration Rules")

¹¹⁶ Bepaling 22 ICSID Administrative and Financial Regulations; N. BLACKABY, J. PAULSSON, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, 16; R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 286-287.

¹¹⁷ Inleiding Additional Facility Rules.

¹¹⁸ Onder Lidstaat moet worden begrepen, zoals bepaald in art. 1, (1), (4) Additional Facility Rules, een staat waarvoor de ICSID-Convention is in werking getreden.

¹¹⁹ Inleiding en art. 2, eerste lid Additional Facility Rules; N. BLACKABY, J. PAULSSON, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, 18; L. MALINTOPPI en A. REINISCH, "Methods

Conventie zijn niet van toepassing op "Additional Facility"-arbitrage. De "Additional Facility"-tribunalen hebben bevoegdheid voor geschillen die niet (exact) aan de voorwaarden van artikel 25 van de ICSID-Conventie kunnen voldoen en waarvoor het ICSID dus geen bevoegdheid heeft. Het toepassingsgebied is dus ruimer.¹²⁰

29. TOEPASSELIJKE PROCEDUREREGELS – Regel 3 van "Additional Facility Rules" bepaalt dat de ICSID-Conventie niet van toepassing is op deze procedures. De regels die wel van toepassing zijn op de geschillen, zijn: (1) de "Additional Facility Rules", (2) de "Administrative and Financial Rules" en (3) de "Arbitration (Additional Facility) Rules".¹²¹

30. ERKENNING EN TENUITVOERLEGGING EN HERZIENING VAN UITSPRAKEN – De zelfstandige bepalingen uit de ICSID-Conventie met betrekking tot de erkenning en tenuitvoerlegging van ICSID-beslissingen gelden niet voor arbitragebeslissingen onder de "Additional Facility". De ICSID-Conventie is immers niet van toepassing. Om de erkenning en tenuitvoerlegging van "Additional Facility" beslissingen te verzekeren, kan de arbitrageprocedure enkel worden ingeleid in landen die partij zijn bij de "New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards".¹²² De aard van "Additional Facility" beslissingen is gelijkend op gewone commerciële arbitragebeslissingen. Dit heeft toch gevolg dat de rechtbanken van de plaats van arbitrage bevoegd zijn om zich over betwistingen van deze beslissingen uit te spreken (in tegenstelling tot ICSID-uitspraken).¹²³

31. VOORDELEN – Een voordeel van arbitrage onder de "Additional Facility" is wellicht het ruimere toepassingsgebied. Geschillen die buiten de bevoegdheid van het ICSID vallen maar die de partijen toch zouden willen beslechten via arbitrage in het kader van het ICSID, kunnen door de "Additional Facility" worden opgevangen. Ook zijn de "Arbitration (Additional Facility) Rules" zeer gelijkend op de "ICSID Arbitration Rules". Dit betekent dat, ook al is ICSID-arbitrage niet mogelijk, toch gelijkaardige procedurele waarborgen kunnen worden geboden aan de partijen. Bijvoorbeeld worden de arbiters ook op zeer gelijkaardige wijze aangesteld als onder de ICSID-Conventie.¹²⁴

32. POPULARITEIT – Arbitrage onder de "Additional Facility" wordt veel minder toegepast dan ICSID-arbitrage. Tot en met 2015 bedroeg het aantal arbitragezaken 9% (zie figuur in de bijlage). Toch heeft men een stijging kunnen vaststellen in de loop der jaren.¹²⁵

of Dispute Resolution", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 704.

¹²⁰ L. MALINTOPPI en A. REINISCH, "Methods of Dispute Resolution", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 700, 706.

¹²¹ N. BLACKABY, J. PAULSSON, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, 18.

¹²² Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards van 10 juni 1958, *United Nations Treaty Series* vol. 330, 3-83. (hierna "New York Convention")

¹²³ N. BLACKABY, J. PAULSSON, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, 19.

¹²⁴ Art. 6 Arbitration (Additional Facility) Rules; N. BLACKABY, J. PAULSSON, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, 137.

¹²⁵ N. BLACKABY, J. PAULSSON, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, 19.

2.2.3.3. Arbitrage onder andere institutionele fora

33. TAL VAN INSTITUTIONELE FORA – Het ICSID is zonder twijfel het meest populaire maar zeker niet het enige forum van investeerder-staat geschillenbeslechting. Immers zijn niet alle staten partij bij de ICSID-Conventie. Arbitrage onder de "Additional Facility" is dan een mogelijkheid (*supra* nr. 28), maar de partijen kunnen zich eveneens tot een ander forum wenden wanneer zij vinden dat dat forum beter aan hun vereisten voldoet. De instellingen die besproken zullen worden, zijn de "International Chamber of Commerce", het "London Chamber of International Arbitration", het "Permanent Court of Arbitration" en het "Institute of Arbitration of the Stockholm Chamber of Commerce".¹²⁶ De arbitrage onder het toezicht van deze instellingen is over het algemeen eerder commercieel van aard maar de beslechting van specifieke investeringsgeschillen wordt niet uitgesloten.¹²⁷

34. KENMERKEN – Net zoals het ICSID, nemen andere arbitrage-instellingen de supervisie van de procedures voor hun rekening en bieden zij bepaalde faciliteiten en administratieve diensten aan voor arbitrage.¹²⁸ Ook in alle niet-ICSID arbitrageprocedures kunnen de partijen het tribunaal zelf samenstellen, alsook het toepasselijke recht bepalen. Alle tribunalen zijn eveneens bevoegd om zich over hun eigen bevoegdheid uit te spreken en om de procedureregels vast te leggen indien de partijen hebben nagelaten dit te doen. Ook heerst het beginsel van vertrouwelijkheid in alle instellingen (behalve wanneer de "UNCITRAL Transparency Rules" van toepassing zijn). Deze eigenschap van investeringsarbitrage werd overgenomen van het model van commerciële arbitrage, waar vertrouwelijkheid steeds gehandhaafd wordt.¹²⁹ Wat betreft andere basis procedurele kwesties, is een gemeenschappelijk element bijvoorbeeld de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiters. Maar er zijn ook kleine verschillen wat betreft de kosten, het vergaren van bewijs, of het produceren van documenten,... Ook zal het recht van de zetel van arbitrage verschillen, evenals de achtergrond en ervaring van de arbiters.¹³⁰

35. BEVOEGDHEIDSOVERLAPPING TUSSEN ARBITRAGE-INSTELLINGEN – Het is mogelijk dat een investeerder reeds een arbitrage-uitspraak heeft bekomen van een andere arbitrage-instelling, maar vervolgens toch een nieuwe vordering instelt voor een andere arbitrage-instelling, bijvoorbeeld uit ontevredenheid voor de eerste uitspraak. Zo betrof de ICSID-zaak *SPP v. Egypt* een dergelijke situatie waarin een investeerder al een beslissing had verkregen van de "International Chamber of Commerce" (hierna "ICC") maar toch nog een procedure inleidde bij het

¹²⁶ L. MALINTOPPI en A. REINISCH, "Methods of Dispute Resolution", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 710; K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 380-382.

¹²⁷ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 241.

¹²⁸ L. MALINTOPPI en A. REINISCH, "Methods of Dispute Resolution", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 708.

¹²⁹ G.B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2012, 15; S.D. FRANCK, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham L. Rev.* 2004-2005, 1544.

¹³⁰ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 241-242.

ICSID. Normaliter verbiedt geen enkele internationaalrechtelijke regel dat meerdere, onafhankelijk van elkaar bestaande tribunalen zich bevoegd verklaren om uitspraak te doen over eenzelfde geschil. Echter is het mogelijk dat een van de tribunalen, uit hoffelijkheid ten opzichte van het andere tribunaal, haar uitspraak schorst tot de uitspraak van het eerder gevatte tribunaal is geveld of zichzelf onbevoegd verklaart. Het ICSID-tribunaal verklaarde zich echter onbevoegd wegens het bestaan van een eerdere uitspraak, tenzij de ICC-beslissing zou worden geannuleerd.¹³¹ Dergelijke situaties, waarin meerdere arbitrageprocedures worden opgestart, komt de consistentie van arbitrage-uitspraken niet ten goede. Het is dus best dat het laatst gevatte forum zich onmiddellijk onbevoegd verklaart.

36. ENKELE ALTERNATIEVE FORA VOOR ARBITRAGE – Hieronder volgt een korte opsomming van andere fora voor de beslechting van investeerder-staat geschillen:

(1) "PERMANENT COURT OF ARBITRATION"

De "*Permanent Court of Arbitration*" (hierna "PCA") is de eerste permanente intergouvernementele organisatie die als forum dient voor arbitrage en andere vormen van geschillenbeslechting (zoals conciliatie en "*fact-finding*"). Een van de doelstellingen bij de oprichting was om het systeem van internationale geschillenbeslechting te versterken en internationale arbitrage te promoten, omdat arbitrage de meest efficiënte en billijke manier bleek om geschillen te beslechten wanneer diplomatie tekort schoot.¹³² De PCA heeft een gelijkaardige structuur als het ICSID. Er is eveneens een secretariaat, genaamd het "*International Bureau*", dat zich bezig houdt met administratie. Er wordt ook een lijst van arbiters bijgehouden, zoals bij het ICSID.¹³³

Arbitrage onder de PCA betreft een beslechting van internationale geschillen tussen staten, private personen en internationale organisaties. De geschillen kunnen betrekking hebben op publiek internationaal recht of internationaal privaatrecht. Ook investeringen vallen onder het brede toepassingsgebied. Partijen kunnen dus voor een zeer brede waaier aan conflicten toevlucht zoeken tot de PCA.¹³⁴ De toepasselijke procedureregels zijn de "*PCA Arbitration Rules*", "*PCA Mediation/Conciliation Rules*" en de "*PCA Fact-Finding Commission of Inquiry Rules*". Deze regels zijn gebaseerd op de "*UNCITRAL Rules*". De partijen kunnen eveneens kiezen voor de toepassing van de "*UNCITRAL Rules*" zelf of *ad hoc* regels, specifiek opgesteld voor het geschil in kwestie.¹³⁵

¹³¹ L. MALINTOPPI en A. REINISCH, "Methods of Dispute Resolution", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 708.

¹³² X, "History of the PCA", <https://pca-cpa.org/en/about/introduction/history/> (laatste consultatie op 27 februari 2016); L. MALINTOPPI en A. REINISCH, "Methods of Dispute Resolution", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 709.

¹³³ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 381.

¹³⁴ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 244.

¹³⁵ L. MALINTOPPI en A. REINISCH, "Methods of Dispute Resolution", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 709-710.

(2) "INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE"

De ICC is opgericht in 1923 en is een internationale arbitrage-instelling (dus niet regionaal of nationaal van aard).¹³⁶ De ICC acht zichzelf zeer flexibel wat betreft aangelegenheden zoals de partijen die arbitrage mogen inleiden, de arbiters, de proceduretaal, de zetel van arbitrage,... De partijen beschikken over een ruimere autonomie dan bij het ICSID.¹³⁷

De ICC wordt bijgestaan door een administratief orgaan, genaamd de "*International Court of Arbitration*", (het betreft dus geen rechtbank) dat bestaat uit vertegenwoordigers van verschillende staten. De "*International Court of Arbitration*" overziet het ICC-arbitrageproces en verzorgt het kader waarbinnen de geschillen kunnen worden beslecht. De "*Court*" stelt de arbiters aan, tenzij de partijen de arbiters nomineren. Het controleert en keurt de arbitrage-beslissingen goed wat betreft de vorm (soms ook wat betreft de inhoud) en bepaalt de erelonen van de arbiters.¹³⁸ De geschillen, die worden beslecht onder de ICC, hebben betrekking op investeringen en internationale commerciële aangelegenheden.¹³⁹

Er zijn twee bijzondere kenmerken aan de ICC.¹⁴⁰ Het eerste betreft de "*Terms of Reference*". Arbiters maken, zodra zij het dossier van een bepaalde zaak ontvangen, een samenvatting van het geschil en van de verschillende aangelegenheden waarover beslist moet worden. Dit is bijzonder handig en overzichtelijk voor zowel de arbiters als de partijen. Een tweede kenmerk betreft de wijze van totstandkoming van een uitspraak. Alvorens het definitieve document wordt opgesteld, wordt het overgemaakt aan de "*ICC Court*", dat het document grondig naleest op eventuele fouten. De uiteindelijke inhoud van de uitspraak ligt wel nog steeds in handen van het tribunaal.¹⁴¹

(3) "LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION"

Dit forum (hierna "LCIA") bestaat sinds 1986 en is de opvolger van de "*London Chamber of Arbitration*". Deze instelling beheert ook de arbitrageprocedures voor investerings -en commerciële geschillen, waarop de institutionele regels van de LCIA van toepassing zijn of de "*UNCITRAL Rules*". De LCIA heeft ook een secretariaat, dat verantwoordelijk is voor de dagdagelijkse administratie van de arbitrageprocedures. De "*Arbitration Court*", een orgaan van de LCIA, bestaat uit 35 arbiters, waaronder een Voorzitter en Vicevoorzitter, die de tribunaal samenstellen, de kosten vastleggen, bepalen of een uitspraak mag worden aangevochten,...¹⁴² De partijen kunnen zelf arbiters aanduiden maar uiteindelijk kan de LCIA deze nominatie afwijzen. Het LCIA-tribunaal zal in principe één arbiter bevatten. Indien de partijen anders besluiten of de LCIA dit wenselijk acht, zullen er drie arbiters worden aangesteld. Er zijn onder de LCIA ook andere beslechtingmethoden

¹³⁶ J. CRAWFORD, R. DOAK BISHOP, W. MICHAEL REISMAN, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Den Haag, Kluwer Law International, 2005, 428.

¹³⁷ X, "Arbitration", <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/> (laatste consultatie op 13 mei 2016); K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 381.

¹³⁸ J. CRAWFORD, R. DOAK BISHOP, W. MICHAEL REISMAN, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Den Haag, Kluwer Law International, 2005, 428-429.

¹³⁹ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 380.

¹⁴⁰ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 242.

¹⁴¹ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 242.

¹⁴² J. CRAWFORD, R. DOAK BISHOP, W. MICHAEL REISMAN, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Den Haag, Kluwer Law International, 2005, 432.

mogelijk, zoals bemiddeling.¹⁴³ Bij gebrek aan een regeling door de partijen, is Londen de zetel van arbitrage.¹⁴⁴

(4) "STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE"

Het "*Institute of Arbitration*" van de "*Stockholm Chamber of Commerce*" (hierna "SCC") is eveneens een mogelijk forum voor investeerder-staat arbitrage. Het betreft een private organisatie die werd opgericht in 1917 voor geschillen in alle commerciële sectoren in de regio van Stockholm.¹⁴⁵ Het forum geniet een toenemende populariteit omwille van de efficiënte afhandeling van geschillen. Beslissingen moeten binnen een relatief korte termijn (zes maanden) geveld worden en een versnelde procedure is tevens mogelijk, waarin een award moet worden verkregen binnen een termijn van drie maanden. Echter, zoals in hoofdstuk 3 aan bod zal komen, blijkt het spoedige verloop van de procedure in de praktijk anders te zijn.¹⁴⁶ Het is alleszins goed dat deze instelling met korte termijnen werkt.

(5) DE "UNCITRAL RULES"

Het UNCITRAL is atypisch omdat het noch een arbitrage-instelling betreft, noch arbitrageprocedures overziet, die onder deze regels worden gevoerd.¹⁴⁷ De "*UNCITRAL Rules*"¹⁴⁸ verwijzen ook niet naar een forum waarbij de partijen hun geschil kunnen beslechten. Het is aan de partijen om een administratief kader voor de geschillenbeslechting op te stellen. Zij kunnen bijvoorbeeld een *ad hoc* tribunaal samenstellen (het betreft dan *ad hoc* arbitrage (*infra* nr. 37) of de "*UNCITRAL Rules*" toepassen in procedures voor arbitrage-instellingen (in plaats van de institutionele regels van die instelling).¹⁴⁹

Het toepassingsgebied onder deze regels is zeer ruim. Alle geschillen die de partijen willen beslechten aan de hand van de "*UNCITRAL Rules*", zullen op deze manier beslecht worden. Omdat het onder deze regels mogelijk is dat verweerders de arbitrageprocedure plots kunnen stilleggen door bijvoorbeeld te weigeren een arbiter aan te stellen, bieden de UNCITRAL regels de mogelijkheid om op voorhand een "*Appointing Authority*" aan te duiden, dat zich met de aanstelling van arbiters en eventuele andere administratieve aangelegenheden bezig houdt.¹⁵⁰

¹⁴³ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 242; K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 380-381.

¹⁴⁴ Art. 16.1 van de LCIA Arbitration Rules van 1 oktober 2014, http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx.

¹⁴⁵ J. CRAWFORD, R. DOAK BISHOP, W. MICHAEL REISMAN, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Den Haag, Kluwer Law International, 2005, 433.

¹⁴⁶ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 382.

¹⁴⁷ J. CRAWFORD, R. DOAK BISHOP, W. MICHAEL REISMAN, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Den Haag, Kluwer Law International, 2005, 435.

¹⁴⁸ UNCITRAL Arbitration Rules van 16 december 2013, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>.

¹⁴⁹ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 243.

¹⁵⁰ J. CRAWFORD, R. DOAK BISHOP, W. MICHAEL REISMAN, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Den Haag, Kluwer Law International, 2005, 435.

Volgens de "UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration"¹⁵¹ is er geen sprake van vertrouwelijkheid van de arbitrageprocedure maar is het uitgangspunt transparantie. Zo worden alle zaken waarop deze regels van toepassing zijn, gepubliceerd en zijn alle zittingen in principe openbaar. Uitzonderingen op het principe van transparantie zijn mogelijk.¹⁵² De regels zijn van toepassing in de volgende gevallen: (1) investeerder-staat arbitrage onder toekomstige investeringsakkoorden die tot stand zijn gekomen *na 1 april 2014*, of (2) investeerder-staat arbitrage onder investeringsakkoorden die tot stand zijn gekomen *voor 1 april 2014*, indien de partijen gekozen hebben voor de toepassing van deze regels na 1 april 2014.¹⁵³

2.2.3.4. Ad hoc arbitrage (niet onder de "UNCITRAL Rules")

37. *Ad hoc* arbitrage is een ander mogelijkheid van investeerder-staat geschillenbeslechting en kan dienen als "fall-back" optie wanneer geschillenbeslechting niet mogelijk is of niet werd gekozen onder het ICSID of de "Additional Facility" noch onder de institutionele fora en de "UNCITRAL Rules". *Ad hoc* arbitrage houdt in dat de partijen vrij zijn om het geschil te beslechten aan de hand van zelf opgestelde procedureregels. Zij kiezen ervoor om geen gebruik te maken van het institutionele kader dat door een van de hierboven vermeldde fora wordt aangeboden.¹⁵⁴

Het voordeel van *ad hoc* arbitrage is dat de procedure nog flexibeler is dan onder het ICSID of andere fora. De partijen bepalen zelf of zij ofwel gebruik zullen maken van bestaande regels, ofwel nieuwe regels zullen overeenkomen, ofwel bestaande regels van een institutioneel forum zullen toepassen, waarbij dan afgesproken wordt met de partijen op welke aspecten van de procedure deze regels worden toegepast en op welke niet. Dit soort arbitrage laat een partijautonomie toe die niet mogelijk is onder institutionele fora. Desondanks wordt niet vaak geopteerd voor deze vorm van arbitrage. Reden hiervoor kan zijn dat het vaak een tijdrovend proces is. De erkenning en tenuitvoerlegging van de beslissingen kan tevens niet op eenzelfde manier worden afgedwongen als in een institutioneel forum (tenzij de "New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards" wordt toegepast) en er is geen sprake van een administratief kader.¹⁵⁵

¹⁵¹ UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration van 1 april 2014, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>. (hierna "UNCITRAL Transparency Rules")

¹⁵² Art. 3,1, 6,1 en 7 UNCITRAL Transparency Rules.

¹⁵³ Art. 1 UNCITRAL Transparency Rules.

¹⁵⁴ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 382.

¹⁵⁵ L. MALINTOPPI en A. REINISCH, "Methods of Dispute Resolution", in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 710-712.

Hoofdstuk 3: Kritiek op het huidige "investment treaty" arbitragemechanisme

38. THEORIE VERSUS PRAKTIJK – Arbitrage is een beslechtingsmethode voor investeerder-staat geschillen die zeer frequent wordt toegepast. Echter vertoont dit mechanisme een aantal tekortkomingen. Uit ontevredenheid met het systeem zei Bolivia haar lidmaatschap bij de ICSID-Conventionie op in 2007. Andere Zuid-Amerikaanse landen dachten hier ook over na. Deze gebeurtenis heeft de wereld van investeringsarbitrage wakker geschud.¹⁵⁶ Dit hoofdstuk heeft tot doel om de kritieken te benoemen en te beoordelen op hun relevantie. Er wordt nagegaan of investeringsarbitrage werkelijk haar doel dient, namelijk het beslechten van investeringsgeschillen, die publiekrechtelijk van aard zijn, op een adequate en efficiënte wijze. Indien dit niet het geval is, moet dit mechanisme hervormd worden of moet er een nieuw mechanisme worden opgericht voor investeringsgeschillen.

In theorie zijn de doelstellingen van investeerder-staat geschillenbeslechtsmechanismen ambitieus: (1) depolitisering van investeringsgeschillen, (2) een eerlijk proces en onafhankelijke, onpartijdige en capabele tribunalen, (3) een eenvoudige en goedkope procesvoering, en (4) aanzienlijke partijautonomie. Bovendien is rechtszekerheid belangrijk voor de investeerder, wiens rechten geschonden zijn door de Gaststaat, en is het noodzakelijk dat diens positie verbeterd wordt door de mogelijkheid te bieden om vorderingen op een internationaal niveau in te stellen. In de praktijk werden er echter verschillende punten van kritiek opgemerkt door het UNCTAD.¹⁵⁷

De kritiek heeft volgens het UNCTAD betrekking op (1) het gebrek aan legitimiteit en transparantie van de procedures, (2) het gebrek aan consequente en correcte beslissingen, (3) partijdigheid en afhankelijkheid van arbiters, en (4) de kosten en duur van de procedures. Al deze elementen, die betrekking hebben op "investment treaty" arbitrage¹⁵⁸, dragen bij tot de rechtsonzekerheid voor de partijen.

3.1. Een gebrek aan legitimiteit en transparantie

39. GEBREK AAN LEGITIMITEIT VOLGENS HET UNCTAD – In het rapport van de UNCTAD van 2013 is een gebrek aan legitimiteit een belangrijk punt van kritiek op de huidige mechanismen van investeerder-staat geschillenbeslechting. Sommige rechtsleer spreekt zelfs van een legitimiteitscrisis.¹⁵⁹ Ten eerste speelt het gegeven dat drie individuen, *ad hoc* aangesteld door de partijen zelf, moeten oordelen over de geldigheid van overheidsmaatregelen van openbaar belang. Dit doet vragen rijzen naar de legitimiteit. Ten tweede hebben investeringsgeschillen een aanzienlijke economische impact op een Gaststaat. De kosten kunnen in sommige gevallen oplopen

¹⁵⁶ L.E. PETERSON, "Out of Order" in C. BALCHIN, L. CHUNG *et al.* (eds.) *The Backlash against Investment Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, 485.

¹⁵⁷ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 2.

¹⁵⁸ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 2.

¹⁵⁹ M. SORNARAJAH, "A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration" in K.P. SAUVANT (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, 2008, New York, Oxford University Press, 41.

tot miljarden. Het gebrek aan legitimiteit zou dus mogelijk een negatieve economische weerslag kunnen hebben op de Gaststaat.¹⁶⁰

40. GEBREK AAN TRANSPARANTIE VOLGENS DE UNCTAD – De UNCTAD maakt zich eveneens zorgen over het gebrek aan transparantie, ook al werden reeds pogingen tot verbetering ondernomen.¹⁶¹ Zo werden de "ICSID Arbitration Rules" aangepast¹⁶² en werden de "UNCITRAL Rules on Transparency" opgesteld. De UNCITRAL-regels hebben volgens het UNCTAD onvoldoende impact, aangezien het toepassingsgebied vrij beperkt is (*supra* 24, nr. 36).¹⁶³ Dit houdt in dat de "Transparency Rules" niet automatisch van toepassing zijn op alle arbitrageprocedures die gevoerd zijn vanaf 1 april 2014. Dit betekent tevens dat het beginsel van de vertrouwelijkheid in veel arbitrageprocedures nog steeds zal gelden, tenzij de partijen anders bepalen. De vertrouwelijkheid geldt dus ook nog voor geschillen die betrekking hebben op aangelegenheden van openbaar belang,¹⁶⁴ waar toch meer transparantie zou moeten worden toegepast. Er dient te worden opgemerkt dat, wat ICSID-arbitrage betreft, het gebrek aan transparantie niet in dezelfde mate een probleem vormt als voor andere investeerder-staat beslechting fora, aangezien er reeds wijzigingen werden doorgevoerd in de "ICSID Arbitration Rules" (*supra* nr. 40) en er gebruik gemaakt wordt van een openbaar register van arbitragezaken.¹⁶⁵

41. HET BEGINSEL VAN TRANSPARANTIE – Onder transparantie moet worden verstaan (1) dat informatie en procedures toegankelijk zijn voor andere partijen (dan de partijen in de procedure) en voor het publiek in het algemeen, (2) dat degenen die beslissingen nemen verantwoordelijk zijn voor hun beslissingen, en (3) dat er mogelijkheden zijn tot het uiten van kritiek en klachten, die kunnen worden gehoord en rechtgezet.¹⁶⁶ Bepaalde rechtsleer splitst transparantie op in twee dimensies: (1) externe transparantie en (2) interne transparantie.¹⁶⁷

42. (1) EXTERNE TRANSPARANTIE – Externe transparantie heeft betrekking op de openheid van het investeringssysteem naar buitenstaanders toe. Dit is een specifiek acuut probleem voor het investeerder-staat geschillenbeslechtingssysteem, omdat deze geschillen zowel private als publieke belangen betreffen. Het is mogelijk voor een investeerder, als privépersoon, om eigen gegevens

¹⁶⁰ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 3.

¹⁶¹ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 3.

¹⁶² Bijvoorbeeld regel 48, (4) ICSID Arbitration Rules. Het ICSID publiceert meteen uittreksels van de juridische redenering van het ICSID-tribunaal. Het uitgangspunt is echter nog steeds dat uitspraken niet worden gepubliceerd zonder toestemming van de partijen. Voor 2006 had het ICSID enkel de mogelijkheid om uittreksels van de juridische regels, toegepast door het ICSID-tribunaal, te publiceren. Dit was echter geen vaste praktijk. Een ander voorbeeld betreft regel 32, (2) ICSID Arbitration Rules, dat publieke toegang tot de zittingen mogelijk maakt.

¹⁶³ Art. 1 UNCITRAL Transparency Rules.

¹⁶⁴ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 3.

¹⁶⁵ ICSID Cases Database, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>; UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 3.

¹⁶⁶ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 452.

¹⁶⁷ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 452.

geheim te houden. Hetzelfde kan echter niet gezegd worden voor de Gaststaat, die zijn onderdanen vertegenwoordigt en dus politieke, sociale, economische en milieubelangen indachtig moet houden. Ingeval van commerciële arbitrage, waar enkel private partijen in een geschil verwickeld zijn, is er geen nood aan transparantie. Het publiek heeft een zeer beperkte toegang tot de relevante documenten van een geschil of de beslissingen van de tribunalen. In principe kan in een commerciële context geen kritiek worden gegeven op het beginsel van de vertrouwelijkheid omdat enkel private belangen spelen. De toepassing van dit beginsel raken dan geen openbare belangen, hetgeen wel het geval is wanneer arbiters in een investeringscontext moeten oordelen over de geldigheid van overheidsmaatregelen, die verband houden met openbaar beleid. In een investeringscontext is een gebrek aan transparantie problematischer.¹⁶⁸ De partijen regelen onderling vaak niet in welke mate de arbitrageprocedure transparant zou moeten zijn. Investeerders en Gaststaten willen beiden hun reputaties in stand houden. Het beginsel van de vertrouwelijkheid is één van de redenen waarom de investeerder voor arbitrage kiest, in plaats van voor een procedure voor de rechtbanken. Men vermijdt op deze wijze publieke aandacht voor het geschil.¹⁶⁹ Het kan dus moeilijk zijn om naar een meer open en transparant investeringssysteem ten aanzien van het publiek te evolueren. Het is aannemelijk dat investeerders en Gaststaten de vertrouwelijkheid ten aanzien van buitenstaanders in stand willen houden. Toch is er kritiek gekomen op het gebrek aan transparantie. Als Gaststaten verantwoordelijk moeten worden gesteld tegenover hun burgers, dan moeten de arbitrageprocedures die de geldigheid van de overheidsmaatregelen beoordelen, ook kunnen worden onderworpen aan kritische toezicht.¹⁷⁰ Deze mening moet worden bijgetreden. Arbitragebeslissingen kunnen een impact hebben op de belangen van burgers. Zij hebben dus het recht om te weten wat die impact inhoudt. Daarom moet een zo hoog mogelijk niveau van transparantie worden ingevoerd.

43. (2) INTERNE TRANSPARANTIE – De interne transparantie heeft ten eerste betrekking op wederzijdse toegankelijkheid en uitwisseling van informatie tussen de partijen betreffende enerzijds het beleid van de Gaststaat en anderzijds de financiën en structuur van de investeerder als onderneming. De partijen kunnen beter voorzien hoe ze zich tegenover elkaar behoren te gedragen indien zij toegang hebben tot dergelijke informatie. Internationale economische organisaties, zoals de UNCITRAL, het "International Monetary Fund" ("IMF"), de OECD, of de Wereldbank, kunnen investeerders en Gaststaten bijstaan en aanmoedigen om hun investeringsbeleid en relevante wetgeving toegankelijk te maken. Hoe meer men op de hoogte is van elkaars beleid en aanpak, hoe beter de onderlinge investeringsverhoudingen. Interne transparantie heeft ten tweede betrekking op de transparantie van de praktijken van investeerderstaat geschillenbeslechtingfora. De partijen willen graag op voorhand kunnen inschatten hoeveel kans op slagen hun vordering of verweer zal hebben. De slaagkansen kunnen zij inschatten, indien de arbitragebeslissingen en/of juridische redeneringen van de tribunalen ter beschikking worden

¹⁶⁸ OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures" (working paper on international investment 2005/01), 2005, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf, 2.

¹⁶⁹ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 453-454.

¹⁷⁰ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 454.

gesteld.¹⁷¹ In sommige arbitrage-instellingen heeft men reeds enige interne transparantie doorgevoerd, zoals bijvoorbeeld onder de SCC, dat op de website analyses van de uitspraken en juridische redeneringen van de tribunalen ter beschikking stelt, zonder de vertrouwelijkheid van de partijen bij dat specifiek geschil te schenden.¹⁷² Het verhogen van de interne transparantie is een belangrijk element om de communicatie en verhoudingen tussen de partijen onderling en tussen de partijen en de beslechttingsfora te verbeteren. Meer transparantie heeft een positief effect op de legitimiteit van beslissingen. Elke initiatief omtrent het verhogen van transparantie moet worden toegejuicht.

44. POGINGEN OM TRANSPARANTIE TE VERHOGEN– Er worden op heden een aantal pogingen ondernomen om meer transparantie in investeerder-staat arbitrage in te voeren. Het gaat om de volgende wijzigingen, die al dan niet reeds zijn ingevoerd: (1) publieke toegang tot documenten en procedures, en (2) participatie door derden door middel van de *amicus curiae*.¹⁷³

45. (1) PUBLIEKE TOEGANG TOT DOCUMENTEN EN PROCEDURES – Het wordt in het huidige politieke klimaat als positief beschouwd dat staten open communiceren over hun activiteiten, zeker wanneer het de aansprakelijkheid van een staat betreft. De vertrouwelijkheid die wordt gehandhaafd in investeringsarbitrage botst met het behoorlijk bestuur van staten en de openheid die daarbij aansluit. Daarom is het aangewezen om wijzigingen door te voeren in investeringsarbitrage door meer toegang te verlenen tot documenten en procedures aan het publiek.¹⁷⁴ De externe transparantie heeft betrekking op de volgende aangelegenheden: (a) registratie van geschillen, (b) publieke zittingen, (c) publicatie van de conclusies van de partijen en (d) publicatie van uitspraken.

(a) Wat de registratie van geschillen betreft, betekent transparantie dat de aanwezigheid van een geschil wordt openbaar gemaakt. Het "Secretariat" van het ICSID publiceert alle registraties van verzoeken voor arbitrage bij het ICSID.¹⁷⁵ Op die manier kunnen buitenstaanders zien wie een vordering instelt tegen wie.¹⁷⁶ Onder de regels van andere arbitrage-instellingen worden registraties van vorderingen vaak niet gepubliceerd. De PCA en de SCC publiceren tevens nooit de namen van de partijen, tenzij de partijen toestemming hebben gegeven.¹⁷⁷ De ICC bewaart een nog striktere vertrouwelijkheid,

¹⁷¹ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 452-353.

¹⁷² K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 453; Zie bijvoorbeeld L. KNAPP, "SCC PRACTICE, Emergency Arbitrator Decisions Rendered 2014", http://www.sccinstitute.com/media/62020/scc-practice-emergency-arbitrators-2014_final.pdf.

¹⁷³ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 454.

¹⁷⁴ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 454-455.

¹⁷⁵ Art. 22, (1) ICSID Administrative and Financial Regulations.

¹⁷⁶ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 455.

¹⁷⁷ Art. V PCA Rules Concerning the Organization and Internal Workings of the International Bureau of the Permanent Court of Arbitration van 18 december 1900, <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Rules-Concerning-the-Organization-and-Internal-Working-of-the-International-Bureau-of-the-Permanent-Court-of-Arbitration.pdf>; PCA Case Repository,

doordat de registraties nooit worden gepubliceerd, zelfs niet wanneer de partijen hier geen bezwaar tegen hebben.¹⁷⁸ *Ad hoc* tribunalen zijn nog minder transparant dan de institutionele fora, omdat de partijen volledig vrij beslissen om al dan niet te publiceren.¹⁷⁹ Onder de "UNCITRAL Rules" is er eveneens geen vereiste van publicatie van de verzoeken alvorens de inleiding van het geding. Het wordt immers aan de wil van de partijen overgelaten om deze informatie al dan niet vrij te geven. Opgemerkt moet worden dat, indien het ICSID het investeringsgeschil beheert volgens de "UNCITRAL Rules", de verplichting van publicatie van de ingestelde vorderingen wel geldt.¹⁸⁰ Het ICSID is dus het enige fora dat actief transparantie verhoogt op vlak van registraties. Wanneer de "UNCITRAL Transparency Rules" van toepassing zijn, wordt de registratie van een arbitragezaak eveneens publiek gemaakt.¹⁸¹ In alle andere fora is het zeer moeilijk voor buitenstaanders om in te schatten welk type vorderingen worden ingesteld, onder welke regels en hoeveel vorderingen precies. In sommige BITs worden soms clausules gestipuleerd, zoals bijvoorbeeld in het "US Model BIT" van 2004, waarin o.a. de kennisgeving van arbitrage moet worden gepubliceerd door de Thuisstaat van de verweerder.¹⁸² Dit neemt niet weg dat over het algemeen op vlak van registratie van investeringsgeschillen nog zeer weinig transparantie heerst. Echter kunnen er geen bezwaren gemaakt worden tegen een dergelijke openbaarheid. Er wordt geen gevoelige of schadelijke informatie meegedeeld aan het publiek maar enkel algemene informatie over wie in een geschil betrokken is met wie. Eventueel worden kort de feiten opgesomd.¹⁸³ Voor buitenstaanders kan deze informatie toch nuttig zijn, zoals hierboven al werd aangehaald. Er zou dus door alle beslechttingsfora een voorbeeld moeten worden genomen aan het ICSID en publicatie van registraties zou het uitgangspunt moeten worden.

- (b) Het arbitrageproces zou transparanter kunnen worden door de zittingen open te stellen voor het publiek. Dit gebeurt nog zeer weinig.¹⁸⁴ De partijen bij de "North American Free Trade Agreement" ("NAFTA") maken de arbitragezittingen toegankelijk voor het grotere

<https://pcacases.com/web/allcases/>: "The PCA only identifies the parties and publishes awards or other information in proceedings under PCA auspices where the parties have so agreed." (cursivering toegevoegd); L. KNAPP, "SCC PRACTICE, Emergency Arbitrator Decisions Rendered 2014", http://www.sccinstitute.com/media/62020/scc-practice-emergency-arbitrators-2014_final.pdf.

¹⁷⁸ OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures" (working paper on international investment 2005/01), 2005, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf, 3.

¹⁷⁹ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 456.

¹⁸⁰ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 455; OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures" (working paper on international investment 2005/01), 2005, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf, 3.

¹⁸¹ Art. 2 UNCITRAL Transparency Rules.

¹⁸² K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 455.

¹⁸³ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 455.

¹⁸⁴ OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures" (working paper on international investment 2005/01), 2005, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf, 3.

publiek en zenden de zittingen ook online uit.¹⁸⁵ Wat betreft bepaalde vertrouwelijke commerciële informatie moet het tribunaal oordelen of van deze informatie aan het publiek mag worden kennisgegeven. Eventueel kunnen gevoelige aangelegenheden achter gesloten deuren worden behandeld. Het ICSID handhaaft geen echte transparantie op het vlak van publieke zittingen.¹⁸⁶ Zittingen bijgewoond door derden, zijn enkel mogelijk indien het tribunaal dit wenselijk acht, tenzij de partijen hiertegen bezwaar hebben.¹⁸⁷ Het zou een grote stap voorwaarts betekenen indien alle belangrijke arbitrage-instellingen zittingen openbaar zouden maken. Natuurlijk moeten er nog steeds uitzonderingen kunnen worden voorzien voor bepaalde gevoelige kwesties. Dit ligt geheel in de beoordelingsmarge van het tribunaal dat zich moet buigen over het geschil. Echter mag niet te haastig geoordeeld worden dat er sprake is van gevoelige informatie, enkel en alleen om de vertrouwelijkheid in stand te houden.

- (c) Het publiceren van de conclusies van de partijen, naast de publicatie van de uitspraken van de tribunalen, zorgt voor discussie in de arbitragegemeenschap.¹⁸⁸ Het beginsel dat de arbitrage met betrekking tot aangelegenheden van publiek belang achter gesloten deuren wordt gevoerd, is onder druk komen te staan door het publiek en belangengroepen.¹⁸⁹ Noch ICSID, noch UNCITRAL vermelden de publicatie van de partijconclusies in hun regels. Tribunalen hebben een grote appreciatiemarge hieromtrent. Een opmerkelijke tendens kan worden vastgesteld waarin staten in bepalingen van IIAs de appreciatiemarge van de tribunalen proberen in te perken op dit vlak. De VS hanteren een ruime transparantie in hun IIAs, aangezien alle conclusies van de partijen moeten worden gepubliceerd. Het uitgangspunt is echter nog altijd dat de conclusies van de partijen confidentieel zijn, tenzij de partijen de publicatie toestaan.¹⁹⁰

Alhoewel de publicatie van conclusies ongetwijfeld een vollediger beeld kan geven van een investeringsgeschil, lijkt het niet van absoluut belang te zijn dat de conclusies van de partijen openbaar gemaakt worden. Men is eveneens in staat om een goed inzicht in een geschil te verkrijgen aan de hand van de uitspraak van het geschil. Het publiceren van de conclusies is weliswaar een pluspunt, maar geen essentiële vereiste om voor externe transparantie.

- (d) De publicatie van uitspraken van tribunalen betekent een enorme vooruitgang voor externe transparantie. Arbitragebeslissingen zijn zeer interessant voor het publiek alsook voor

¹⁸⁵ OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures" (working paper on international investment 2005/01), 2005, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf, 3.

¹⁸⁶ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 456.

¹⁸⁷ Art. 32, (2) ICSID Arbitration Rules.

¹⁸⁸ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 456.

¹⁸⁹ OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures" (working paper on international investment 2005/01), 2005, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf, 4.

¹⁹⁰ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 456-457.

academici om drie redenen. Ten eerste vergaart het publiek op deze wijze informatie met betrekking tot de financiële aansprakelijkheid van overheden ten aanzien van buitenlandse investeerders. Ten tweede is een dergelijke arbitrage-uitspraak een instrument van verantwoordelijkheid en toerekenbaarheid, zowel van de partijen als van de arbiters.¹⁹¹ Transparantie zorgt ervoor dat de arbiters en de partijen rekening houden met de implicaties die hun beslissingen en handelingen, voor hun eigen reputaties en voor de reputatie van het arbitragesysteem zelf.¹⁹² Ten derde raakt het investeringsrecht meer en meer bekend bij het grotere publiek en realiseert het publiek zich dat het investeringsrecht een impact heeft op overheden.¹⁹³ Er moet in dit geval gepleit worden voor een volledige transparantie. Het publiek moet kunnen worden verzekerd dat de partijen aan hun verantwoordelijkheden worden gehouden. Deze aangelegenheid raakt ook de interne transparantie. De partijen in een nieuw investeringsgeschil moeten op voorhand kunnen inschatten hoe het betreffende tribunaal heeft geoordeeld in een eerder, gelijkaardige geschil. Op deze wijze kunnen zij beter hun slaagkansen beoordelen.

Er werd reeds meer transparantie ingevoerd, bijvoorbeeld door het ICSID, waar de definitieve uitspraken ter beschikking worden gesteld, ook al zijn de oorspronkelijke regels met betrekking tot publicatie van uitspraken in de belangrijkste fora nog niet gewijzigd.¹⁹⁴ Artikel 48, (5) van de ICSID-Conventie bepaalt dat het ICSID de beslissingen niet zal publiceren zonder de toestemming van de partijen. Echter plaatst het ICSID de pas uitsproken beslissingen wel online. Dit komt mede door de wijzigingen die sommige regeringen reeds op vlak van transparantie van uitspraken hebben doorgevoerd in verdragsbepalingen (bijvoorbeeld de NAFTA), en mede door de promotie van transparantie en publicatie door het ICSID zelf. Eerst wordt tijdens de procedure toestemming gevraagd aan de partijen om de beslissing te publiceren. Indien de partijen weigeren, zal het ICSID toch stukken van de juridische redenering van het tribunaal, van het verloop van de procedure, en de beslissingen hieromtrent bekend maken op de website of in bepaalde rechtsbronnen. Dit geldt ook sinds 2010 voor reeds gewezen uitspraken. Indien de partijen bepaalde zaken als vertrouwelijk beschouwen, zal het ICSID hier rekening mee houden.¹⁹⁵ In andere belangrijke fora is de publicatie van rechtspraak minder vaak voorkomend. Zeer veel uitspraken blijven vertrouwelijk.¹⁹⁶ De partijen kunnen ook steeds zelf de uitspraak publiceren, tenzij er een contractuele vertrouwelijkheidsclausule was of een bevel tot

¹⁹¹ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 457; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 161.

¹⁹² G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 161.

¹⁹³ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 161.

¹⁹⁴ OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures" (working paper on international investment 2005/01), 2005, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf, 4.

¹⁹⁵ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 457-458.

¹⁹⁶ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 458-459; OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures" (working paper on international investment 2005/01), 2005, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf, 4.

vertrouwelijkheid van het tribunaal. Ook andere personen, zoals advocaten, kunnen de uitspraken plaatsten op hun websites.¹⁹⁷ De initiatieven van de arbitrage-instellingen voor meer publicaties van uitspraken moet zeker worden aangemoedigd.

46. (2) PARTICIPATIE DOOR DERDEN: DE *AMICUS CURIAE* – De "amicus brief" houdt in dat derden kunnen participeren in een arbitrageprocedure. Dit gaat veel verder dan de voorgaande voorbeelden van transparantie, waar derden (en de partijen) enkel geïnformeerd worden over bepaalde aangelegenheden. De *amicus curiae* kan gerechtvaardigd worden, omdat het beleidskundig kader van de Gaststaat beoordeeld wordt, en er sprake is van een mogelijke impact op de financiën van deze staat. Daarom moeten bepaalde belangengroepen, die derden zijn ten aanzien van het geschil, hun standpunten kunnen duidelijk maken aan de partijen en het tribunaal in kwestie. In investeringsarbitrage proberen derden via dit instrument het tribunaal te informeren over bepaalde feiten of belangen, die hun inziens niet over het hoofd mogen worden gezien bij het beoordelen van het geschil. Echt enthousiast worden de "briefs" echter niet onthaald door de arbiters, aangezien zij dan niet enkel rekening moeten houden met de belangen en argumenten van de partijen, maar ook met die van derden. Dit compliceert de beoordeling van het geschil. De partijen kunnen zich verzetten tegen een *amicus curiae*. Het tribunaal zal dan hoogstwaarschijnlijk de indiening ervan niet toestaan.¹⁹⁸ In principe zijn er voordelen aan participatie van derden. De heersende mening is echter dat die participatie worden onderworpen aan specifieke regels en richtlijnen.¹⁹⁹ Het ICSID heeft de mogelijkheid van een participatie door derden ingevoerd in haar "Arbitration Rules".²⁰⁰ Ook de "UNCITRAL Arbitration Rules" voorzien in een dergelijke mogelijkheid.²⁰¹ Het gebruik van dit instrument impliceert niet dat derden automatisch ander procedurele rechten, zoals toegang tot de documenten van het geschil of toegang tot zittingen verkrijgen.²⁰²

NAFTA-tribunalen staan over het algemeen open voor participatie van derden. In de NAFTA arbitragezaak *Methanex Corporation v. United States of America*²⁰³ werd door het tribunaal een *amicus curiae* toegestaan.²⁰⁴ In deze zaak hadden twee NGO's een verzoek gedaan tot het verkrijgen van een *amicus curiae* status. Deze NGO's wilden toegang tot de geschreven conclusies van de partijen, de zittingen, alle documenten die de NGO's nodig zouden hebben om hun

¹⁹⁷ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 459.

¹⁹⁸ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 459-460.

¹⁹⁹ OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures" (working paper on international investment 2005/01), 2005, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf, 11.

²⁰⁰ Art. 37, (2) ICSID Arbitration Rules.

²⁰¹ Art. 5 UNCITRAL Arbitration Rules.

²⁰² K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 463.

²⁰³ UNCITRAL, *Methanex Corporation v. United States of America*, decision of the tribunal on petitions of third persons to intervene as "amici curiae", 15 januari 2001, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517_0.pdf.

²⁰⁴ J.A. VANDUZER, "Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration Through Transparency and Amicus Curiae Participation", *McGill. L. J.* 2007, 709.

conclusies op te stellen, en de mogelijkheid om mondelinge opmerkingen te maken.²⁰⁵ Het tribunaal was van oordeel dat een *amicus curiae* een last kon zijn, en gepaard kon gaan met mogelijke risico's. Echter werd deze last niet overmatig gevonden.²⁰⁶ Het tribunaal erkende dat er publieke interesse was in de arbitragezaak. Bovendien kon het voordelig zijn voor arbitrage onder "Chapter 11" van NAFTA om als een meer open en transparant proces te worden gezien. Om die reden liet het tribunaal het verzoek van de NGO's toe.²⁰⁷ De eerste drie verzoeken werden ingewilligd. Echter werden geen mondelinge argumenten toegestaan.²⁰⁸ De mening van het tribunaal moet worden bijgetreden. *Amici curiae* dragen bij tot een transparant proces. Derden met belangen moeten inspraak kunnen hebben in zaken, die publieke belangen betreffen.

ICSID-rechtspraak toont aan dat het toekennen van een *amicus curiae* volledig onder de (brede) beoordelingsbevoegdheid van de tribunalen valt, zolang aan de voorwaarden van artikel 37, (2) van de "ICSID Arbitration Rules" betreffende bewijs is voldaan. De beoordelingsmarge van de tribunalen kwam aan bod in de samengevoegde ICSID-zaken *Bernhard von Pezold v. Zimbabwe en Border Timbers et al. v. Zimbabwe*.²⁰⁹ In deze zaken werd een verzoek ingediend voor een *amicus curiae* door het "European Center for Constitutional and Human Rights" en 4 inheemse gemeenschappen van Zimbabwe. Deze partijen waren van mening dat zij een specifiek belang hadden. Er waren huns inziens specifieke internationale mensenrechten van de inheemse bevolking in het gedrang. De eiser verzette zich hiertegen, omdat tijdens de eerste zitting van de procedure een dergelijke mogelijkheid was uitgesloten en het tribunaal huns inziens geen residuaire beoordelingsmarge had om een *amicus curiae* toe te staan. Het tribunaal in kwestie vond dat, ondanks de buiten toepassing verklaring van artikel 37, (2) van de "ICSID Arbitration Rules", er toch nieuwe omstandigheden waren die een *amicus curiae* konden rechtvaardigen. Het tribunaal meende een ruime beoordelingsmarge te hebben, ook al verzette één of beide partijen zich hiertegen.²¹⁰ Uiteindelijk werd het verzoek afgewezen. Zo werd onder andere geoordeeld dat de verzoekers niet onafhankelijk waren van de partijen in het geschil.²¹¹ De vraag is of de ruime appreciatiemarge van tribunalen in de positieve zin wordt aangewend en of zij daadwerkelijk rekening houden met de argumenten van derden. Overigens mag een tribunaal een *amicus curiae*

²⁰⁵ OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures" (working paper on international investment 2005/01), 2005, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf, 7.

²⁰⁶ UNCITRAL, *Methanex Corporation v. United States of America*, decision of the tribunal on petitions of third persons to intervene as "amici curiae", 15 januari 2001, §35-36.

²⁰⁷ UNCITRAL, *Methanex Corporation v. United States of America*, decision of the tribunal on petitions of third persons to intervene as "amici curiae", 15 januari 2001, §49, 53.

²⁰⁸ OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures" (working paper on international investment 2005/01), 2005, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf, 8.

²⁰⁹ ICSID, *Bernhard von Pezold v. Zimbabwe en Border Timbers et al. v. Zimbabwe*, nrs. ARB/10/15 en ARB/10/25 (Procedural order nr. 2), 26 juni 2012, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC687_En_&caseId=C4.

²¹⁰ ICSID, *Bernhard von Pezold v. Zimbabwe en Border Timbers et al. v. Zimbabwe*, nrs. ARB/10/15 en ARB/10/25 (Procedural order nr. 2), 26 juni 2012, §48; K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 463.

²¹¹ ICSID, *Bernhard von Pezold v. Zimbabwe en Border Timbers et al. v. Zimbabwe*, nrs. ARB/10/15 en ARB/10/25 (Procedural order nr. 2), 26 juni 2012, §49-56.

toestaan maar is hiertoe niet verplicht. De ICSID-regels bepalen dat het tribunaal dit instrument mag aanwenden, indien het dit noodzakelijk acht.²¹²

Het is vanuit een praktisch standpunt begrijpelijk waarom de regels voorzien in een ruime beoordelingsmarge voor de tribunalen. Het in acht nemen van de "*amicus brief*", samen met de argumenten van de partijen in het geding kan tijdrovend en kostelijk worden. Ook kan de inhoudelijke beoordeling complexer worden. Echter zijn openbare belangen aan de orde in investeringsgeschillen. Uitsluiting van kennisgeving van die belangen is dan problematisch. Participatie is een even belangrijk element van externe transparantie als een informatierecht (*supra* nr. 48). Bovendien draagt het bij aan de legitimiteit van de beslissingen van tribunalen. Alle partijen, die een belang hebben met betrekking tot het geschil, moeten worden gehoord en hun argumenten moeten in overweging worden genomen door het tribunaal. De uitspraak is hierdoor legitiem en doeltreffend.²¹³ Deze visie moet zeker worden bijgetreden. Participatie door derden zou in veel meer fora moeten worden ingevoerd, ook al heeft het een mogelijk negatief effect op de kosten en duur van de procedure.

3.2. Een gebrek aan consistente en correcte arbitragebeslissingen

3.2.1. Soorten inconsistenties en mogelijke verklaringen

47. OPMERKINGEN VAN HET UNCTAD – Volgens het UNCTAD kan worden vastgesteld dat arbitragebeslissingen herhaaldelijk inconsistent zijn. Die inconsistentie van uitspraken van verschillende tribunalen (al dan niet van dezelfde instelling) heeft betrekking op twee elementen: (1) afwijkende interpretaties van identieke of gelijkaardige verdragsbepalingen en (2) verschillen in de beoordeling van de grond van zaken, die dezelfde feiten betreffen. Het gevolg hiervan is dat rechtsonzekerheid wordt gecreëerd omtrent de betekenis van belangrijke verdragsbepalingen en de toepassing ervan in toekomstige investeerder-staat arbitragezaken.²¹⁴

48. CATEGORIEËN VAN INCONSISTENTE BESLISSINGEN – Arbitragebeslissingen zijn inconsistent wanneer het ene arbitragetribunaal (mogelijk van dezelfde arbitrage-instelling) in de ene zaak een uitspraak wijst, die afwijkt van hetgeen een voorgaand tribunaal reeds heeft besloten in een eerdere, zeer gelijkaardig geschil. Inconsistente beslissingen kunnen volgens FRANCK in 3 categorieën worden ingedeeld: (1) arbitragezaken met betrekking tot gelijkaardige feiten, verwante partijen en gelijkaardige investeringsrechten, (2) arbitragezaken met betrekking tot gelijkaardige feiten, verschillende partijen en gelijkaardige investeringsrechten en (3)

²¹² K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 460-463, 468.

²¹³ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 472-473.

²¹⁴ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 3.

arbitragezaken waarbij er verschillende feiten en verschillende partijen zijn, doch dezelfde investeringsrechten.²¹⁵

49. MOGELIJKE VERKLARINGEN VOOR INCONSISTENTE ARBITRAGEBESLISSINGEN – Men zou de verschillen in consistentie kunnen verklaren aan de hand van verschillen in de bewoordingen van een specifiek IIA, dat wordt toegepast in een welbepaalde arbitragezaak of doordat verschillende IIAs worden toegepast. Het blijkt echter vaker dat de verschillen eerder betrekking hebben op verschillende opvattingen van individuele arbiters. Het gegeven dat de tribunalen *ad hoc* worden samengesteld, vergroot tevens de kans op inconsistentie van beslissingen.²¹⁶ Er kan echter niet geen simpele verklaring gegeven worden voor tegenstrijdige uitspraken, die betrekking hebben op zeer gelijkaardige feiten, waarbij hetzelfde investeringsverdrag wordt ingeroepen. Indien deze gelijkaardige investeringsgeschillen beoordeeld werden door een aantal gemeenschappelijke arbiters, moet de inconsistentie haast worden toegeschreven aan een loutere verandering van mening van die arbiters.²¹⁷ Een dergelijke gang van zaken is zeer arbitrair en moet absoluut vermeden worden.

Inconsistentie creëert rechtsonzekerheid, met een gebrek aan legitimiteit tot gevolg. De partijen in het geschil kunnen niet inschatten hoe arbiters zal oordelen en kunnen hierdoor dus zeer onaangenaam verrast worden. De rechten van de investeerder, zoals bepaald in de IIA, worden mogelijks niet voldoende beschermd. De Gaststaat heeft op haar beurt verantwoordelijkheden tegenover haar burgers. Het is moeilijk te verklaren waarom de staat wel wordt gesanctioneerd in het ene geschil, maar niet in het andere.²¹⁸

Een mogelijke oplossing voor de inconsistentie zou misschien zijn dat er een precedentensysteem zou worden gecreëerd. Het is begrijpelijk dat arbiters individueel verschillende meningen hebben, maar wanneer de betreffende zaken zeer gelijkaardige feiten hebben, zou men toch eventueel de redenering van dat tribunaal kunnen raadplegen. Tot op heden is er geen doctrine van "*binding precedent*". Sommige tribunalen bevestigen echter duidelijk dat zij onafhankelijk oordelen en niet gebonden zijn door precedenten. Een reden voor voorzichtigheid op vlak van verwijzen naar eerdere arbitrage-uitspraken kan zijn dat tribunalen annulleringen van hun uitspraak proberen te vermijden omwille van een gebrek aan motivering.²¹⁹ Toch verwijzen arbiters in hun oordeel op eigen initiatief naar eerdere arbitragezaken.²²⁰ Door gebruik te maken van precedenten worden grove inconsistenties vermeden. Er hoeft echter niet noodzakelijk een "*binding force of precedent*"

²¹⁵ S.D. FRANCK, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham L. Rev.* 2004-2005, 1558.

²¹⁶ D. SCHNEIDERMAN, "Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes", *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 2010, 385; UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 3.

²¹⁷ D. SCHNEIDERMAN, "Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes", *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 2010, 385.

²¹⁸ S.D. FRANCK, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham L. Rev.* 2004-2005, 1558.

²¹⁹ A.R. SUREDA, "Precedent in Investment Treaty Arbitration" in C. BINDER, U. KRIEBAUM, A. REINISCH, S. WITTICH, *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of C. Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 833-834.

²²⁰ G. KAUFMANN-KOHLER, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?", *Arbitration International* 2007, 357, 368.

te worden ingevoerd. Inconsistenties zouden ook al kunnen worden vermeden door "*persuasive precedent*". Ook draagt een precedentensysteem bij tot legitimiteit van beslissingen.

3.2.2. Herzieningsmogelijkheden voor inconsistente en incorrecte uitspraken

50. BEPERKTE HERZIENINGSMOGELIJKHEDEN – Het UNCTAD stelde in haar rapport van 2013 niet enkel inconsistente uitspraken vast, maar ook incorrecte uitspraken.²²¹ Omdat een arbitragebeslissing definitief is, is een herziening enkel onder zeer beperkte omstandigheden mogelijk. Op dit ogenblik zijn er dan ook weinig mogelijkheden om arbitragebeslissingen aan controle te onderwerpen. Er zijn twee principes die heersen in het proces van herziening: (1) het principe van finaliteit, dat de efficiëntie moet dienen en meer bepaald een snelle en economisch voordelige geschillenbeslechting, en (2) het principe van correctheid, dat doel is dat tijd en inspanningen kost, en waarmee mogelijk meerdere controles gepaard gaan. Het principe van finaliteit weegt in investeringsarbitrage zwaarder door dan het principe van correctheid.²²² Er bestaan twee mechanismen ter herziening van uitspraken, namelijk (1) de annuleringsprocedure bij het ICSID, en (2) voor niet-ICSID arbitragezaken, herzieningsprocedures voor de rechtbanken.

51. (1) ANNULERINGSPROCEDURE BIJ HET ICSID – ICSID-uitspraken kunnen enkel onderworpen worden aan een interne annuleringsprocedure. Enkel uitspraken mogen geannuleerd worden. Deze uitspraken moeten bovendien definitief zijn. Het mag bijvoorbeeld niet gaan om een beslissing omtrent provisionele maatregelen.²²³ De annuleringsprocedure van het ICSID kan verzocht worden door één van de partijen op één of meer van de volgende gronden: (a) dat het tribunaal niet op de juiste wijze is samengesteld, (b) dat het tribunaal op manifeste wijze haar bevoegdheid heeft overschreden, (c) dat er sprake was van corruptie van een lid/leden van het tribunaal (d) dat er een ernstige afwijking van een procedureregule was, of (e) dat een uitspraak niet werd gemotiveerd.²²⁴ De procedure moet onderscheiden worden van hoger beroep. Het doel van een annuleringsprocedure is niet om de juridische redenering van het tribunaal te betwisten maar enkel om de integriteit van het arbitrageproces in stand te houden.²²⁵

In eerste instantie werden de vijf gronden ruimer opgevat, opdat ook de grond van de zaak kon worden herzien. Echter werd sinds de ICSID-zaak *Vivendi* het toepassingsgebied weer verengd. De annuleringsprocedure wordt beperkt door de strikte bevoegdheid van het annuleringscomité. Er zijn namelijk slechts vijf procedurele gronden waarop een comité zich mag baseren om de uitspraak te annuleren. Zelfs wanneer het vaststaat dat een bepaalde uitspraak manifest juridische fouten bevat, is het toch mogelijk dat het comité zich onbevoegd acht om de uitspraak te

²²¹ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 3-4.

²²² R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 300.

²²³ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 301.

²²⁴ Art. 52, (1) ICSID-Convention.

²²⁵ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 442.

annuleren of te herzien.²²⁶ Dit was bijvoorbeeld het geval in de ICSID-zaak *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*.²²⁷ In de uitspraak van het annuleringscomité werd vastgesteld dat de uitspraak van het tribunaal gedeeltelijk een lacune bevatte wegens een gebrek aan motivering²²⁸, en dat om die reden dat deel van de beslissing moest worden geannuleerd²²⁹.²³⁰ Het comité wees echter in een ander deel van haar redenering op haar beperkte bevoegdheid, daar haar eigen visie op het recht en haar eigen appreciatie van de feiten niet in de plaats kon worden gesteld van het oordeel van het tribunaal. Er konden fouten en lacunes worden vastgesteld in de beslissing van het tribunaal, doordat een bepaald artikel gebrekkig was toegepast. Desalniettemin had het tribunaal het artikel wel toegepast volgens het comité. Er kon echter niet worden voldaan aan één van de annuleringsgronden van artikel 52, (1) van de ICSID-Conventie. Het gevolg was dat het comité dat deel van de arbitragebeslissing niet kon annuleren of herzien.²³¹ Deze zaak maakt duidelijk dat incorrecte uitspraken niet altijd worden rechtgezet. De annuleringsprocedure vangt op geen enkele wijze inhoudelijke tekortkomingen in de redenering van tribunalen op. De oprichters van de ICSID-Conventie hebben immers willen vermijden dat de motivering van tribunalen werd bestempeld als foutief, slecht of oppervlakkig,...²³² Bovendien werd hierboven al vermeld dat finaliteit in arbitrage belangrijker is dan correctheid. Deze zienswijze kan niet worden bijgetreden. De mogelijkheid om een inhoudelijke juridische vergissing recht te zetten moet ter beschikking van de partijen worden gesteld. De annuleringsgronden zouden tevens moeten worden uitgebreid.

Naast de beperkte annuleringsgronden is er een ander element dat blijvende inconsistenties bewerkstelligt. De samenstelling van ICSID-annuleringscomités gebeurt eveneens op *ad hoc* basis, waardoor ook tussen de beslissingen van deze comités onderling inconsistenties kunnen optreden, met rechtsonzekerheid tot gevolg.²³³ Op de gevolgen van *ad hoc* aanstellingen van arbiters door partijen wordt hieronder (*infra* nr. 66 *et seq.*) uitgebreid teruggekomen.

52. (2) ANDERE HERZIENINGSMOGELIJKHEDEN VAN ICSID-UITSPRAKEN: (A) AANVULLING EN RECTIFICATIE, (B) INTERPRETATIE EN (C) REVISIE – Naast de annuleringsprocedure van definitieve ICSID-uitspraken, zijn er nog een aantal kleine herzieningsmogelijkheden onder de ICSID-Conventie:

(a) Aanvulling en rectificatie: onder art. 49, (2) van de ICSID-Conventie kan het tribunaal op verzoek van de partijen oordelen over een vraag, die niet werd beantwoord in de uitspraak

²²⁶ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 3.

²²⁷ ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, nr. ARB/01/8 (annuleringsprocedure), 25 september 2007, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0187.pdf>.

²²⁸ Zoals bepaald in art. 52, (1), (e) ICSID-Conventie.

²²⁹ Volgens art. 52, (3), laatste zin ICSID-Conventie beschikt het comité over de bevoegdheid om de hele uitspraak of een deel ervan te annuleren op grond van een van de redenen vermeld in paragraaf (1).

²³⁰ ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, nr. ARB/01/8 (annuleringsprocedure), §96-97.

²³¹ ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, nr. ARB/01/8 (annuleringsprocedure), §136, §150.

²³² K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 443.

²³³ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 3-4.

zelf. Er kunnen ook technische fouten in de beslissing worden rechtgezet. Deze remedie heeft geen betrekking op inhoudelijke aangelegenheden.²³⁴

- (b) Interpretatie van de ICSID-uitspraak: ingevolge art. 50 van de ICSID-Conventie kan elke partij, ingeval van een discussie omtrent de betekenis of draagwijdte van de uitspraak, een interpretatie verzoeken. Het oorspronkelijke tribunaal zal hierover oordelen, tenzij dit niet mogelijk is. In dat geval zal een nieuw tribunaal worden samengesteld. Eens de interpretatie werd gedaan, is de uitspraak definitief bindend. Het doel is enkel om de argumenten van het tribunaal te verduidelijken en niet om te oordelen over nieuwe kwesties. Bovendien moet de discussie een praktische relevantie hebben voor de implementering van de uitspraak.²³⁵
- (c) Revisie van de ICSID-uitspraak: art. 51 van de ICSID-Conventie bepaalt dat de partijen een revisie van de uitspraak kunnen verzoeken, indien er nieuwe, doorslaggevende feiten aan het licht zijn gekomen nadat de uitspraak werd gewezen. Het oorspronkelijke tribunaal zal zich over de nieuwe feiten moeten buigen. Het moet evenwel gaan om feiten die de uitkomst van de beslissing hadden kunnen beïnvloeden, en dus tot een andere uitkomst hadden kunnen leiden.²³⁶

Deze herzieningsmogelijkheden hebben niet hetzelfde effect als een annulering van een arbitragebeslissing. Er kunnen hoogstens aanvullingen of verduidelijkingen worden gedaan, alsook het rechtzetten van kleine technische fouten. De uitspraak zelf blijft overeind. Men kan op deze wijze de uitspraak niet rechtstreeks aanvechten. Indien één van de partijen van mening is dat de uitspraak procedurele of inhoudelijke gebreken bevat en deze uitspraak vervolgens wil aanvechten, zullen deze opties niet het gewenste resultaat teweegbrengen.

53. (3) NIET-ICSID UITSPRAKEN: HERZIENING DOOR DE RECHTBANKEN – De annuleringsprocedure is enkel mogelijk onder de ICSID-Conventie. Dit wil zeggen dat beslissingen van andere arbitrage-instellingen niet kunnen worden onderworpen aan een annuleringsprocedure, aangezien de ICSID-Conventie niet van toepassing is, maar wel bijvoorbeeld de "*New York Convention*" of de "*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*"²³⁷. Arbitragebeslissingen onder deze verdragen gewezen kunnen niet worden onderworpen aan een interne annuleringsprocedure. De herziening van niet-ICSID uitspraken moet bij de rechtbanken worden verzocht. Het voordeel is dat partijen meer mogelijkheden hebben om te forumshoppen voor de betwisting van een uitspraak, in tegenstelling tot de interne ICSID-annuleringsprocedure.²³⁸ De aanvechtingsmogelijkheid van inconsistente beslissingen is tweevoudig: (1) een verzoek tot herziening van de uitspraak voor rechtbanken van de plaats van

²³⁴ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 308-309.

²³⁵ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 309.

²³⁶ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 309.

²³⁷ J. CRAWFORD, R. DOAK BISHOP, W. MICHAEL REISMAN, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Den Haag, Kluwer Law International, 2005, 1562-1563.

²³⁸ S.D. FRANCK, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham L. Rev.* 2004-2005, 1549-1550.

arbitrage, of (2) de betwisting van de tenuitvoerlegging van de beslissing op de plaats waar de tenuitvoerlegging werd verzocht.²³⁹

In het eerste geval is het recht van de plaats van arbitrage van toepassing. Er zijn twee types van herziening te onderscheiden: de ene strekking laat een herziening van de grond van de zaak toe, de andere strekking staat enkel een herziening toe van de arbitrageprocedure (gelijk aan de annuleringsgronden uit art. 52, (1) ICSID-Conventie). De trend onder staten is echter niet om de grond van de zaak aan een rechterlijke herziening te onderwerpen maar om enkel een herziening te verzoeken op procedurele gronden. Bovendien is de draagwijdte van deze herzieningsmogelijkheid vrij restrictief afgebakend.²⁴⁰ Meestal gebeurt de afbakening aan de hand van strikte standaarden, die gelijkaardig zijn aan de weigeringsgronden voor erkenning en tenuitvoerlegging onder de "New York Convention".²⁴¹ Een pluspunt voor de partijen is dat zijzelf de plaats van arbitrage kunnen bepalen, die gunstige regelgeving hanteert omtrent annuleringen van uitspraken of waarvan de rechtbanken een brede interpretatie van deze regelgeving toepassen. Deze partijautonomie is mogelijk, omdat IIAs de plaats van arbitrage meestal niet specificeren.²⁴² Het is een voordeel dat de partijen aan forumshopping kunnen doen, aangezien deze herzieningsmogelijkheid toch haar beperkingen heeft. Het is immers niet in alle landen een gegeven dat inconsequente uitspraken (met een gebrekkige juridische redenering) worden rechtgezet. Partijautonomie kan toch de nodige waarborgen bieden.

Het tweede mogelijkheid binnen de procedure van herziening voor de rechtbanken betreft de verhindering van een tenuitvoerlegging van de arbitragebeslissing. Dit is een indirecte manier om inconsistente uitspraken van arbitragetribunalen aan te vechten. Men moet hiervoor niet naar de plaats van arbitrage maar men kan de uitspraak aanvechten in verschillende rechtssystemen, waar partijen de tenuitvoerlegging proberen te verkrijgen (omwille van activa die zich daar bevinden). De strikte gronden voor weigering van tenuitvoerlegging onder bijvoorbeeld art. V, 1 van de "New York Convention" zijn van toepassing. Het betreft enkel procedurele gronden. Een beslissing wordt dus niet ten uitvoer gelegd omwille van inhoudelijke gebreken of inconsistentie met andere arbitragebeslissingen. De rechtbank die hierover moet oordelen, wordt echter niet verhinderd om

²³⁹ S.D. FRANCK, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham L. Rev.* 2004-2005, 1546-1547, 1550.

²⁴⁰ S.D. FRANCK, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham L. Rev.* 2004-2005, 1551-1552.

²⁴¹ Art. V, 1, (a)-(e) New York Convention: (a) Dat de partijen bij de overeenkomst waarin arbitrage werd overeengekomen, onder het toepasselijke recht onbekwaam waren om die overeenkomst aan te gaan, of die overeenkomst niet geldig is krachtens het toepasselijke recht, of indien elke aanwijzing hieromtrent ontbreekt, krachtens het recht van het land waar de uitspraak werd gewezen; (b) Dat aan de partij tegen wie een beroep op de uitspraak wordt gedaan, niet behoorlijk was kennis gegeven van de benoeming van de arbiter of van de arbitrageprocedure, of dat het hem om andere redenen onmogelijk is geweest zijn zaak te verdedigen; (c) Dat de uitspraak betrekking heeft op een geschil dat niet valt onder het compromis of dat niet valt binnen de termen van het compromisbeding, of dat de uitspraak beslissingen bevat die de bepalingen van het compromis of van het compromisbeding te buiten gaan, met dien verstande dat, indien de beslissingen welke betrekking hebben op kwesties die aan arbitrage zijn onderworpen, gescheiden kunnen worden van de beslissingen die betrekking hebben op kwesties die niet aan arbitrage zijn onderworpen, dat gedeelte van de uitspraak hetwelk de eerstgenoemde beslissingen bevat, kan worden erkend en tenuitvoergelegd; (d) Dat de samenstelling van het scheidsgerecht of de arbitrageprocedure niet in overeenstemming was met de overeenkomst van de partijen, of, bij gebreke van een overeenkomst daaromtrent, niet in overeenstemming was met het recht van het land waar de arbitrage heeft plaatsgevonden; of (e) Dat de uitspraak nog niet bindend is geworden voor de partijen of is vernietigd of haar tenuitvoerlegging is geschorst door een bevoegde autoriteit van het land waar of krachtens welk recht die uitspraak werd gewezen.

²⁴² S.D. FRANCK, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham L. Rev.* 2004-2005, 1553-1554.

de weigeringsgronden ruim te interpreteren, en toch op onrechtstreekse wijze de grond van de zaak mee te nemen in de beoordeling. Dit zal echter weinig worden gedaan.²⁴³

54. (3) HERZIENING DOOR DE RECHTBANKEN (VERVOLG) - Doordat een herziening van arbitrage-uitspraken voor de rechtbanken mogelijk is, kunnen staten met beperkte middelen, die geconfronteerd worden met de betaling van een grote schadevergoeding wegens de overtreding van een IIA, het geschil terug naar een nationaal niveau brengen. Een voorbeeld hiervan is de "ICSID Additional Facility"-zaak *Metalclad corp v. United Mexican States*.²⁴⁴ In deze zaak duidde het tribunaal Vancouver (British Columbia, Canada) aan als plaats van arbitrage (waar de arbitragebeslissing zou worden gewezen).²⁴⁵ Bijgevolg hadden de rechtbanken van British Columbia bevoegdheid om zich uit te spreken over de door Mexico verzochte annulering van de arbitrage-uitspraak onder "Chapter 11" NAFTA.²⁴⁶ Een ander gevolg was dat de herzieningsprocedure voor de Canadese rechter bepaald werd door de toepassing van Canadees arbitragerecht.^{247,248} De rechtbank moest oordelen welke Canadese arbitragewet precies van toepassing was op deze zaak: de "International Commercial Arbitration Act" ("ICAA")²⁴⁹ of de "Commercial Arbitration Act" ("CAA"). De keuze tussen beide wetten hing af van de betekenis van het woord "commercial". De CAA laat een rechterlijke beoordeling van de grond van de arbitragezaak toe, in tegenstelling tot de ICAA, die meer restrictief moet worden geïnterpreteerd. De rechtbank was van mening dat de uitspraak commercieel was zoals bedoeld in de ICAA, aangezien dit begrip ruim moet worden opgevat en de investering onder dit begrip viel.²⁵⁰ De ICAA werd dus toegepast door de rechter. Bijgevolg kon de rechtbank niet onderzoeken onder de ruimere wet of er inhoudelijke juridische gebreken in de arbitrage-uitspraak waren.²⁵¹ Indien de Canadese rechter had geoordeeld dat de uitspraak niet commercieel van aard was, was een beoordeling van de juridische argumenten van het arbitragetribunaal mogelijk geweest onder de CAA. De uitkomst van de herzieningsprocedure

²⁴³ S.D. FRANCK, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham L. Rev.* 2004-2005, 1554-1555.

²⁴⁴ ICSID Additional Facility, *Metalclad corp v. United Mexican States*, nr. ARB(AF)/97/1, 30 augustus 2000, 16 *ICSID Rev.- FILJ* 2001, 168-202.

²⁴⁵ ICSID Additional Facility, *Metalclad corp v. United Mexican States*, nr. ARB(AF)/97/1, 30 augustus 2000, 16 *ICSID Rev.- FILJ* 2001, §11, 174.

²⁴⁶ Supreme Court British Columbia 2 mei 2001, *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0512.pdf>, §1.

²⁴⁷ De plaats van arbitrage was *in casu* Vancouver, British Columbia, Canada. Het arbitragerecht, dat in de herzieningsprocedure wordt toegepast, wordt vermoed het recht van de plaats van arbitrage te zijn. Het betreft een sterk vermoeden, tenzij de partijen duidelijk en uitdrukkelijk anders hebben bepaald. Het arbitragerecht moet tevens onderscheiden worden van het eigenlijke materiële contractenrecht, dat het onderwerp van het geschil is. Het is mogelijk, maar niet vereist, dat het hetzelfde recht betreft.

²⁴⁸ L. BIUKOVIC, "A View from the Centre, NAFTA Arbitration Awards in British Columbia Courts, the *Metalclad* Case", *Advocate Vancouver* 2002, 260; J. CRAWFORD, R. DOAK BISHOP, W. MICHAEL REISMAN, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Den Haag, Kluwer Law International, 2005, 625-626.

²⁴⁹ De ICAA is gebaseerd op de "UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration" en werd grotendeels geïmplementeerd in alle Canadese jurisdicties. Zie Supreme Court British Columbia 2 mei 2001, *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0512.pdf>, §42; S.D. FRANCK, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham L. Rev.* 2004-2005, 1557.

²⁵⁰ Supreme Court British Columbia 2 mei 2001, *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0512.pdf>, §44.

²⁵¹ Supreme Court British Columbia 2 mei 2001, *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0512.pdf>, §39-49; S.D. FRANCK, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham L. Rev.* 2004-2005, 1556-1557.

was dan mogelijk anders geweest.²⁵² Deze rechtszaak toont aan dat de nationale rechter in geschillen die men in eerste instantie wilde onttrekken aan het nationale niveau, toch onrechtstreeks de uitkomst van het geschil kan beïnvloeden, ondanks de strikt afgebakende herzieningsgronden. Over het algemeen zal de rechter zich echter onthouden van een inhoudelijke herziening van de arbitragezaak en zal hij/zij niet raken aan de autonomie beslissing van het tribunaal.²⁵³

Het gegeven dat meer en meer rechtbanken een herzieningsprocedure of verhindering van tenuitvoerlegging van arbitragebeslissingen mogelijk maken, draagt bij tot een verwarring van de betekenis van internationale investeringsrechten.²⁵⁴ Elke rechter geeft immers zijn eigen interpretatie aan deze investeringsrechten, niet alleen doordat elke rechter zijn eigen beleid heeft maar eveneens door een gebrek aan uniformiteit in de beoordeling van de rechtbanken. Investeerders gaan dan forumshoppen om een voordelig resultaat te bekomen dat zoveel mogelijk aan al hun belangen tegemoet komt (*id est* het succesvol bekomen van een herziening van de arbitragebeslissing of de verhindering van tenuitvoerlegging ervan). Hierdoor wordt inefficiëntie in de hand gewerkt. Door het gebrek aan een centraliserende autoriteit zijn rechtbanken immers niet in staat om uniforme interpretaties toe te passen. Indien rechtbanken ervoor opteren om incoherente en onduidelijke arbitrage-uitspraken te promoten, wordt de legitimiteit van het arbitragesysteem nog verder ondermijnd.²⁵⁵

Er is rechtsleer die op vlak van tenuitvoerlegging van arbitrage-uitspraken, gewezen onder de "*New York Convention*", ervoor pleit om de tenuitvoerlegging te weigeren indien er inhoudelijke juridische fouten in de arbitragebeslissing zijn.²⁵⁶ Deze mogelijk zou betrekking moeten hebben op volstreekte geringschatting van juridische normen. De kans dat een dergelijke uitspraak wordt gewezen is echter uitzonderlijk.²⁵⁷ Een dergelijke herzieningsgrond zou de legitimiteit ten goede komen. Een goede afbakening is echter nodig, opdat de rechter niet willekeurig tenuitvoerleggingen zou weigeren. Het moet wel gezegd dat arbiters meer toerekenbaar moeten zijn voor eventuele fouten. Dit is op heden niet het geval. Rechters zullen zelden raken aan het oordeel van een arbitrage-tribunaal, hetgeen de arbiter een grote machtspositie toekent.

²⁵² S.D. FRANCK, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham L. Rev.* 2004-2005, 1556-1557.

²⁵³ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 156.

²⁵⁴ S.D. FRANCK, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham L. Rev.* 2004-2005, 1555-1557.

²⁵⁵ S.D. FRANCK, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham L. Rev.* 2004-2005, 1557.

²⁵⁶ J.-P. BERAUDO, "Egregious Error of Law as Grounds for Setting Aside an Arbitral Award", *Journal of Internat. Arbitration* 2006, 351-352; E. TI SENG WEI, "Why egregious errors of law may yet justify a refusal of enforcement under the New York Convention", *Sing. J. Legal Stud.* Nr. 2 (2009), 592.

²⁵⁷ E. TI SENG WEI, "Why egregious errors of law may yet justify a refusal of enforcement under the New York Convention", *Sing. J. Legal Stud.* Nr. 2 (2009), 596.

3.2.3. Arbitragezaken tegen Argentinië

55. ICSID-ARBITRAGEZAKEN TEGEN ARGENTINIË – Het probleem van inconsistentie van arbitragebeslissingen kan worden geïllustreerd aan de hand van vier ICSID-arbitragezaken tegen de staat Argentinië. Het betreft de volgende zaken: *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*²⁵⁸, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*²⁵⁹, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v. Argentine Republic*²⁶⁰ en *Sempra Energy International v. Argentine Republic*²⁶¹. Deze zaken moeten gekaderd worden in de periode van economische crisis in Argentinië en betreffen de poging tot recuperatie door buitenlandse investeerders van verliezen geleden door de financiële crisis in 2001. Het betreft nagenoeg identieke feiten, doch verschillende partijen, die zich beroepen op exact dezelfde BIT. Opvallend is dat twee van de drie arbiters, die in al deze zaken deel uitmaakten van het tribunaal, in één arbitragezaak plots een andere opinie hadden dan in de andere twee zaken. Dit was een frappante vaststelling, aangezien de Secretaris-Generaal van het ICSID dezelfde arbiters wilde behouden in al deze zaken om tegenstrijdige uitkomsten te vermijden.²⁶² Deze situatie (*i.e.* zaken met dezelfde feiten, verschillende partijen, hetzelfde investeringsverdrag, waarbij dezelfde arbiters van hun eerdere mening afwijken) werd niet door FRANCK in overweging genomen²⁶³ maar kan misschien worden gezien als een vierde categorie van inconsistentie.

56. FEITELIJKE ACHTERGROND - De feiten van de vier ICSID-zaken zijn de volgende. Eind jaren '80 voerde Argentinië, als gevolg van de economische crisis, een reeks economische hervormingen door, waaronder de privatisering van industrie en nutsvoorzieningen, alsook buitenlandse investeringen. Ook werd een vaste wisselkoers geïmplementeerd en werd de Argentijnse peso (nominaal) gekoppeld aan de U.S. Dollar. Buitenlandse, *in casu* Amerikaanse, investeerders kregen de mogelijkheid om aandelen te kopen in overheidsbedrijven (voornamelijk gasbedrijven). Er werd een licentie verleend aan deze gasbedrijven voor een periode van 35 jaar. De investeerders kregen onder andere de garantie dat tarieven werden berekend in dollar, hetgeen voordeliger was voor hen. De tarieven werden vervolgens op het moment van facturering geconverteerd naar peso en periodiek aangepast aan de "U.S. Producer Price Index" ("U.S. PPI"). De winst die was beloofd aan de licentiehouders werd opgehouden door de financiële crisis eind jaren '90, en door protectionistische overheidsmaatregelen. Argentinië argumenteerde dat de beloofde garanties in het toenmalige financiële klimaat niet meer houdbaar waren voor de overheid

²⁵⁸ ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, nr. ARB/01/8, 12 mei 2005, *ILM* 2005, 1205-1263 (hierna "CMS").

²⁵⁹ ICSID, *LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, nr. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 oktober 2006, *ICSID Rev.-FILJ* 2006, 203-268. (hierna "LG&E").

²⁶⁰ ICSID, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v. Argentine Republic*, nr. ARB/01/3, 22 mei 2007, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC830_En&caseId=C3. (hierna "Enron").

²⁶¹ ICSID, *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, nr. ABR/02/16, 28 september 2007, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC694_En&caseId=C8. (hierna "Sempra").

²⁶² D. SCHNEIDERMAN, "Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes", *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 2010, 383-384.

²⁶³ D. SCHNEIDERMAN, "Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes", *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 2010, 385.

en de burgers. Argentinië beloofde een recuperatie van de verloren winst. Echter werden bij de rechtbanken "injunctions" van de relevante wetgeving verzocht door de Argentijnse Ombudsman om de garanties aan de investeerders stop te zetten. Het is in deze omstandigheden dat de arbitragezaken werden geïnitieerd door de investeerders.²⁶⁴

57. DE VORDERINGEN IN DE GEDINGEN – Alle vier Amerikaanse ondernemingen stelden vorderingen in tegen Argentinië. Zij waren immers van mening dat de Argentijnse overheid bindende garanties had gegeven aan de investeerders. De maatregelen die de Argentijnse overheid had genomen in het kader van de financiële crisis, schonden de verplichtingen van de overheid tegenover de investeerders, zo argumenteerden de investeerders. Twee van de schendingen van het BIT tussen de VS en Argentinië waarop zij zich beriepen, betroffen indirecte onteigening en een oneerlijke en onbillijke behandeling. De verweerder, Argentinië ontkende enige schending van het BIT maar beriep zich vervolgens op de toestand van noodzaak, indien er toch een schending zou worden vastgesteld.²⁶⁵

(a) Indirecte onteigening^{266, 267}

CMS was van oordeel dat het een verworven recht had op het afgesproken tariefregime onder het Gasdecreet. Bovendien werd geponereerd dat Argentinië de rechten van de investeerder onder het BIT had geschonden, en dat er sprake was van een onrechtmatige indirecte onteigening van de verworven rechten, zonder enige vorm van compensatie.²⁶⁸ Het tribunaal was van oordeel dat de staat haar wettelijke verplichtingen onder het Argentijnse recht tegenover de investeerder niet had nagekomen.²⁶⁹ Het tribunaal stelde de garanties tegenover de investeerders gelijk aan een eigendomsrecht maar vond niet dat er sprake was van indirecte onteigening, aangezien de investeerders geen bewijs konden aanvoeren van een substantiële ontneming van (economische voordelen verbonden aan) eigendom. De investeerder was immers in controle van de investering, regelde de dagdagelijkse operatie van de onderneming (en niet de overheid) en had volle

²⁶⁴ CMS, §53-67; LG&E, §33-71; Enron, §41-79, Sempra, §82-92, 102; J.E. ALVAREZ en K. KHAMSI, "The Argentine Crisis and Foreign Investors, a Glimpse into the Heart of the Investment Regime" in K.P. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, New York, Oxford University Press, 2009, 388-390.

²⁶⁵ J.E. ALVAREZ en K. KHAMSI, « The Argentine Crisis and Foreign Investors, a Glimpse into the Heart of the Investment Regime » in K.P. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, New York, Oxford University Press, 2009, 390-391.

²⁶⁶ Onteigening betreft het ontnemen van activa van buitenlandse ondernemingen of investeerders door de Gaststaat zonder de toestemming van die onderneming of investeerder. Het gedwongen ontnemen van eigendom heeft een compensatie tot gevolg. Indien geen compensatie wordt gegeven of de onteigening niet gebeurt in overeenstemming met internationaalrechtelijke regels en het BIT, is er sprake van een onrechtmatige onteigening. Dit argument werd door de investeerders ingeroepen. Indirecte onteigening betreft overheidshandelingen die de belangen van buitenlandse ondernemingen en investeerders ondermijnen en een negatieve impact hebben op de normale operatie van de onderneming of investeerder, vb. niet-betaling, geen toegang tot de rechter, niet-conforme behandeling, discriminerende belastingen,...

²⁶⁷ S.P. SUBEDI, *International Investment Law, Reconciling Policy and Principle*, Portland, Hart Publishing, 2008, 120-121; CMS, §261: "Indirect expropriation or nationalization is a measure that does not involve an overt taking, but that effectively neutralized the enjoyment of the property."

²⁶⁸ CMS, §68-73, 87-88.

²⁶⁹ CMS, §228-239.

eigendom van de investering.²⁷⁰ Hetzelfde werd geoordeeld in de zaken *LG&E*, *Enron* en *Sempra*.²⁷¹ Op dit punt was er dus geen sprake van inconsistente beslissingen.

(b) Eerlijke en billijke behandeling^{272,273}

In alle zaken vond de tribunalen unaniem dat er geen sprake was van een eerlijke en billijke behandeling tegenover de investeerder. De tribunalen waren van mening dat een stabiel juridische en ondernemingsklimaat een essentieel element is van een eerlijke en billijke behandeling van de investeerder en dat de maatregelen genomen door de Argentijnse overheid, dit juridisch en ondernemingsklimaat waarin de investering was gedaan, geheel wijzigden. Bovendien is een eerlijke en billijke behandeling onafscheidelijk van stabiliteit en voorspelbaarheid. De tribunalen concludeerden vervolgens dat er een objectieve schending was van de betreffende artikelen van het BIT.²⁷⁴ Op dit punt is er eveneens geen sprake van inconsistente beslissingen. Wat betreft de toestand van noodzaak, is er echter wel inconsistentie in de beslissingen van de tribunalen.

(c) Toestand van noodzaak

Wat dit verweer van Argentinië betraf, waren de tribunalen het op bepaalde punten oneens. Zo beschouwden de tribunalen in *CMS*, *Enron* en *Sempra* artikel XI van het BIT als gelijkend op het internationaal gewoonterechtelijk verweer van de noodzaak. Het *LG&E*-tribunaal beschouwde de noodzaak in deze context als een specifiek verweer, los van de gewoonterechtelijke noodzaak. Ook de toepassing van de gewoonterechtelijke regel door de tribunalen verschilde. Het *LG&E*-tribunaal oordeelde meer in het voordeel van Argentinië dan de andere drie tribunalen, en aanvaardde als enige het argument van de noodzaak, zowel onder het BIT als onder internationaal gewoonterecht.²⁷⁵

De noodzaak kan uitzonderlijk worden ingeroepen door een staat, indien dit het enige middel voor de staat is om een essentieel belang te beschermen tegen een ernstig en dreigend gevaar. De staat kan zich op deze uitzonderingsgrond dus niet beroepen, indien andere middelen ter beschikking zijn om de financiële belangen van de staat en burgers te beschermen. Het *CMS*-tribunaal werkte deze alternatieven niet uit. Er werd echter verondersteld dat er andere

²⁷⁰ *CMS*, §262-264; D. SCHNEIDERMAN, "Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes", *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 2010, 388.

²⁷¹ *LG&E*, § 198-200; *Enron*, §245-246; *Sempra*, §283-284.

²⁷² Art. II, 2, a) Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment van 20 oktober 1994, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/127>. Een dergelijke clause heeft tot doel om een bepaald niveau van minimumbescherming van de investeerder zoals bedoeld in dergelijke verdragen te handhaven. Deze clause dekt mogelijke lacunes, die door andere bepalingen niet worden opgevuld. De vergelijking kan worden gemaakt met het beginsel van de goede trouw. In de praktijk kan deze clause soelaas bieden, indien het argument van onteigening faalt.

²⁷³ R. DOLZER en C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, 132; M. JACOB en S.W. SCHILL, "Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE en A. REINISCH (eds.), *International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, 702-704, nrs. 1-4.

²⁷⁴ *CMS*, § 275-276, 281; *LG&E* §124, 132-139; *Enron*, §260, 268, *Sempra*, §303-304; J.E. ALVAREZ en K. KHAMSI, "The Argentine Crisis and Foreign Investors, a Glimpse into the Heart of the Investment Regime" in K.P. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, New York, Oxford University Press, 2009, 393.

²⁷⁵ T. GAZZINI, "Necessity in International Investment Law: Some Critical Remarks on *CMS v. Argentina*", *J. Energy Nat. Resources L.* 2008, 453; J.E. ALVAREZ en K. KHAMSI, "The Argentine Crisis and Foreign Investors, a Glimpse into the Heart of the Investment Regime" in K.P. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, New York, Oxford University Press, 2009, 396.

mogelijkheden waren. Bovendien was het tribunaal van oordeel dat Argentinië zelf een significante bijdrage had geleverd aan de economische crisis. Er was tevens volgens het tribunaal geen sprake van een gehele economische en sociale terugval, maar enkel van een ernstige crisis. Zodra de crisis was verminderd, moest de verplichting om te betalen opnieuw worden hervat. Er werd geen enkele appreciatiemarge aan de staat toegelaten door het tribunaal. Deze uitspraak is zeer strikt. Het juridische systeem van een staat mag niet worden bevroren, enkel en alleen ten voordele van de investeerder, die eerlijk en billijk moet worden behandeld.²⁷⁶

Het tribunaal in de *LG&E*-zaak aanvaardde wel het argument van de noodzaak en was van oordeel dat het nemen van de maatregelen een legitieme manier was om het eigen socio-economische systeem te beschermen. Bovendien stelde het tribunaal vast dat Argentinië niet had bijgedragen tot de economische crisis en dat de getroffen maatregelen het enige middel was als antwoord op de crisis.²⁷⁷ Argentinië moest geen schadevergoeding betalen voor de periode van 2001 (de aanvang van de crisis) tot 2003 (ingang van een nieuwe legislatuur).²⁷⁸

In de *Enron*-zaak werd het verweer van noodzaak echter weer unaniem verworpen omdat niet kon worden voldaan aan de strikte voorwaarden. Het tribunaal was wederom van oordeel, zoals in de *CMS*-zaak, dat de gehandhaafde overheidsmaatregelen niet het enige middel waren om de essentiële belangen te vrijwaren. Ook werd bevonden dat Argentinië had bijgedragen aan de toestand van noodzaak. De overheid werd veroordeeld tot een schadevergoeding, waarvan de begroting toch werd gedaan, rekening houdend met de crisis.²⁷⁹

In de *Sempra*-zaak werd de noodzaak niet succesvol ingeroepen maar hield het tribunaal wel rekening met de Argentijnse crisis in de begroting van de schadevergoeding.²⁸⁰

Eveneens was er een verschil op het vlak van de gevolgen van het succesvol inroepen van de noodzaak. Zo oordeelden de tribunaal in *CMS*, *Enron* en *Sempra* dat, ook al werd noodzaak succesvol ingeroepen, en de onrechtmatigheid van de overheidshandeling werd uitgesloten, er toch een compensatie verschuldigd was door de overheid.²⁸¹ Dit laatste element was echter *obiter dicta*, aangezien het verweer van noodzaak niet werd aanvaard.²⁸²

58. GEMEENSCHAPPELIJKE ARBITERS – Het is opvallend dat bepaalde arbiters in verschillende tribunaal zetelden en dus in de ene zaak anders oordeelden dan in de andere zaak. Dit was het geval voor het argument van de noodzaak, dat door Argentinië werd ingeroepen (*supra* 46-47, nr.

²⁷⁶ *CMS* §316-317; T. GAZZINI, "Necessity in International Investment Law: Some Critical Remarks on CMS v. Argentina", *J. Energy Nat. Resources L.* 2008, 453; D. SCHNEIDERMAN, "Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes", *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 2010, 388-390.

²⁷⁷ *LG&E* § 239, 257, 266; D. SCHNEIDERMAN, "Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes", *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 2010, 390-391.

²⁷⁸ *LG&E* §229-230; D. SCHNEIDERMAN, "Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes", *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 2010, 391.

²⁷⁹ *Enron* §304, 313, 339; J.E. ALVAREZ en K. KHAMSI, "The Argentine Crisis and Foreign Investors, a Glimpse into the Heart of the Investment Regime" in K.P. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, New York, Oxford University Press, 2009, 401.

²⁸⁰ *Sempra*, §346.

²⁸¹ *CMS*, § 388; *Enron*, §345, *Sempra*, §394.

²⁸² J.E. ALVAREZ en K. KHAMSI, "The Argentine Crisis and Foreign Investors, a Glimpse into the Heart of the Investment Regime" in K.P. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, New York, Oxford University Press, 2009, 401; T. GAZZINI, "Necessity in International Investment Law: Some Critical Remarks on CMS v. Argentina", *J. Energy Nat. Resources L.* 2008, 467.

57).²⁸³ Zo hadden de *CMS*, *Enron* en *Sempra*-zaken dezelfde voorzitter. De *CMS* en *Sempra*-zaken hadden tevens een arbiter gemeenschappelijk, alsook de *CMS* en *LG&E*-zaken. De overgebleven arbiter van het *Enron*-tribunaal was tevens arbiter in het *LG&E*-tribunaal.²⁸⁴ Overigens waren pogingen van Argentinië, in een latere herzieningsprocedure, om de aanstelling van een bepaalde arbiter aan te vechten, die eveneens in twee ICSID-tribunalen had gezeteld, tevergeefs.²⁸⁵ Het is opmerkelijk dat de tribunalen, die een overlapping hadden in arbiters, toch tot een andere conclusie kwamen op bepaalde punten. Alle zaken betroffen immers gelijkaardige feiten, hetzelfde BIT en gelijkaardige rechtsvragen. Het is mogelijk dat bepaalde aangelegenheden, zoals de noodzaak, zorgen voor verschillende conclusies in verschillende tribunalen. Echter, wanneer deze tribunalen gemeenschappelijke arbiters hebben, is een verschillende uitkomst verrassend. Het lijkt dan alsof de inconsistentie aan niets anders dan een loutere verandering van mening kan worden toegeschreven. Dit werkt willekeur in de hand en moet omwille van de rechtszekerheid worden vermeden.

3.3. Gebrek aan onpartijdigheid en onafhankelijkheid van arbiters

3.3.1. Het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid

59. DE VISIE VAN HET UNCTAD – Het UNCTAD stelt vragen bij de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van arbiters. Het aantal aanvechtingen van aanstellingen van arbiters groeit immers.²⁸⁶ Deze stijging kan erop duiden dat aanvechtende partijen hun twijfels hebben over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters. Er is vooral bezorgdheid omtrent de praktijk om arbiters aan te stellen, die de zaak van de aanstellende partij gunstig gezind zijn. Arbiters hebben er belang bij om te worden herkozen in toekomstige zaken, hetgeen de bezorgdheid van het UNCTAD vergroot. Bovendien verklaart het UNCTAD dat deze personen vaak van hoed veranderen. Zo bekleden zij in de ene zaak de functie van arbiter en in de andere zaak dan weer de functie van raadsman of expert. Dit gegeven draagt bij tot de bezorgdheid van het UNCTAD.²⁸⁷

60. CRITERIA WAARAAN ARBITERS MOETEN VOLDOEN - Arbiters zijn van cruciaal belang zowel voor het systeem van investeerder-staat arbitrage in het algemeen als voor de partijen in de arbitragezaak. Arbiters zijn de bepalende factoren voor de kwaliteit van de gewezen uitspraken, des te meer omdat de herzieningsmogelijkheden van een uitspraak vrij beperkt zijn (*supra* nr. 50 *et seq.*). De meeste tribunalen in investeerder-staat geschillenbeslechting bestaan uit drie arbiters.

²⁸³ D. SCHNEIDERMAN, "Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes", *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 2010, 392.

²⁸⁴ J.E. ALVAREZ en K. KHAMSI, "The Argentine Crisis and Foreign Investors, a Glimpse into the Heart of the Investment Regime" in K.P. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, New York, Oxford University Press, 2009, 380 (voetnoot 7).

²⁸⁵ D. SCHNEIDERMAN, "Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes", *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 2010, 393.

²⁸⁶ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 4.

²⁸⁷ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 4.

Deze tribunalen kunnen worden samengesteld door de arbitrage-instelling zelf of door de partijen, die elke een arbiter kunnen voordragen, tenzij anders wordt geregeld. Er zijn weinig restricties rond de aanstelling van arbiters. De criteria waaraan deze arbiters moeten voldoen, worden in algemene bewoordingen geformuleerd. Zo bepaalt de ICSID-Conventie dat leden van het Panel van Arbiters moeten beschikken over een zeer moreel karakter en het vermogen moeten hebben om onafhankelijk te oordelen. Ook moeten zij ervaring hebben in gebieden zoals recht, handel, industrie of financiële zaken. Arbiters moeten zeker over juridische kennis beschikken (*supra* nr. 21). Andere regels, zoals bijvoorbeeld de UNCITRAL-regels en de ICC-regels, bevatten bovendien de vereiste van onpartijdigheid van de arbiters.²⁸⁸ Deze vereisten zijn niet echt precies omschreven. Immers, wanneer heeft iemand het vermogen om onafhankelijk te oordelen? Dit wordt niet gespecificeerd in de institutionele regels.

Voor het opteren van een specifieke arbiter door de partijen is vaak een belangrijke factor hoe welwillend deze persoon is tegenover de aanstellende partij. Ook verkiezen de partijen een arbiter met een goede reputatie en overtuigingskracht, die in het voordeel van hun zaak kan pleiten. Deze gunstige houding tegenover de aanstellende partij moet worden onderscheiden van daadwerkelijke vooringenomenheid. In de praktijk gaat de voorkeur van de aanstellende partij uit naar een gunstige houding tegenover de aanstellende partij zonder een echte vooringenomenheid.²⁸⁹ Dit is niet de kern van het probleem. Het probleem is onder andere dat de arbiter, die door een partij werd verkozen, zich verplicht kan voelen om te oordelen in het voordeel van deze aanstellende partij.²⁹⁰

61. ALGEMEEN BEGINSSEL VAN ONAFHANKELIJKHEID EN ONPARTIJDIGHEID – In de "*International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*" (hierna "*IBA Guidelines*")²⁹¹ worden de onafhankelijkheid en onpartijdigheid als een algemene beginselen beschreven. Deze fundamentele beginselen houden in dat arbiters ten tijde van de aanvaarding van zijn/haar aanstelling onafhankelijk en onpartijdig behoren te zijn en behoren te blijven gedurende het hele arbitrageproces, ook gedurende een mogelijke herzieningsprocedure, tot de definitieve uitspraak werd gewezen.²⁹² Noch de "*IBA Guidelines*", noch institutionele regels bevatten een definitie van dit beginsel. De essentie is echter dat de beginselen tot doel hebben te verzekeren dat de arbiter niet reeds een mening heeft gevormd over de zaak voor de partijen hun

²⁸⁸ Art. 11 UNCITRAL Arbitration Rules; art. 11, 1 ICC Rules of Arbitration.

²⁸⁹ D. GAUKRODGER en K. GORDON, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community" (OECD Working Papers on International Investment), OECD Publishing, 2012, <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5k46b1r85j6f.pdf?expires=1463335128&id=id&accname=guest&checksum=5C8EC9632D21B89C57526D9966F5A556>, 39, 45.

²⁹⁰ R.D. TAICHERT, "Why not provide for neutral party-appointed arbitrators?", *Dispute Resolution Journal* 2002-2003, 22.

²⁹¹ International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration van 23 oktober 2014. De IBA Guidelines zijn een gedragscode (soft law). Deze regels werden ontwikkeld, omdat bestaande rechtsregels (voor ICSID-arbitrage de toepasselijke institutionele arbitrageregels en de ICSID-Conventie en voor niet ICSID-arbitrage de toepasselijke institutionele arbitrageregels en het recht van de plaats van arbitrage) in beperkte mate de positie van arbiters regelen. De IBA Guidelines werden specifiek voor commerciële geschillen ontworpen maar worden regelmatig toegepast in investeerder-staat geschillen. Zie D. GAUKRODGER en K. GORDON, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community" (OECD Working Papers on International Investment), OECD Publishing, 2012, 49.

²⁹² General Standard 1 IBA Guidelines; K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 475-476.

argumenten hebben uiteengezet.²⁹³ In de ICSID-zaak *ConocoPhillips Company et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*²⁹⁴ werd de aanstelling van een bepaalde arbiter aangevochten. De arbiter in kwestie was vennoot van een advocatenkantoor, Norton Rose, dat werd gefuseerd met een ander advocatenkantoor, Macleod Dixon. Een Venezolaanse vestiging van Macleod Dixon bleek juridische diensten te verlenen aan ConocoPhillips (partij in het geding) en deze partij te vertegenwoordigen tegen de Venezolaanse staat. De arbiter gaf vooraf aan dat deze feiten geen invloed zouden hebben op zijn vermogen om onafhankelijk te oordelen.²⁹⁵ Bovenstaande informatie werd aan de co-arbiters en de partijen overgemaakt.²⁹⁶ Vervolgens verzocht de Venezolaanse staat om de diskwalificatie van deze arbiter.²⁹⁷ De overige leden van het arbitrage-tribunaal wezen in de beoordeling van het verzoek tot diskwalificatie op het verschil in de Franstalige en Spaanse vertalingen van art. 14, (1) van de ICSID-Conventie. Waar de Franstalige tekst het woord "onafhankelijkheid" gebruikt, staat in de Spaanse tekst het woord "onpartijdigheid". Daarom besloot het tribunaal om beide begrippen toe te passen in de beoordeling. Vaak worden beide begrippen verwisseld. Toch moet er een onderscheid worden gemaakt. Onafhankelijkheid heeft volgens het tribunaal betrekking op de objectieve relatie van de arbiter met de zaak of de partijen, namelijk het afwezig zijn van een relatie met een van de partijen die de arbiter mogelijk kan beïnvloeden. Onpartijdigheid betreft de subjectieve relatie van de arbiter met de zaak of de partijen en meer bepaald het niet begunstigen van een van de partijen.²⁹⁸

62. BETWISTINGSPROCEDURE VAN ARBITERS – Indien er gegronde twijfel is met betrekking tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid is een betwisting van de arbiter mogelijk.²⁹⁹ De diskwalificatie van arbiters onder het ICSID wordt volgens artikel 58 van de ICSID-Conventie beoordeeld door de andere leden van het tribunaal of het comité. Dit is natuurlijk enkel het geval indien het tribunaal bestaat uit drie arbiters. Het gevolg kan zijn dat bovenstaande regels restrictief worden geïnterpreteerd in de beoordeling, als een soort van zelfbescherming.³⁰⁰ Wanneer de betwisting wordt goedgekeurd, wordt de betreffende arbiter vervangen door de arbitrage-instelling

²⁹³ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 476.

²⁹⁴ ICSID, *ConocoPhillips Company et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, nr. ARB/07/30 (decision on the proposal to disqualify L. Yves Fortier, Q.C., arbitrator), 27 februari 2012, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2451_En&caseId=C259.

²⁹⁵ Arbiters zijn onder art. 6, (2) van de ICSID Arbitration Rules verplicht om een verklaring af te leggen dat zij eerlijk zullen oordelen en om voor de aanvang van de arbitrageprocedure een bekendmaking te doen van feiten of omstandigheden die hun onafhankelijkheid of onpartijdigheid in het gedrang kunnen brengen. Zie F. CRISTANI, "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Investment Arbitration: An Overview", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2014, 156-157.

²⁹⁶ ICSID, *ConocoPhillips Company et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, nr. ARB/07/30 (decision on the proposal to disqualify L. Yves Fortier, Q.C., arbitrator), 27 februari 2012, §1-5.

²⁹⁷ ICSID, *ConocoPhillips Company et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, nr. ARB/07/30 (decision on the proposal to disqualify L. Yves Fortier, Q.C., arbitrator), 27 februari 2012, §6.

²⁹⁸ ICSID, *ConocoPhillips Company et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, nr. ARB/07/30 (decision on the proposal to disqualify L. Yves Fortier, Q.C., arbitrator), 27 februari 2012, §54; F. CRISTANI, "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Investment Arbitration: An Overview", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2014, 155; K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 475-477.

²⁹⁹ Art. 57 ICSID-Conventie; art. 12 UNCITRAL Arbitration Rules; art. 14 ICC Rules of Arbitration; art. 10 LCIA Arbitration Rules; art. 15 SCC Arbitration Rules.

³⁰⁰ F. CRISTANI, "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Investment Arbitration: An Overview", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2014, 159.

en kunnen de partijen een nieuwe arbiter aanstellen indien zij dit wensen. Het arbitragetribunaal beslist of en in welke mate de arbitrageprocedure moet worden herhaald. Dit heeft mogelijk een negatief effect op de kosten en de duur van de procedure.³⁰¹ Het is opmerkelijk dat de beoordeling van diskwalificatie van de arbiter moet worden gedaan door mede-arbiters. Deze beoordeling zou moeten toekomen aan de arbitrage-instelling zelf.

63. BEWIJS VAN ONAFHANKELIJKHEID EN ONPARTIJDIGHEID – In de ICSID-zaak *Suez et al. v. The Argentine Republic*³⁰² beschreef het tribunaal de onafhankelijkheid en onpartijdigheid als een "state of mind". Verder werd gezegd dat "neither the Respondent, the two members of this tribunal, or any another body is capable of probing the inner workings of any arbitrator's mind to determine with perfect accuracy whether that person is independent or impartial" (cursivering toegevoegd).³⁰³ Het aanvoeren van concreet bewijs van een bepaalde mentaliteit is dus onmogelijk. De enige manier waarop een aanvechting van een arbiter dan ook succesvol is, is door bewijs te verschaffen van handelingen van de arbiter zelf of van anderen, die in verbinding staan met de arbiter en van de feiten die een onafhankelijkheid en onpartijdigheid aantonen.³⁰⁴ Gebrek aan bewijs van daadwerkelijke vooringenomenheid is niet de algemene maatstaf om te bepalen dat een arbiter geschikt is. Wel is een maatstaf of de arbiter daadwerkelijke of schijnbare partijdigheid vertoont of er sprake is van een risico of mogelijke vooringenomenheid. Deze tweedelige maatstaf wordt beschreven in "IBA General Standard 2". Overigens kan afhankelijkheid makkelijker worden bewezen dan partijdigheid maar enkel indien gesteund op feiten en niet op een bepaalde mentaliteit.³⁰⁵

64. EEN OBJECTIEVE TOETSING – "IBA General Standard 2" betreft de belangenconflicten. Een dergelijk conflict kan bestaan, wanneer de arbiter enige twijfel heeft bij zijn/haar onvermogen om onpartijdig of onafhankelijk te zijn. Dit heeft tot gevolg dat deze arbiter zijn/haar aanstelling uit eigen beweging moet weigeren.³⁰⁶ Er is ook een objectieve test mogelijk om vooringenomenheid vast te stellen. Indien er feiten of omstandigheden zijn gerezen, die vanuit het standpunt van een *redelijke derde* die kennis heeft van de feiten of omstandigheden, *gegronde twijfel* doen ontstaan betreffende de onafhankelijkheid of onpartijdigheid, kunnen de partijen de aanstelling van de arbiter betwisten, tenzij de partijen afstand van betwisting hebben gedaan.³⁰⁷ Er bestaat gegronde twijfel wanneer een redelijke derde persoon, met kennis van de feiten, zou concluderen dat er kans

³⁰¹ F. CRISTANI, "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Investment Arbitration: An Overview", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2014, 175.

³⁰² ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, nr. ARB/03/19 (Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal), 22 oktober 2007, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0824.pdf>.

³⁰³ ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, nr. ARB/03/19 (Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal), 22 oktober 2007, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0824.pdf>, §30.

³⁰⁴ ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, nr. ARB/03/19 (Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal), 22 oktober 2007, §30; K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 475-477.

³⁰⁵ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 477-478.

³⁰⁶ IBA General Standard 2, (a).

³⁰⁷ IBA General Standard 2, (b).

bestaat dat de arbiter beïnvloed zou kunnen worden door andere factoren dan de grond van de zaak, als weergegeven door de partijen.³⁰⁸ De "IBA Guidelines" bevatten tevens een (al dan niet voor afstand vatbare) rode lijst van omstandigheden die gegronde twijfels doen rijzen over de vooringenomenheid van arbiters. Van sommige belangenconflicten uit de lijst kan geen afstand worden gedaan door de partijen.³⁰⁹ Een aantal voorbeelden hiervan zijn dat de arbiter niet dezelfde identiteit als een van de partijen mag hebben of dat een arbiter een aanzienlijk financieel of persoonlijk belang heeft in een van de partijen of in de uitkomst van de zaak (*nemo iudex in sua causa*).³¹⁰ De toetsing van een redelijke derde persoon komt tegemoet aan de moeilijkheid om onafhankelijkheid of onpartijdigheid vast te stellen, alsook aan de noodzaak van een eerlijk proces. De reputatie van het arbitrageproces kan immers geschaad worden door vooringenomen arbiters.³¹¹

In het kader van art. 14 van de ICSID-Conventie en art. 6(2) "ICSID Arbitration Rules" is een belangenconflict een objectief criterium dat onafhankelijk is van het morele karakter van de arbiter in kwestie. De subjectieve overtuiging van andere personen dat de arbiter in kwestie in staat is om een onafhankelijk en eerlijk oordeel te vellen is immers onvoldoende om het bestaan van een belangenconflict uit te sluiten. Voorbeelden van mogelijke belangenconflicten: (1) een permanente raadsman/cliënt relatie, (2) een permanente of herhaalde zakenrelatie, (3) tewerkstelling van een partij, (4) substantiële participatie of aandelen in een onderneming, die partij is en enige relatie waardoor de arbiter (on)rechtstreeks kan genieten van de financiële winst van een partij. Echter kan niet elk contact met een partij uit het verleden de arbiter doen diskwalificeren.³¹²

65. ENKELE BETWISTINGSZAKEN – Betwistingen worden niet vaak gehandhaafd in investeerder-staat arbitrage. Een voorbeeld is de UNCITRAL-zaak *National Grid PLC v. The Republic of Argentina*.³¹³ Argentinië was van oordeel dat er gegronde twijfel bestond wat betreft de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een bepaalde arbiter. De "ICC Arbitration Court" was aangeduid om zich uit te spreken over de betwisting.³¹⁴ De reden van betwisting betrof een uitspraak van de arbiter tijdens het verhoor van een expert, die volgens Argentinië de partijdigheid van de arbiter weergaf.³¹⁵ In haar beoordeling haalt de "ICC Court" aan dat de test van gegronde

³⁰⁸ IBA General Standard 2, (c).

³⁰⁹ IBA Guidelines, "Explanation to General Standard 2", 6.

³¹⁰ IBA Guidelines, 20.

³¹¹ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 477-478.

³¹² C. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH en A. SINCLAIR (eds.), *The ICSID Convention – A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 512-513.

³¹³ UNCITRAL, *National Grid PLC v. The Republic of Argentina*, nr. UN 7949 (Decision on the Challenge to Mr Judd L. Kessler), 3 december 2007, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1171.pdf>; F. CRISTANI, "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Investment Arbitration: An Overview", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2014, 168.

³¹⁴ UNCITRAL, *National Grid PLC v. The Republic of Argentina*, nr. UN 7949 (Decision on the Challenge to Mr Judd L. Kessler), 3 december 2007, §11-13.

³¹⁵ UNCITRAL, *National Grid PLC v. The Republic of Argentina*, nr. UN 7949 (Decision on the Challenge to Mr Judd L. Kessler), 3 december 2007, §31-32, 88: "ARBITRATOR KESSLER: Mr Guglielmino, there is a norm in conducting cross-examination of an expert that one pose a hypothetical to try to go forward. **It is now clear that there are certain facts that the witness is familiar with, but I suppose that the basis of his testimony has to do with the hypothetical situation, and it is not hypothetical because we are all here. We know the facts generally speaking that there was major harm or major change in the expectations of the investment.** Now, I don't know if we could proceed. If you want to ask him questions. If there were major harm, what would the result be under Argentine law? Is there protection? Is there not

twijfel een objectieve test is, zoals bepaald onder de "IBA Guidelines" en de "UNCITRAL Arbitration Rules" en dat men moet onderzoeken of een redelijke, eerlijke en geïnformeerde persoon gegronde twijfels zou kunnen hebben met betrekking tot de onpartijdigheid van de arbiter. Een redelijke schijn van partijdigheid aantonen is voldoende.³¹⁶ De "ICC Court" was van mening dat een redelijke derde persoon inderdaad de indruk zou kunnen hebben dat de arbiter al een duidelijke visie had betreffende de grond van de zaak. Echter mocht deze uitspraak niet los gezien worden van de context van de hele interventie in het verhoor. Het feit dat de arbiter na deze uitspraak overging tot het stellen van hypothetische vragen, deed elke schijnbare vooringenomenheid teniet volgens de "Court". Er werd ten slotte geconcludeerd dat er geen sprake was van vooringenomenheid. Het werd besloten dat "Mr Kessler's challenged statement may have been unfortunate and could have been the result of linguistic infelicity because Spanish is not Mr Kessler's native language. The Division admits that this sentence is a sentence that could create concerns on Argentina's side, but looking at Mr Kessler's intervention as a whole and in context, such concerns cannot be reasonably entertained." (cursivering toegevoegd)³¹⁷ De redenering van de "ICC Court" is geen afdoende motivering. Zelfs in de context bekeken is de uitspraak van de arbiter opmerkelijk. Hij heeft immers de uitspraak omtrent de grote schade aan de investeerder geuit als feit en niet als hypothese, hetgeen hij wel deed gedurende het merendeel van de interventie.

In een ICSID-arbitragezaak tegen Argentinië, *Compañía de Aguas des Aconquija SA & Vivendi Universal v. Argentine Republic*³¹⁸, werd een verzoek gedaan tot diskwalificatie van de voorzitter van het *ad hoc* comité.³¹⁹ Argentinië was van oordeel dat de juridische diensten verleend door een vennoot van het advocatenkantoor van de voorzitter voor de voorganger van Vivendi, Compagnie Général des Eaux, de mogelijkheid om een onafhankelijke uitspraak te doen verhinderden. Echter rechtvaardigde dit feit alleen niet de diskwalificatie van de voorzitter. De volgende overwegingen werden gemaakt door het comité: (1) de relatie in kwestie werd onmiddellijk en volledig bekendgemaakt evenals verdere informatie hieromtrent, (2) de voorzitter van het comité was niet betrokken bij de verlening van de juridische diensten en had geen raadsman-cliënt relatie met de partijen in de arbitrageprocedure, (3) het juridische werk verricht door de collega van de voorzitter had niets te maken met de arbitragezaak, (4) bovendien betrof het werk een specifieke transactie en geen algemeen juridisch advies en was de vennoot in kwestie geen "lead counsel", (5) de juridische relatie zal snel beëindigd worden. Om deze redenen werd het verzoek afgewezen door de andere arbiters van het comité. Een enkele bestaan van een professionele relatie met een van de partijen is geen automatische basis voor diskwalificatie. Alle omstandigheden moeten in

protection? Does the law apply? Does it not apply? I state this merely as a suggestion. MR GUGLIELMINO: You state that at this stage we already know that there was harm? ARBITRATOR KESSLER: I merely say that we are here because there is an

allegation of harm of a change in the contract that caused problems to the investor. As we were saying before, we are not speaking in abstract. I don't know. I'm trying to help, but perhaps what I have had to say isn't all that helpful" (§88).

³¹⁶ UNCITRAL, *National Grid PLC v. The Republic of Argentina*, nr. UN 7949 (Decision on the Challenge to Mr Judd L. Kessler), 3 december 2007, §78-85.

³¹⁷ UNCITRAL, *National Grid PLC v. The Republic of Argentina*, nr. UN 7949 (Decision on the Challenge to Mr Judd L. Kessler), 3 december 2007, §92-93, 96, 102.

³¹⁸ ICSID, *Compañía de Aguas des Aconquija SA & Vivendi Universal v. Argentine Republic*, nr. ARB/97/3 (Decision on the challenge to the president of the committee), 3 oktober 2001, *ICSID Rev.—FILJ* 2002, 168-181.

³¹⁹ ICSID, *Compañía de Aguas des Aconquija SA & Vivendi Universal v. Argentine Republic*, nr. ARB/97/3 (Decision on the challenge to the president of the committee), 3 oktober 2001, §1-4.

aanmerking worden genomen om te beoordelen of de relatie significant genoeg is om gegronde twijfels omtrent de vooringenomenheid van de arbiter te doen ontstaan.³²⁰ Deze uitspraak is correct en moet worden bijgetreden. Immers doet niet elke professionele relatie vooringenomenheid ontstaan. Echter is wel voorzichtigheid geboden in de beoordeling van vooringenomenheid.

3.3.2. Partij-aanstellingen van arbiters: hoe onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters in het gedrang kan komen

66. HET DEBAT ROND PARTIJ-AANSTELLINGEN VAN ARBITERS – Er bestaat reeds enkele jaren in een minderheidsstrekking in de rechtsleer bezorgdheid omtrent de verschillende functies van arbiters (expert, arbiter of raadsman) en de veelvuldige interacties tussen arbiters. Bovendien stelt men vragen bij de eenzijdige partij-aanstellingen van arbiters. De meeste critici menen dat de ongerustheid mogelijk enkel een risico betreft, in plaats van een daadwerkelijk probleem, mede omdat wordt toegegeven dat misbruik omtrent partij-aanstellingen moeilijk kan worden bewezen. In ieder geval heeft de ongerustheid volgens sommige rechtsleer betrekking op de volgende elementen:³²¹

(1) Een waarneembaar risico van gunstverlening tussen arbiters onderling of tussen arbiters en raadslieden, waardoor vooringenomenheid kan ontstaan, met als mogelijk gevolg unanieme uitspraken die geen enkele indicatie bevatten van dergelijke praktijken.

(2) Partij-aanstellingen zouden leiden tot ongezonde compromissen in de beoordeling van arbitragezaken. De voorzitters van arbitrage-tribunalen streven immers naar unanieme beslissingen, die als legitiem worden aanzien en een goede reputatie van de arbiters tot gevolg hebben. Echter kan door deze praktijk een negatief effect worden gecreëerd. De kans op een incoherente en niet grondig gemotiveerde uitspraak wordt door deze praktijken vergroot, met als gevolg minder legitimiteit van een beslissing.³²² Zo kan men bijvoorbeeld vragen stellen bij de unanimitie in de reeds besproken ICISD-zaken *CMS, LG&E* en *Enron*. De beslissingen in deze zaken waren over de hele lijn unaniem. Dit wekt belangstelling op als men weet dat de drie tribunalen een aantal arbiters gemeenschappelijk hadden. De vraag kan dan worden gesteld hoe onafhankelijk en onpartijdig deze arbiters feitelijk waren, zeker aangezien een bepaalde arbiter plots van mening was veranderd zonder enige aanleiding.³²³

³²⁰ ICISD, *Compañía de Aguas des Aconquija SA & Vivendi Universal v. Argentine Republic*, nr. ARB/97/3 (Decision on the challenge to the president of the committee), 3 oktober 2001, §26-28; F. CRISTANI, "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Investment Arbitration: An Overview", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2014, 165; L. MALINTOPPI, "Arbitrator's Independence and Impartiality" in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 796.

³²¹ D. GAUKRODGER en K. GORDON, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community" (OECD Working Papers on International Investment), OECD Publishing, 2012, 45-46.

³²² J. PAULSSON, "Moral Hazard in International Dispute Resolution", *ICSID Rev. – FILJ* 2010, 353; H. SMIT, "The pernicious institution of the party-appointed arbitrator, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment No. 33", 2010, http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_33.pdf, 2.

³²³ D. SCHNEIDERMAN, "Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes", *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 2010, 392.

(3) Een gebrek aan neutraliteit van een aanzienlijk percentage arbiters. Een studie heeft aangetoond dat arbiters, aangesteld door investeerders en staten respectievelijk, eerder beslissingen zullen nemen die gunstig zijn voor de investeerders en staten die hen hebben aangesteld. Maar dit is geen uitsluitend bewijs. De partijen kunnen mogelijk ook goed de visie van de aangestelde arbiters hebben ingeschat.³²⁴ Echter moet de druk die arbiters voelen om als vertegenwoordiger op te treden voor de partij die hem/haar heeft aangesteld, niet worden onderschat.

(4) Wangedrag van arbiters. Een voorbeeld hiervan is een onuitgegeven *LCIA*-zaak, waarin een van de arbiters reeds voor de algemene bekendmaking van de uitspraak, aan de partij die hem had aangesteld, het resultaat onthulde. De tegenpartij vocht vervolgens de aanstelling van deze arbiter aan wegens wangedrag. De arbiter had immers de geheimhoudingsplicht geschonden. De arbiter gaf meteen toe dat hij de betreffende onthulling had gedaan zonder dat de tegenpartij het wangedrag moest aantonen.³²⁵

De meerderheidsstrekking in de rechtsleer weerlegt echter bovenstaande argumenten. Ten eerste moeten de partijen huns inziens zelf de mogelijkheid blijven behouden om arbiters aan te stellen. Dit maakt immers deel uit van de aantrekkingskracht van investeringsarbitrage.³²⁶ Een tweede argument is dat de partijen bovendien zelf kunnen waken over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het tribunaal. Ten derde wordt volgens hen gewerkt aan het handhaven en verbeteren van standaarden voor arbiters. Zij zijn er eveneens van overtuigd dat de meerderheid van de arbiters beschikt over neutraal gedrag en dat wangedrag zeldzaam is.³²⁷ Ook wordt gezegd dat er genoeg waarborgen zijn om bovenstaande bezorgdheden tegen te gaan, namelijk (1) dat er een algemene erkenning is dat arbiters geen vertegenwoordigers zijn van de aanstellende partijen maar eerder vertrouwenspersonen, die het geschil eerlijk moeten beoordelen, (2) dat de institutionele regels de selectie van arbiters surveilleren en dat de rechtbanken waar erkenning van arbitragebeslissingen wordt verzocht de regels van een eerlijk proces kan nagaan; en (3) de vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid in het algemeen en tegenover de partijen die de arbiters aanstelden, alsook de verplichting om belangenconflicten te melden.³²⁸

Deze argumenten kunnen niet volledig worden bijgetreden. Ten eerste moet voor de duidelijkheid worden opgemerkt dat partijen niet over een fundamenteel recht beschikken om arbiters aan te stellen. Deze mogelijkheid voor de partijen hoeft dus niet per se behouden te blijven wanneer er reden tot bezorgdheid omtrent het huidige systeem is.³²⁹ Ten tweede is het eveneens geen overtuigend argument dat de partijen zelf over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid kunnen waken. Ook al willen zij geen daadwerkelijk vooringenomen arbiters, hun enige doel is om de zaak te winnen en zij zullen een arbiter selecteren die dat doel voor hen kan behalen. Een gunstig

³²⁴ J. PAULSSON, "Moral Hazard in International Dispute Resolution", *ICSID Rev. – FILJ* 2010, 348-349.

³²⁵ J. PAULSSON, "Moral Hazard in International Dispute Resolution", *ICSID Rev. – FILJ* 2010, 343-344.

³²⁶ G. SACERDOTI, "Is the party-appointed arbitrator a "pernicious institution"? A reply to professor Hans Smit, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, No. 35", 2011, 2.

³²⁷ D. GAUKRODGER en K. GORDON, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community" (OECD Working Papers on International Investment), OECD Publishing, 2012, 47.

³²⁸ G. SACERDOTI, "Is the party-appointed arbitrator a "pernicious institution"? A reply to professor Hans Smit, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, No. 35", 2011, 1-2.

³²⁹ J. PAULSSON, "Moral Hazard in International Dispute Resolution", *ICSID Rev. – FILJ* 2010, 348.

gestemde arbiter is des te belangrijker wanneer zij juridisch gezien in een zwakkere positie staan.³³⁰ Het bewaren van onafhankelijkheid en onpartijdigheid is dus niet de prioriteit bij de selectieprocedure.³³¹ Om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid zo goed mogelijk te garanderen, kan volgens sommigen de aanstelling van arbiters best worden overgelaten aan een neutrale instelling. Bovendien moet voor ogen gehouden worden dat investeerder-staat geschillen vergaande gevolgen hebben.³³² Argumenten voor een institutionele selectieprocedure moeten zeker in overweging worden genomen.

Het vierde argument dat de meerderheid van de arbiters over neutraal gedrag beschikt, kan waar zijn. Dit is althans wat rechtsleer uit de meerderheidsstrekking beweert (in tegenstelling tot de minderheidsstrekking).³³³ Het is zeer moeilijk is om uitsluitend bewijs van vooringenomenheid aan te voeren. Echter moet vooringenomenheid zoveel mogelijk worden verhinderd. Wanneer beslissingen een grote impact kunnen hebben op staten en hun burgers, moet de legitimiteit van beslissingen zoveel mogelijk worden gegarandeerd. Partij-aanstellingen van arbiters kunnen die legitimiteit in het gedrang brengen omwille van bovenstaande risico's, die zich mogelijk in de praktijk kunnen manifesteren. Het is tevens paradoxaal dat arbiters, die door partijen worden verkozen, neutraal moeten oordelen, terwijl de persoonlijke neiging (of druk) aanwezig is om aan de zijde van de aanstellende partij te staan. Volgens SMIT bestaat een dergelijke neiging daadwerkelijk voor de meerderheid van de arbiters.³³⁴ Echter stelt andere rechtsleer (voorstanders van eenzijdige partij-aanstellingen) dat verantwoordelijke en gerespecteerde professionelen zich niet laten beïnvloeden door persoonlijke drijfveren, des te meer omwille van de controle die door de arbitrage-instellingen wordt uitgeoefend. Een empirische studie zou uitwijzen dat vooringenomen arbiters, aangesteld door partijen, in de minderheid zijn.³³⁵

67. ALTERNATIEVE VOORSTELLEN – Er moet gepleit worden voor een gewijzigde aanstellingsprocedure, waarbij onafhankelijkheid en onpartijdigheid beter kunnen worden gegarandeerd. Er kunnen een aantal voorstellen worden gedaan. Een eerste mogelijkheid is om in de arbitrageovereenkomst in te voegen dat arbiters niet mogen weten wie hen heeft aangesteld³³⁶ of dat de arbiter niet dezelfde nationaliteit mag hebben als (een van) de partijen³³⁷. Een tweede

³³⁰ H. SMIT, "The pernicious institution of the party-appointed arbitrator, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment No. 33", 2010, http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_33.pdf, 1.

³³¹ J. PAULSSON, "Moral Hazard in International Dispute Resolution", *ICSID Rev. – FILJ* 2010, 352.

³³² H. SMIT, "The pernicious institution of the party-appointed arbitrator, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment No. 33", 2010, http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_33.pdf, 2.

³³³ G. SACERDOTI, "Is the party-appointed arbitrator a "pernicious institution"? A reply to professor Hans Smit, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, No. 35", 2011, 1-2.

³³⁴ H. SMIT, "The pernicious institution of the party-appointed arbitrator, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment No. 33", 2010, http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_33.pdf, 1.

³³⁵ G. SACERDOTI, "Is the party-appointed arbitrator a "pernicious institution"? A reply to professor Hans Smit, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, No. 35", 2011, 1.

³³⁶ R.D. TAICHERT, "Why not provide for neutral party-appointed arbitrators?", *Dispute Resolution Journal* 2002-2003, 23.

³³⁷ Nationaliteit kan een mogelijke bron van vooringenomenheid. Daarom is er in de praktijk een sterke voorkeur voor arbiters die niet dezelfde nationaliteit hebben als een van de partijen. Zie J. PAULSSON, "Moral

mogelijkheid is dat arbiters enkel worden gekozen uit een bestaande lijst van arbiters, die werd samengesteld door de arbitrage-instelling zelf (zoals de lijst van het ICSID Panel van Arbiters), waaruit de partijen dan kunnen kiezen. Een derde mogelijkheid is het aanstellen van arbiters door de arbitrage-instelling zelf (in plaats van aanstellingen door de partijen).³³⁸ Critici vinden dit laatste alternatief voor partij-aanstellingen te drastisch.³³⁹ Tevens rijst ook de vraag: wat indien de partijen voor *ad hoc* arbitrage kiezen? Dan is er immers geen surveillerende instelling. Wie stelt dan de arbiters aan?³⁴⁰ Ook al is voor alle drie de voorstellen iets te vinden, toch moet eerder het laatste voorstel van aanstellingen door de instelling worden bijgetreden omdat dit voorstel het best tegemoet komt aan de vereiste van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Deze beginselen draagt essentieel bij tot legitimiteit van een beslissing, die van absoluut belang is voor arbitragebeslissingen met vergaande gevolgen. Door middel van institutionele aanstellingen kunnen arbiters neutraal oordelen, zonder vooringenomenheid, en kunnen er heel wat minder belangenconflicten optreden. PAULSSON zegt bovendien dat eenzijdige aanstellingen door de partijen haaks staan op een fundamenteel gegeven in arbitrage, namelijk wederzijds vertrouwen in arbiters. Deze tegenstrijdigheid wordt vermeden door institutionele aanstellingen van arbiters. Er kan dan niet meer worden gespeculeerd over de samenstelling van een zo gunstig mogelijk tribunaal want de selectie ligt niet meer in handen van de partijen.³⁴¹ In afwachting van de mogelijke invoering van het laatste voorstel, is de aanmoediging van het inschrijven van neutraliteit in de arbitrageovereenkomst reeds een belangrijke stap in de goede richting. Indien de arbiter niet weet door wie hij/zij werd aangesteld en niet dezelfde nationaliteit als een van de partijen heeft, valt de druk van de schouders om in het voordeel van een van de partijen te oordelen. Het risico op vooringenomenheid wordt verminderd, hetgeen de legitimiteit ten goede komt. Deze stap kan eventueel worden gecombineerd met het tweede voorstel dat arbiters enkel uit een lijst mogen worden gekozen.

Hazard in International Dispute Resolution", *ICSID Rev. – FILJ* 2010, 352; K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 492-493.

³³⁸ D. GAUKRODGER en K. GORDON, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community" (OECD Working Papers on International Investment), OECD Publishing, 2012, 46.

³³⁹ D. GAUKRODGER en K. GORDON, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community" (OECD Working Papers on International Investment), OECD Publishing, 2012, 47.

³⁴⁰ G. SACERDOTI, "Is the party-appointed arbitrator a "pernicious institution"? A reply to professor Hans Smit, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, No. 35", 2011, 2.

³⁴¹ J. PAULSSON, "Moral Hazard in International Dispute Resolution", *ICSID Rev. – FILJ* 2010, 349, 353.

3.4. De kosten en duur van arbitrageprocedures

68. DE VISIE VAN HET UNCTAD – In theorie is investeringsarbitrage een spoedige en goedkope wijze van geschillenbeslechting. In de praktijk is echter het tegendeel gebleken. Niet alleen zijn de schadevergoedingen die staten moeten betalen gestegen maar ook juridische en arbitragekosten.³⁴² Gemiddeld bedragen de kosten (juridische en arbitragekosten) per arbitragezaak in totaal 8 miljoen dollar. Zeker voor arme staten is dit een zware financiële last. Zelfs indien de staat de arbitragezaak wint, moet deze haar eigen kosten dragen. Tribunalen leggen zelden de verplichting op aan de eiser-investeerder om de kosten van de verweerder te dragen. De hoge kosten raken tevens de investeerders, zeker diegenen met beperkte financiële middelen. De advocatenkantoren die cliënten vertegenwoordigen in arbitragezaken brengen eveneens hoge kosten met zich mee, namelijk door hoge erelonen en dure procedurele technieken, zoals grondig onderzoek van arbiters voor de samenstelling van tribunalen. Bovendien blijkt uit de praktijk dat arbitrageprocedures zeer lang kunnen aanslepen, soms wel jaren.³⁴³

69. GEBREK AAN EEN UNIFORME PRAKTIJK OMTRENT DE BEGROTING EN TOEKENNING VAN KOSTEN – Tot op heden is er in investeringsarbitrage geen uniforme praktijk van begroting en toekenning van kosten. Wat betreft het ICISD, bevelen sommige tribunalen dat elke partij de eigen juridische kosten moet dragen en dat de arbitragekosten gelijk worden verdeeld. Dit was het oordeel van het ICSID-tribunaal in *Tza Yap Shum v Republic of Peru*.³⁴⁴ Andere ICSID-tribunalen veroordelen de verliezende partij dan weer tot alle onkosten van de winnende partij. Deze uitspraak werd gedaan in de "ICSID Additional Facility"-zaak *Gemplus et al. v. United Mexican States*, waar de verweerder de schadevergoeding moest betalen, evenals de arbitragekosten van de eiser en alle andere arbitragekosten.³⁴⁵ Dit gebrek aan uniformiteit en consistentie heeft problematische gevolgen. De partijen kunnen immers onmogelijk weten aan welke kosten zij zich moeten verwachten, hetgeen tot rechtsonzekerheid leidt. De willekeur omtrent de kosten en erelonen leidt eveneens tot een gebrek aan legitimiteit van de arbitrage-uitspraken.³⁴⁶

Er moet meer betrouwbare informatie ter beschikking worden gesteld met betrekking tot de kosten in investeringsarbitrage. Informatie is noodzakelijk opdat partijen beter de risico's van het investeringsgeschil kunnen inschatten, opdat tribunalen in hun onderzoek kunnen worden bijgestaan, opdat betere investeringsverdragen kunnen worden opgesteld en opdat kan worden bijgedragen aan het debat omtrent legitimiteit van investeringsarbitrage.³⁴⁷

³⁴² UNCTAD, "Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration", 2010, http://unctad.org/en/Docs/diaeia200911_en.pdf, 16-17.

³⁴³ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013, 4.

³⁴⁴ ICSID, *Tza Yap Shum v Republic of Peru*, nr. ABR/07/6 (samenvatting van de uitspraak), 7 juli 2011, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0882.pdf>, 9.

³⁴⁵ ICSID Additional Facility, *Gemplus, SA, SLP, SA and Gemplus Industrial, SA de CV v United Mexican States and Talsud, SA v United Mexican States*, nr. ARB(AF)/04/3 and ARB(AF)/04/4, 16 June 2010, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2112_En&caseId=C41, §18-1 – 18-11.

³⁴⁶ J.Y. GOTANDA, "Consistently Inconsistent: The Need for Predictability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations", *ICSID Rev. - FILJ* 2013, 420-421.

³⁴⁷ S.D. FRANCK, "Rationalizing costs in investment treaty arbitration", *Wash. U. L. Rev.* 2010-2011, 775-776.

70. WAAROM EEN REGELING VAN TOEKENNING VAN KOSTEN IN INVESTERINGSARBITRAGE BELANGRIJK IS – Hierboven (*supra* nr. 68) werd al aangehaald dat de financiële impact voor zowel staten als investeerders zeker niet miniem is.³⁴⁸ Eveneens zijn de partijen minder voorbereid en kunnen zij zich in een slechtere positie bevinden dan gedacht indien de toekenning van kosten niet duidelijk is geregeld. Zulke situaties creëren rechtsonzekerheid en onvoorspelbaarheid. Staten zijn zich dikwijls niet bewust van de risico's en de draagwijdte van arbitragekosten. Dit kan verklaren waarom zelden vooraf een regeling voor de kosten wordt getroffen. Bovendien biedt een goede kostenregeling de mogelijkheid voor de partijen om een arbitrageprocedure efficiënt te regelen. Ook kunnen kosten een ongelijk effect hebben op partijen met minder financiële middelen. Kleine investeerders kunnen niet op dezelfde wijze toegang tot arbitrage zoeken als meer vermogende investeerders. Hetzelfde geldt ook voor armere staten. Ten slotte heeft een goede regeling van kosten, waarbij willekeur en onvoorspelbaarheid worden uitgeschakeld, meer legitimiteit tot gevolg.³⁴⁹

71. SOORTEN KOSTEN – Er zijn twee soorten kosten en erelonen te onderscheiden: (1) procedurekosten en (2) partijkosten. De procedurekosten bestaan uit de kosten en erelonen van het arbitragetribunaal en van het administratieve orgaan. De arbitrageregels van de verschillende arbitrage-instellingen bepalen met welke elementen rekening moet worden gehouden in de begroting van de erelonen van het tribunaal, zoals bijvoorbeeld de complexiteit van het investeringsgeschil, de besteedde tijd, de efficiëntie van de arbiters,... Ook de kosten gemaakt door het tribunaal moeten in rekening worden gebracht, zoals reiskosten, lonen van vertalers,... Het administratieve orgaan verwacht eveneens een toeslag voor instellen van een vordering en voor diensten. De kosten van de partijen bestaan uit erelonen van advocaten (het grootste deel van de partijkosten³⁵⁰), kosten van getuigen en experts,...³⁵¹

72. TOEKENNING VAN KOSTEN – Partijen kunnen altijd zelf overeenkomen hoe de kosten worden geregeld. De tribunalen zullen zich gewoonlijk aan deze overeenkomst houden. Het gebeurt echter niet vaak dat partijen vooraf de kosten regelen, hetgeen overigens wel de voorspelbaarheid van de uitspraak over de kosten en de efficiëntie van de procedure zou ten goede komen. In dat geval komt het aan de tribunalen toe om dit te doen. Er zijn twee manieren om te bepalen hoe de kosten en erelonen moeten worden toegekend aan de partijen: (1) "*pay your own way*" en (2) "*loser pays*" of "*costs-follow-the-event*". Volgens het eerste principe "*pay your own way*" draag iedere partij haar eigen kosten. Deze manier van kostentoekenning gaat onvoorspelbaarheid tegen. Men weet immers vooraf dat, ongeacht men wint of verliest, men de eigen kosten draagt. Voorspelbaarheid komt de efficiëntie van de procedure ten goede. De toekenning van kosten kan tevens geen twistpunt meer uitmaken. Bovendien zullen de partijen meer geneigd zijn om de kosten redelijk te houden, omdat zij weten dat zij er zelf verantwoordelijk voor zijn. De kans dat

³⁴⁸ S.D. FRANCK, "Rationalizing costs in investment treaty arbitration", *Wash. U. L. Rev.* 2010-2011, 785-786.

³⁴⁹ S.D. FRANCK, "Rationalizing costs in investment treaty arbitration", *Wash. U. L. Rev.* 2010-2011, 787-789.

³⁵⁰ D. GAUKRODGER en K. GORDON, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community" (OECD Working Papers on International Investment), OECD Publishing, 2012, 19.

³⁵¹ J.Y. GOTANDA, "Consistently Inconsistent: The Need for Predictability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations", *ICSID Rev.- FILJ* 2013, 422-423.

kosten buitensporig zijn is kleiner.³⁵² In dat opzicht kan dit principe tegemoet komen aan de bezorgdheid van het UNCTAD (*supra* nr. 68) dat de kosten te hoog zijn.

Volgens het tweede principe moet de verliezende partij de winnende partij compenseren voor diens gemaakte onkosten. De redenering hierachter is dat de schade van de winnende partij moet worden vergoed. Een andere redenering is dat er geen nutteloze arbitragezaken worden aangevat. Dit beginsel zorgt ervoor dat partijen minder geneigd zullen zijn om arbitrageprocedures aan te vatten voor zaken met een lage slaagkans.³⁵³ De efficiëntie van arbitrage zou tevens worden ondermijnd indien partijen ongegronde vorderingen zouden kunnen instellen zonder een risico van kosten indien de vordering niet succesvol zou zijn.³⁵⁴ De toepassing van het "loser pays"-principe door tribunalen is een trend in de praktijk.³⁵⁵ Dit principe werd ingeschreven in de "UNCITRAL Arbitration Rules"³⁵⁶ en wordt toegepast op zowel de procedurekosten als de partijkosten. Hiervan kan worden afgeweken. Ook de "PCA Arbitration Rules" volgen het "costs-follow-the-event"-principe.³⁵⁷ De "ICSID Arbitration Rules" laten de toekenning van procedurekosten daarentegen over aan de ruime appreciatiemarge van de tribunalen en passen geen eenduidig principe toe.³⁵⁸ Arbitrageregels passen dus elk andere regels toe voor de toekenning van kosten.³⁵⁹

Het "loser pays"-principe heeft geen remmend effect op het niveau van kosten, die nog steeds zeer hoog kunnen zijn, in tegenstelling tot het "pay your own way"-principe. Bovendien is er minder voorspelbaarheid maar wel meer efficiëntie. Tevens kan nog worden opgemerkt dat, hoe meer appreciatiemarge toekomt aan de arbitrage-tribunalen, hoe meer rechtsonzekerheid wordt gecreëerd. De kans bestaat dat de tribunalen elk investeringsgeschil op een andere wijze beoordelen.³⁶⁰

73. VERKLARINGEN VOOR HOGE KOSTEN EN LANGE DUUR VAN ARBITRAGEPROCEDURES – Sommige rechtsleer verklaart de hoge kosten aan de hand van de beperkte beschikbaarheid van arbiters, hetgeen deels voortvloeit uit het feit dat steeds dezelfde kleine groep arbiters worden genomineerd, die teveel werk zouden aannemen, of door een zwak management van de arbiters die de partijen hoge kosten laten oplopen. Doordat een uitspraak maar beperkt kan worden herzien, zouden arbiters de partijen zoveel mogelijk de kans willen geven om hun argumenten uiteen te zetten. Zo probeert men mogelijk een betwisting van de uitspraak op procedurele

³⁵² S.D. FRANCK, "Rationalizing costs in investment treaty arbitration", *Wash. U. L. Rev.* 2010-2011, 791-792; J.Y. GOTANDA, "Consistently Inconsistent: The Need for Predictability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations", *ICSID Rev.- FILJ* 2013, 424-425.

³⁵³ S.D. FRANCK, "Rationalizing costs in investment treaty arbitration", *Wash. U. L. Rev.* 2010-2011, 792-793; J.Y. GOTANDA, "Consistently Inconsistent: The Need for Predictability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations", *ICSID Rev.- FILJ* 2013, 425; T.H. WEBSTER, "Efficiency in Investment Arbitration: Recent Decisions on Preliminary and Costs Issues", *Arbitration International* 2009, 493.

³⁵⁴ T.H. WEBSTER, "Efficiency in Investment Arbitration: Recent Decisions on Preliminary and Costs Issues", *Arbitration International* 2009, 502.

³⁵⁵ T.H. WEBSTER, "Efficiency in Investment Arbitration: Recent Decisions on Preliminary and Costs Issues", *Arbitration International* 2009, 501.

³⁵⁶ Art. 42 UNCITRAL Arbitration Rules.

³⁵⁷ Art. 42 PCA Arbitration Rules.

³⁵⁸ Regel 28, (1) ICSID Arbitration Rules.

³⁵⁹ J.Y. GOTANDA, "Consistently Inconsistent: The Need for Predictability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations", *ICSID Rev.- FILJ* 2013, 425-427; T.H. WEBSTER, "Efficiency in Investment Arbitration: Recent Decisions on Preliminary and Costs Issues", *Arbitration International* 2009, 494-495.

³⁶⁰ S.D. FRANCK, "Rationalizing costs in investment treaty arbitration", *Wash. U. L. Rev.* 2010-2011, 796 (voetnoot 135).

gronden in te perken. Hoe uitgebreider en gedetailleerder men de partijen laat argumenteren, hoe meer tijdrovend de procedure wordt. Andere rechtsleer focust eerder op de rol van de raadslieden van de partijen, die dure procedurele technieken toepassen en zeer hoge erelonen vragen, gebruik maken van experts,... Nog andere verklaringen kunnen zijn: de aard van de arbitragezaken en het toepasselijke recht, die onopgeloste juridische vraagstukken aanhalen en door de partijen opnieuw in detail worden bestudeerd, hoge schadevergoedingen en het reeds vermeldde gebrek aan uniforme kostenverdelingsregels.³⁶¹

74. HERVORMINGSMAATREGELEN VAN HET ICSID – Recentelijk werden een aantal hervormingen doorgevoerd om arbitrageprocedures vlotter te laten verlopen. Zo heeft het ICSID maatregelen genomen om de administratie van arbitragezaken te versterken, bijvoorbeeld door meer (gespecialiseerd) personeel aan te werven, nieuwe elektronische systemen,... Ook heeft men een aantal termijnen vastgelegd of verkort om de arbitragezaak sneller te laten aanvatten, bijvoorbeeld de vorming van een tribunaal binnen zes weken na het verzoek om op te treden als arbiter. Het ICSID zal ook arbiters opvolgen die openstaande arbitragezaken van langer dan 12 maanden hebben. Een specifiek kostenbesparende hervorming betreft regel 41, (5) van de "ICSID Arbitration Rules", namelijk dat partijen bezwaar kunnen maken tegen vorderingen die manifest zonder juridische grondslag zijn. Het tribunaal doet hierover dan uitspraak.³⁶² Deze hervormingen zijn zeer nuttig om aan de kritiek tegemoet te komen. Wat betreft de kosten, zouden echter nog meer inspanningen moeten gedaan worden.

Tevens is de interesse in andere alternatieve geschillenbeslechtingmethoden zoals conciliatie (*supra* nrs. 12-14) en bemiddeling toegenomen. Deze methoden zijn immers flexibeler en goedkoper dan arbitrage en sluiten arbitrage niet uit. Aan de andere kant nemen deze methoden nog steeds tijd en geld in beslag en zijn ze niet altijd succesvol. Bovendien is er geen enkele transparantie in dergelijke zaken.³⁶³

³⁶¹ D. GAUKRODGER en K. GORDON, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community" (OECD Working Papers on International Investment), OECD Publishing, 2012, 20-21.

³⁶² D. GAUKRODGER en K. GORDON, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community" (OECD Working Papers on International Investment), OECD Publishing, 2012, 21.

³⁶³ D. GAUKRODGER en K. GORDON, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community" (OECD Working Papers on International Investment), OECD Publishing, 2012, 21-22.

Hoofdstuk 4: Een permanente internationale investeringsrechtbank

75. INLEIDING – In hoofdstuk 2 werden een aantal mechanismen van geschillenbeslechting voor investeringsgeschillen uiteengezet, namelijk beslechting door de rechtbanken, conciliatie en arbitrage. Hierbij werden telkens de voor –en nadelen beschreven. In hoofdstuk 3 werd de kritiek op “*investment treaty*” arbitrage uiteengezet, hetgeen op internationaal niveau de methode van geschillenbeslechting voor investeringsgeschillen bij uitstek is. De kritiek toont aan dat investeringsarbitrage lijdt aan een aantal tekortkomingen. In de rechtsleer werden allerlei mogelijke oplossingen uitvoerig uitgewerkt.³⁶⁴ Hierboven werden reeds een aantal kleine mogelijkheden tot hervorming van het huidige systeem besproken maar een ander, meer ingrijpend, voorstel betreft de oprichting van een volkomen nieuw beslechtingsmechanisme, namelijk een permanente internationale investeringsrechtbank. In dit hoofdstuk zal onderzocht worden wat deze piste precies inhoudt en of dit voorstel oplossingen kan bieden voor de reeds uiteengezette kritiek op de huidige beslechtingsmechanismen.

76. WAAROM EEN INTERNATIONALE INVESTERINGSRECHTBANK? – Er moet volgens VAN HARTEN een onderscheid worden gemaakt tussen investerings –en commerciële arbitrage omdat “*investment treaty*” arbitrage, anders dan commerciële arbitrage, meer gelijkend is op het publiekrechtelijk systeem van geschillenbeslechting, zij het op een internationaal niveau. Dit onderscheid verklaart waarom sommige geschillen tussen private partijen en staten niet geschikt zijn voor arbitrage zoals dat gebeurt in commerciële geschillen. Betreffende geschillen gaan immers over de legaliteit van soevereine handelingen en het recht van een private onderneming op schadevergoeding van een staat voor schade geleden door een overheidshandeling. De kritiek op het huidige systeem van “*investment treaty*” arbitrage toont aan dat niet kan worden voldaan aan de criteria van publiekrechtelijke geschillenbeslechting (toerekenbaarheid, transparantie, consistentie en onafhankelijkheid) en dat private investeringsarbitrage en publiek recht niet harmonieus kunnen samen bestaan. Het voorstel van een permanente internationale investeringsrechtbank is een antwoord op de kritiek op het arbitragemechanisme en zou volgens bepaalde auteurs wel waarborgen van publiekrechtelijke geschillenbeslechting kunnen bieden.³⁶⁵

³⁶⁴ Zie onder andere A. JOUBIN-BRET en J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, xl + 1003 p; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, xxxii + 214 p.

³⁶⁵ UNCTAD, *World Investment Report 2013 – Global Value Chains: Investment and Trade for Development* (UNCTAD/WIR/2013), datum, 116; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 152-153.

4.1. Een nieuw geschillenbeslechtsmechanisme: wat houdt dit in?

77. "OUT WITH THE OLD, IN WITH THE NEW"³⁶⁶ – De idee van een permanente internationale investeringsrechtbank (hierna "PII") houdt in dat afstand zou worden gedaan van het huidige mechanisme van de verscheidene *ad hoc* arbitragetribunalen, dat zou worden vervangen door één institutionele structuur, namelijk een internationale investeringsrechtbank. Deze structuur kan onafhankelijk zijn of zou kunnen worden ingebouwd in de structuur van een bestaande internationale instelling of organisatie.³⁶⁷ De bedoeling is om staten, vooral de grote kapitaal-exporterende staten, aan te moedigen om een multilateraal verdrag te onderhandelen, dat een internationale rechtbank zou oprichten met een uitgebreide bevoegdheid over de beslechting van investeringsvorderingen.³⁶⁸

78. DE KENMERKEN VAN DE PERMANENTE INTERNATIONALE INVESTERINGSRECHTBANK –
(1) De *bevoegdheid* van de PII zou betrekking hebben op alle investeringsgeschillen rijzend uit IIAs waarvoor de rechtbank bevoegd zou zijn. In beginsel zou het recht van de investeerder om een vordering in te stellen tegen de Gaststaat worden blijven behouden. De investeringsrechtbank zou dan bevoegdheid hebben over alle vorderingen ingesteld door de investeerders in het kader van elk IIA tussen staten, die ook partij zouden zijn bij het multilateraal verdrag.³⁶⁹ De rechtbank zou niet enkel bevoegd zijn voor investeerder-staat geschillen maar eventueel ook voor staat-staat geschillen. De bevoegdheid zou eventueel nog kunnen worden uitgebreid, afhankelijk van de inhoud van de IIAs waarvoor men de rechtbank zou bevoegd maken. Zo zou ook aan andere actoren dan investeerders en staten toegang kunnen worden verleend.³⁷⁰

(2) Wat de structuur van de PII betreft, zou er naast de *eerste aanleg* eveneens een *beroepsinstantie* kunnen worden ingericht. De beroepsinstantie zou bestaan uit een speciaal assemblee van de rechtbank dat de meerderheid van de rechters zou vertegenwoordigen. Het assemblee zou bevoegd zijn voor betwistingen van beslissingen in eerste aanleg met betrekking tot bevoegdheids –en procedurele aangelegenheden en juridische interpretaties. Partijen zouden enkel over een recht op hoger beroep beschikken met toestemming van de rechtbank. Deze vereiste is om ongegrond beroep en vertragingen te vermijden. VAN HARTEN stelt dat de annuleringsprocedure van het ICSID, overbodig zou zijn voor vorderingen onder IIAs. Het ICSID zou bevoegd blijven voor andere vormen van investeringsarbitrage, namelijk contractuele arbitrage. Het zou wenselijk zijn om "*investment treaty*" arbitrage onder de bevoegdheid van ICSID weg te halen, omdat een internationale rechtbank best kan worden gescheiden van de huidige arbitrage-instellingen onder IIAs. Deze instellingen worden immers sterk overheerst door

³⁶⁶ UNCTAD, "Reforming the International Investment Regime: an Action Menu" in *World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Governance* (UNCTAD/WIR/2015), 24 juni 2015, 152.

³⁶⁷ E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET EN J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 403.

³⁶⁸ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 180.

³⁶⁹ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 180.

³⁷⁰ UNCTAD, "Reforming the International Investment Regime: an Action Menu" in *World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Governance* (UNCTAD/WIR/2015), 24 juni 2015, 152.

kapitaal-exporterende staten.³⁷¹ Deze redenering heeft niet enkel betrekking op het ICSID maar ook op de andere arbitrage-instellingen bevoegd voor investeerder-staat geschillen. Hun bevoegdheid voor "*investment treaty*" arbitrage zou dan ook worden ontnomen. Deze nuance wordt niet expliciet door het UNCTAD aangehaald.³⁷² De uitbreiding van herziening door de beroepsinstantie moet worden toegejuicht. Het moet immers mogelijk zijn dat uitspraken ook worden gecontroleerd op hun inhoud.

(3) De investeringsrechtbank zou bestaan uit *rechters*, die permanent worden aangewezen (of verkozen) door staten voor een bepaalde ambtstermijn, die gebaseerd is op het model van andere internationale rechtbanken. De rechters zouden *ad hoc* geselecteerd worden voor tribunalen (bestaande uit drie rechters) op basis van een rotatiesysteem. De selectieprocedure zou dan gedaan worden door de voorzitter van de PII of op willekeurige basis.³⁷³ Betwistingen van de onpartijdigheid van een rechter zouden beoordeeld worden door andere rechters van de PII (niet van hetzelfde tribunaal zoals bij investeerder-staat arbitrage). Bovendien zou naast de functie van rechter geen andere functie kunnen worden uitgeoefend, die onverenigbaar zou zijn met de onafhankelijkheid of onpartijdigheid van de rechter.³⁷⁴ De rechter zou dus geen raadsman of expert kunnen zijn in investeringsgeschillen tijdens de gehele duur dat hij/zij is aangewezen als rechter in de investeringsrechtbank.³⁷⁵

Wat betreft de aanstelling van de rechters van de investeringsrechtbank, zou men best een wijze van aanstelling hanteren die de verschillende belangen van de actoren gelijk vertegenwoordigd. De aanstellingen zouden kunnen gedaan worden zoals in internationale rechtbanken, waar de rechters normaliter genomineerd en verkozen worden door staten, via een internationale organisatie, zoals bijvoorbeeld het Internationaal Hof van Justitie, waar de rechters verkozen worden met meerderheidsstemmen van de VN Algemene Vergadering en Veiligheidsraad uit een lijst met kandidaten voorgedragen door de staten. Er zijn nog verschillende andere methoden. In elk geval rust het gezag op de staten of de organisatie van staten en zou dit voor de aanstelling van rechters in de PII ook het geval moeten zijn. Aanstelling door staten is essentieel voor de toerekenbaarheid van de rechters. In arbitrage is er een gebrek aan toerekenbaarheid. Tegenstanders van een aanstelling door staten in een mogelijk beroepsorgaan in investeringsarbitrage zeggen dat staten geen gespecialiseerd en onvooringenomen personeel zouden aannemen. Echter kan erop vertrouwd worden dat staten zorgvuldiger zouden kiezen. In tegenstelling tot arbitrage, waar hoofdzakelijk de partijen de aanstellingen doen, moeten staten immers de belangen van hun bevolking in acht nemen. Staataanstellingen zijn volgens VAN HARTEN dus het beste middel om

³⁷¹ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 181.

³⁷² UNCTAD, "Reforming the International Investment Regime: an Action Menu" in *World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Governance* (UNCTAD/WIR/2015), 24 juni 2015, 152.

³⁷³ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 180.

³⁷⁴ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 180-181.

³⁷⁵ UNCTAD, "Reforming the International Investment Regime: an Action Menu" in *World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Governance* (UNCTAD/WIR/2015), 24 juni 2015, 152.

rechterlijke toerekenbaarheid te verzekeren.³⁷⁶ Het VN-systeem van aanstellingen van rechters is echter sinds 2010 in opspraak gekomen. Er vindt volgens sommigen een opgepast lobbyen van de rechters plaats om verkozen of herkozen te worden, evenals het uitwisselen van beloftes tussen staten onderling betreffende steun aan een bepaalde kandidaat. Staten die mogelijk partij zouden zijn in een geschil zouden een voordeel hebben doordat zij de rechters hebben aangesteld. Dergelijke politieke selectiemechanismen geven de macht om rechters te selecteren aan de staten en ontnemen deze macht van de investeerders. Het gevaar zou dan bestaan dat de belangen van staten worden bevoordeeld ten kosten van de belangen van investeerders.³⁷⁷ Dit zou investeerders kunnen tegenhouden om hun vorderingen in te stellen voor een internationale investeringsrechtbank.³⁷⁸ Een dergelijke stelling zou betekenen dat geen enkele aangestelde rechter in elke internationale rechterlijke organisatie objectief werd verkozen. Indien geen staat-aanstellingen zouden worden gedaan, lijkt de enige optie dat de PII zelf rechters te laten aanstellen via een specifieke, niet-politieke procedure.

Tevens zouden de rechters best aangesteld worden voor een zo lang mogelijke termijn (in tegenstelling tot arbitrage) en dat een herverkiezing wordt uitgesloten. Herverkiezingen zouden het oordeel van de rechters mogelijk beïnvloeden, doordat zij hun beslissingen en visies zouden matigen om een negatieve impact op de verkiezingen te vermijden.³⁷⁹ Een dergelijke vrees zou men kunnen vermijden door geen herverkiezingen te organiseren maar wel eenmalige termijnen of levenslange aanstellingen in te voeren.

(4) Wat betreft de procedureregels, zouden de rechters regels van de PII aannemen die de verschillende huidige institutionele regels zouden vervangen. Zo zou de rechtbank zichzelf kunnen toeleggen op de afwijkingen/onregelmatigheden in het huidige beslechtingssysteem, zoals het vermoeden van vertrouwelijkheid en de mogelijkheid voor eisers om procedurele regels te kiezen, hierbij geleid door overkoepelende principes in het multilaterale verdrag.³⁸⁰

(5) De uitspraken van de rechtbank zou volgens VAN HARTEN moeten worden erkend en ten uitvoer worden gelegd onder de ICSID-Conventie en de "New York Convention", net zoals bij investeerder-staat arbitrage het geval is. Het doel is om hun dwingende gezag te blijven behouden. De beslissingen van deze rechtbank zouden dan ook onderworpen blijven aan herziening door nationale rechtbanken van de plaats van tenuitvoerlegging. De herziening zou mogelijk blijven op grond van de bestaande voorwaarden (*supra* nr. 50 *et seq.*).³⁸¹

³⁷⁶ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 181-182.

³⁷⁷ C. SCHREUER, "The Future of Investment Arbitration" in M.H. ARSANJANI, J.K. COGAN, R.D. SLOANE, S. WEISSNER (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2011, 802.

³⁷⁸ E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET EN J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 410-411.

³⁷⁹ E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET EN J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 410.

³⁸⁰ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 181.

³⁸¹ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 181.

De vraag is of een herziening onder de bestaande verdragen wel een degelijk controlemechanisme is. Immers kan maar herzien worden op beperkte gronden. Natuurlijk zou de PII over een voordeel beschikken dat arbitrage niet heeft, namelijk een beroepsinstantie, dat reeds een inhoudelijke controle zou kunnen uitvoeren. Het is dus niet zo dat de rechters in eerste aanleg niet toerekenbaar zouden zijn voor hun beslissingen.

(6) Er zou tevens permanent ondersteunend personeel zijn in de investeringsrechtbank, dat in internationale tribunalen ook reeds aanwezig is, zoals bijvoorbeeld de "Registry" van de ICJ (het administratief orgaan). Een dergelijk orgaan zal de functie van secretariaat hebben. Rechters zouden ook, net als in de ICJ, een assistent kunnen hebben, die deel uitmaakt van het administratief orgaan. De leden van dit orgaan zouden gebonden worden door strikte regels van vertrouwelijkheid. Een dergelijk orgaan zou de werklast van de rechters aanzienlijk verlichten.³⁸²

79. VOORDELEN EN NADELEN VAN EEN INVESTERINGSRECHTBANK³⁸³ – Niet enkel de belangen van de investeerders zouden worden behartigd door de publieke instelling (zoals bij arbitrage wel het geval is), maar ook de belangen van staten en andere actoren. Tevens zou de legitimiteit van het investeerder-staat regime worden versterkt op een aantal vlakken. Een staande rechtbank zou ten eerste kunnen bijdragen tot de consistentie en voorspelbaarheid van interpretaties van IIAs en van uitspraken van de PII.³⁸⁴ Een positief effect van voorspelbaarheid is doeltreffendheid, hetgeen kan worden vermeerderd en versterkt door een PII, dat consistente en gezaghebbende rechterlijke uitspraken zou doen. Anderen zeggen dan weer dat het geschillenbeslechtingssysteem het best functioneert door haar flexibiliteit en dat er geen te rigide regels zouden mogen worden opgesteld.³⁸⁵ Ook kritiek op een PII is dat, gezien het hele kluwen van IIAs, er onmogelijk werkelijke consistentie in uitspraken van de investeringsrechtbank zou kunnen zijn omdat elke beslissing ook in dit geval (net als in arbitrage) gebaseerd zou zijn op een verschillende IIA. Zelfs indien er sprake zou zijn van "*binding force of precedent*", zou er nog inconsistentie en onvoorspelbaarheid kunnen zijn in verhouding tot arbitrage-uitspraken.³⁸⁶

Ten tweede zou de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de geschillenbeslechters kunnen worden verzekerd, doordat zij aangesteld zouden worden als rechters met een vaste aanstelling en een exclusieve functie (in tegenstelling tot arbitrage). Een vaste aanstelling zou er immers voor zorgen dat de rechter niet beïnvloed wordt door eigen belangen zoals bij arbitrage het geval is (namelijk ervoor zorgen dat men meermaals aangesteld wordt als arbiter). De rechters zouden tevens niet worden aangesteld door de partijen dus van vooringenomenheid zou geen sprake

³⁸² E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET en J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 417-418.

³⁸³ UNCTAD, "Reforming the International Investment Regime: an Action Menu" in *World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Governance* (UNCTAD/WIR/2015), 24 juni 2015, 152.

³⁸⁴ C. SCHREUER, "The Future of Investment Arbitration" in M.H. ARSANJANI, J.K. COGAN, R.D. SLOANE, S. WEISSNER (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2011, 801.

³⁸⁵ E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET en J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 414-416.

³⁸⁶ E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET en J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 416-417.

kunnen zijn. De rechter zelf zou geen belang hebben bij een beoordeling in het voordeel van de ene of de andere partij.³⁸⁷ Door een dergelijke waarborg zouden betwistingen van rechters aanzienlijk dalen.³⁸⁸ Er kan worden opgeworpen dat de partijen dan minder vrij zouden zijn om een diskwalificatie van rechters te verzoeken.³⁸⁹ Tevens zou er in principe minder nood zou zijn aan een diskwalificatie. De mogelijke invoering van de exclusiviteit van de functie van rechter kan een oplossing bieden voor het huidige probleem van conflicten met andere functies van arbiters, zoals raadsman of expert. Zo worden belangenconflicten vermeden. Echter stellen sommigen dat er toch nog sprake zou kunnen zijn van conflicten met vorige professionele activiteiten als advocaat of academicus. Er zou dus zorgvuldig in het multilateraal verdrag moeten worden afgebakend of en in welke mate rechters andere professionele activiteiten zouden mogen uitoefenen en welke situaties belangenconflicten zouden doen rijzen.³⁹⁰ Natuurlijk is het altijd beter om een volledige onverenigbaarheid met andere functies in te voeren.

In verband met een mogelijk secretariaat, vreest men dat de kosten vrij hoog zouden kunnen oplopen, hetgeen nu ook al bij investeerder-staat arbitrage het geval is. Anderen argumenteren dat de kosten afhangen van het aantal zaken en verschillen van zaak tot zaak. Een voorstel is dat lidstaten bij het verdrag de kosten van het secretariaat zouden betalen en de partijen in het geding de kosten die uit het geschil rijzen. Toch zouden de kosten in ieder individueel geschil substantieel verminderen in vergelijking met arbitrage.³⁹¹

Ook zou transparantie worden ingevoerd in een permanente investeringsrechtbank. Er zou immers de plicht zijn om informatie te publiceren met betrekking tot de geschillen. Ook zou er transparantie omtrent de procedureregels zijn. Transparantie zou consistentie bewerkstelligen. Hoe meer transparantie in beslissingen en zaken, hoe zichtbaarder inconsistenties worden. Men zou op deze manier proberen om meer voorspelbaarheid en consistentie in het systeem in te voeren. Die transparantie komt vooral de partijen, die beter hun slaagkansen kunnen inschatten, en het publiek, dat de implicaties van uitspraken kan waarnemen.³⁹² De argumenten pro transparantie in "investment treaty" arbitrage zijn hier eveneens van toepassing.

³⁸⁷ C.N. BROWER en S.W. SCHILL, "Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?", *Chi. J. Int'l L.* 2008-2009, 489; E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET en J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 409.

³⁸⁸ E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET en J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 408.

³⁸⁹ E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET en J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 412-413.

³⁹⁰ E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET EN J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 411-412.

³⁹¹ E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET en J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 417-418.

³⁹² E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET en J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 419-420.

4.2. Slaagkansen van het voorstel tot een permanente internationale investeringsrechtbank

80. JURIDISCHE EN POLITIEKE UITDAGINGEN³⁹³ – De oprichting van een investeringsrechtbank brengt een aantal uitdagingen met zich mee op juridisch en politiek vlak. Het betreft een project dat enkel op lange termijn zou kunnen worden verwezenlijkt. Heel wat elementen moeten in overweging worden genomen.

(1) Er moet consensus worden opgebouwd tussen een enorme aantal staten rond een multilateraal verdrag tot de oprichting van een permanente internationale investeringsrechtbank en rond de structuur van een dergelijke investeringsrechtbank. De complexiteit hiervan kan niet worden onderschat, ten eerste omwille van het aantal partijen. Daarom kan het aantal partijen best zo laag mogelijk worden gehouden bij de onderhandelingen. Ten tweede zijn onderhandelingen voor een multilateraal verdrag complex omwille van de gevoelige (politieke en andere) aangelegenheden en ten derde omwille van de bewustheid van staten van de gevolgen en implicaties van een dergelijke overeenkomst. De ervaring in de praktijk wijst uit dat dergelijke pogingen zeer moeizaam kunnen verlopen. Echter zou het succes van het multilateraal verdrag tot oprichting van het ICSID kunnen aantonen dat staten wel geïnteresseerd zijn in de oprichting van procedurele mechanismen. Om die reden zou een permanente investeringsrechtbank mogelijk aantrekkelijk kunnen zijn voor staten.³⁹⁴ Er zijn reeds enkele initiatieven op regionaal niveau verwezenlijkt of bijna verwezenlijkt wat betreft permanente investeringsrechtbanken -of tribunalen. Zo is er de Arabische Investeringsrechtbank, opgericht door de "Unified Agreement for Investments of Arab Capital in Arab States". De rechtbank bestaat uit minimum vijf rechters, die worden verkozen door een hoger orgaan, genaamd de Raad, uit een lijst van Arabische juristen. De leden van de rechtbank worden aangesteld voor een hernieuwbare periode van drie jaar. Het bestaan van de Arabische investeringsrechtbank heeft echter niet uitgesloten dat de partijen ingeval van een geschil het ICSID kiezen in plaats van de investeringsrechtbank. Dit impliceert dat investeerders niet altijd een vordering willen instellen voor een permanente rechtbank.³⁹⁵ Ook in Zuid-Amerika is de oprichting van permanente investeringstribunalen een initiatief. Een aantal Zuid-Amerikaanse staten hebben zich verenigd onder de zogenaamde UNASUR, waaronder een regionaal investeringstribunaal zou kunnen worden opgericht. Deze initiatieven hebben echter enkel een regionale draagwijdte.³⁹⁶ Op regionaal vlak kunnen bewegingen weg van internationale arbitrage worden vastgesteld. Iedere regio heeft andere opinies omtrent hervormingen van investeerder-staat geschillenbeslechting. Het opbouwen van een consensus omtrent een permanente internationale rechtbank zou wellicht niet

³⁹³ UNCTAD, "Reforming the International Investment Regime: an Action Menu" in *World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Governance* (UNCTAD/WIR/2015), 24 juni 2015, 152.

³⁹⁴ E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET en J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 404-406.

³⁹⁵ E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET EN J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 406.

³⁹⁶ O.E. GARCIA-BOLIVAR, "Permanent Investment Tribunals: The Momentum is Building up" in A. JOUBIN-BRET EN J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 396-397, 399; E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET EN J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 406-407.

eenvoudig verlopen. Om te beginnen is het politieke klimaat veranderd sinds de jaren '60 toen de ICSID-Convention werd onderhandeld. Onderhandelingen omtrent regionale investeringsakkoorden zitten in de lift, zoals bijvoorbeeld de TTIP. De kans op succes voor regionale initiatieven wordt uitgebreid.³⁹⁷

(2) Een tweede element waarover moet worden nagedacht is de organisatie en institutionele structuur van een PII, zoals de locatie, het personeel, de financiering,...

(3) Een derde element heeft betrekking op de participatie van staten. Zo heeft de Europese Commissie eind vorig jaar een voorstel gedaan voor een "*Investment Court System*" (hierop wordt later teruggekomen), dat in eerste instantie een bilateraal systeem zou moeten worden in het kader van de TTIP (een handelsverdrag tussen de EU en de VS). De vraag is hoe men de overgang van bilaterale naar een meer universele structuur zou maken, die ook de belangen van ontwikkelingslanden zou dienen. De overtuiging heerst op dit ogenblik dat een dergelijke PII beter zou werken in een multilaterale context maar dat de inwerkingtreding van het verdrag tot oprichting van een PII eerst door een beperkt aantal staten worden goedgekeurd. Via een "*opt-in*"-systeem kan het aantal lidstaten dan worden uitgebreid.³⁹⁸ Ook hieromtrent moet een consensus worden opgebouwd.

(4) Bovendien moet worden nagedacht over welk soort investeringsgeschillen en IIAs onder de bevoegdheid van de PII zouden vallen. ZULETA merkt op dat de huidige vrijheid van investeerders om de toepasselijke arbitrageregels te kiezen wellicht zou worden beperkt. Bovendien zou waarschijnlijk enige vorm van toestemming van staten vereist zijn (namelijk de aanvaarding van de rechtsmacht van de investeringsrechtbank) vooraleer investeerders vorderingen zouden kunnen instellen bij een PII.³⁹⁹ Ook moet worden uitgewerkt hoe andere kenmerken gerealiseerd zouden moeten worden, bijvoorbeeld de erkenning en tenuitvoerlegging van de uitspraken van de PII.

81. KAN DIT VOORSTEL SLAGEN? – De idee achter het voorstel van een permanente internationale investeringsrechtbank is dat het een betere beslechtsmechanisme zou zijn dan *ad hoc* arbitrage. Dit voorstel gaat uit van de veronderstelling dat arbitrage geen goed mechanisme is voor investeerder-staat geschillen. De voorstanders van een PII zien alleen maar voordelen. Voor kapitaal-exporterende staten is een permanente internationale investeringsrechtbank zeer te verkiezen boven private arbitrage, waarin de staten weinig te zeggen hebben en er sprake is van vooringenomenheid tegenover Gaststaten. Het voorstel zou echter niet het recht van investeerders ontnemen om een vordering in te stellen tegen Gaststaten. Schadevergoedingen zouden nog steeds een publiekrechtelijke remedie zijn en de standaarden van investeringsrechten zouden niet worden herschreven. Investeerders zouden moeten worden onderworpen aan het recht, toegepast door een onafhankelijk rechterlijk orgaan. Bovendien zouden alle bestaande arbitrage-tribunalen worden vervangen door één degelijk rechterlijk orgaan, dat transparant en toerekenbaar zou zijn,

³⁹⁷ E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET EN J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 407-408.

³⁹⁸ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 183.

³⁹⁹ E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET EN J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 408.

consistentie en coherente uitspraken zou wijzen en oprecht onafhankelijk en onpartijdig zou zijn.⁴⁰⁰ In de structuur van een permanente rechtbank kunnen dergelijke waarborgen worden geboden, met als gevolg voordelen voor zowel staten als voor investeerders. Natuurlijk moet er een bereidheid zijn om weer op internationaal niveau een systeem uit te werken. Sommigen stellen dat, omdat het ICSID een aanpasbaar systeem is met een grote flexibiliteit, dat om die reden een PII ook een dergelijke flexibiliteit zou moeten hanteren. Het succes van het ICSID is immers geen toeval.⁴⁰¹ Hoe meer flexibiliteit aan de lidstaten bij het verdrag tot oprichting van een PII, hoe meer kans op slagen er zou zijn. Natuurlijk spelen ook nog bovenstaande factoren een grote rol. Een combinatie van flexibiliteit en andere evenwichtige waarborgen voor alle belanghebbenden zouden een positief resultaat kunnen bewerkstelligen.

Tegenstanders van een PII zeggen dat het voorstel geen kans op slagen heeft om een aantal redenen: (1) een PII zou enkel gepast zijn wanneer er sprake was van een rechtssysteem. Op dit moment zijn er enorm veel IIAs in werking en men betwijfelt dan ook dat deze rechters consistente en eenduidige beslissingen hieromtrent zouden kunnen nemen, (2) een investeringsrechtbank zou niet kunnen garanderen dat de meest capabele juristen zouden worden aangesteld als rechter. Het is niet omdat staten de aanstelling doen van rechters dat de kwaliteit van rechterlijke beslissingen hoog zijn of de geloofwaardigheid van het systeem wordt versterkt.⁴⁰² Wat betreft het eerste argument, kan zeker worden beaamd dat het eveneens geen makkelijke taak is om al deze verschillende IIAs te interpreteren en toe te passen. Met een precedentensysteem zou deze taak echter deels verlicht worden. Bovendien moet voor ogen gehouden worden dat het internationaal investeringsrecht moet blijven ontwikkelen.⁴⁰³

4.3. Het voorstel van de Europese Commissie in het kader van TTIP

82. INHOUD VAN HET VOORSTEL VAN DE EUROPESE COMMISSIE – De Europese Unie doet heel wat inspanningen om buitenlandse investeringen te stimuleren en te promoten, met als doel groei en job ontwikkeling.⁴⁰⁴ In deze situatie moeten de recente pogingen tot hervorming van investeerder-staat geschillenbeslechting gekaderd worden. Het Verdrag van Lissabon wees in 2009 bevoegdheid toe aan de EU voor bescherming van investeringen.⁴⁰⁵ Dit bood mogelijkheden om een grondige hervorming door te voeren van het huidige investeerder-staat geschillenbeslechtingsmechanisme. Deze hervormingen werden aangekaart tijdens

⁴⁰⁰ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 183-184.

⁴⁰¹ E. ZULETA, "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in A. JOUBIN-BRET EN J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 408.

⁴⁰² L. GONZALEZ GARCIA, "Making Impossible Investor-State Reform Possible" in A. JOUBIN-BRET EN J.E. KALICKI (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 431-432.

⁴⁰³ UNCTAD, *World Investment Report 2013 – Global Value Chains: Investment and Trade for Development* (UNCTAD/WIR/2013), datum, 116.

⁴⁰⁴ EUROPESE COMMISSIE, "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Trade for All, Towards a More Responsible Trade and Investment policy", 14 oktober 2015, COM(2015)0497 def., 4.

⁴⁰⁵ Art. 207, (1) VWEU.

onderhandelingen van handelsverdragen tussen de EU en andere partijen. In 2014 onderhandelde de EU twee vrijhandelsakkoorden, die investeringsbescherming omvatten, met Canada, namelijk de "*Comprehensive and Economic Trade Agreement*" (CETA), en met Singapore, namelijk de "EU Singapore Free Trade Agreement" (FTA). In de CETA werden heel wat procedurele waarborgen vastgelegd, zoals onder andere volledige transparantie, een verbod op parallelle procedure in rechtbanken en investeerder-staat tribunalen en een toekomstig beroepsorgaan.⁴⁰⁶

In onderhandelingen voor een ander handelsverdrag, namelijk het TTIP, tussen de EU en de VS, gaat veel aandacht uit naar buitenlandse investeringen en geschillenbeslechting. Uit de publieke opinie is gebleken dat op een aantal vlakken verbeteringen nodig zijn, waaronder nieuwe voorstellen voor een verbeterde functionering van het huidige investeerder-staat geschillenbeslechtingsmechanisme. Het hervormingsdoel is tweevoudig: (1) Men wil arbitrage transformeren naar een dat meer gelijkend is op traditionele rechtbanken (een semipermanent quasi-rechterlijk orgaan⁴⁰⁷), bijvoorbeeld door een permanente aanstelling van arbiters in plaats van een *ad hoc* aanstelling per zaak en een beroepsorgaan. Deze transformatie gebeurt op bilateraal niveau in het kader van de TTIP. Het doel is dat het "*Investment Court System*" eveneens in alle handelsverdragen tussen de EU en haar partners wordt ingevoerd. Het beroepsorgaan zou dus van toepassing zijn op meerdere akkoorden en tussen meerdere partners, bijvoorbeeld door een "*opt-in*" systeem in te voeren.⁴⁰⁸ (2) Parallel aan deze hervormingen werd voorgesteld dat de EU zou werken aan een permanente internationale investeringsrechtbank met een beroepsinstantie. Een permanente investeringsrechtbank zou bovendien het beslechtingsmechanisme zijn voor meerdere verdragen en tussen meerdere handelspartners, ook op basis van een "*opt-in*" systeem. Hiervoor zou wel internationale consensus moeten worden opgebouwd. Hiermee zou men al willen starten, parallel met het opzetten van een bilateraal beroepsmechanisme.⁴⁰⁹ Dit voorstel dient als basis voor een discussie met de Europese Commissie, het Europees Parlement en de Europese Raad.⁴¹⁰

In een voorstel van de Europese Commissie aan de andere Europese instellingen wordt het voorstel als volgt uiteengezet: in een eerste stap zullen EU bilaterale verdragen de transformatie beginnen van de huidige investeerder-staat geschillenbeslechting naar een publiek "*Investment Court System*", dat zal bestaan uit een "*Tribunal of first instance*"⁴¹¹ en een "*Appeal Tribunal*"⁴¹², die zullen werken zoals traditionele rechtbanken. Dit "*Investment Court System*" zou de *ad hoc*

⁴⁰⁶ EUROPESE COMMISSIE, "Investments in TTIP and beyond – the Path for Reform" (concept paper), 5 mei 2015, 1-2.

⁴⁰⁷ L. WOODS, "Fit for purpose? The EU's Investment Court System", *Kluwer International Blog*, 23 maart 2016, <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/03/23/to-be-decided/>.

⁴⁰⁸ EUROPESE COMMISSIE, "Investments in TTIP and beyond – the Path for Reform" (concept paper), 5 mei 2015, 11.

⁴⁰⁹ EUROPESE COMMISSIE, "Investments in TTIP and beyond – the Path for Reform" (concept paper), 5 mei 2015, 3-4, 11-12.

⁴¹⁰ EUROPESE COMMISSIE, "Investments in TTIP and beyond – the Path for Reform" (concept paper), 5 mei 2015, 4.

⁴¹¹ Art. 9, §1 European Commission Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

⁴¹² Art. 10 European Commission Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

investeerder-staat geschillenbeslechtsmechanismen vervangen.⁴¹³ Men begint deze transformatie in het kader van TTIP. Er zal een duidelijke gedragscode worden opgesteld om belangenconflicten te vermijden. Er zullen onafhankelijke rechters worden aangesteld met hoge technische en juridische kwalificaties, vergelijkbaar met de vereisten voor leden van permanente internationale rechtbank, zoals de ICJ. Parallel met de oprichting van een bilateraal "*Investment Court System*" zal consensus worden opgebouwd met partners voor de oprichting van een volledig permanente internationale investeringsrechtbank.⁴¹⁴ Het doel is dat deze investeringsrechtbank alle beslechtsmechanismen, die worden voorzien in EU-akkoorden, in akkoorden van EU-lidstaten met derde staten en in handels- en investeringsverdragen gesloten tussen niet-EU staten, vervangt.⁴¹⁵

Zoals hierboven reeds werd vermeld, moet dit voorstel van de Commissie nog worden voorgelegd aan en goedgekeurd door het Europees Parlement en de lidstaten van de EU in de Europese Raad. Indien het voorstel goedgekeurd is door de EU-instellingen, zal er een formeel voorstel worden overhandigd aan de VS.⁴¹⁶ Sinds oktober 2015 bevindt het voorstel zich in een voorbereidende fase bij het Europees Parlement.⁴¹⁷ Dit voorstel kan tevens een effect hebben op de onderhandelingen van andere handelsverdragen, zoals de CETA en de FTA.⁴¹⁸

83. EEN ANALYSE VAN HET VOORSTEL – Volgens VAN HARTEN heeft het voorstel van de Europese Commissie een aantal tekortkomingen. Het eerste mankement is dat investeerder-staat geschillenbeslechting nog steeds aanwezig is in het voorstel en de benaming "*Investment Court System*" is hoofdzakelijk een herformulering van investeerder-staat geschillenbeslechting. Er worden nog steeds gebrekkige elementen van het huidige beslechtsmechanisme overeind gelaten, die een schijn van vooringenomenheid van de rechters zouden kunnen doen ontstaan. Ten eerste zouden enkel investeerders het recht krijgen om een vordering in te stellen.⁴¹⁹ De rechters in het "*investment court system*" zouden eveneens een financieel belang blijven behouden in het toekomstige zaken omdat zij betaald zouden worden in een context waar enkel een partij een vordering kan instellen. Betalingen van erelonen gebeuren tevens volgens de "*ICSID Regulations*"

⁴¹³ EUROPESE COMMISSIE, "Draft text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)" (press release), 16 september 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5652_en.htm .

⁴¹⁴ EUROPESE COMMISSIE, "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Trade for All, Towards a More Responsible Trade and Investment policy", 14 oktober 2015, COM(2015)0497 def., 15.

⁴¹⁵ EUROPESE COMMISSIE, "Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations" (Press release), 16 September 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_en.htm .

⁴¹⁶ European Commission Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf; EUROPESE COMMISSIE, "Draft text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)" (press release), 16 september 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5652_en.htm .

⁴¹⁷ [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=COM\(2015\)0497&l=en](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=COM(2015)0497&l=en) .

⁴¹⁸ G. VAN HARTEN, "Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP", Osgoode Hall Law School, Legal Studies Research Paper Series nr. 16, 2016, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122 , 1.

⁴¹⁹ Art. 1, §2, sectie 3 European Commission Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf : " *"claimant" means an investor of a Party, as defined in Article 1 of Chapter X (General Provisions), which seeks to submit or has submitted a claim pursuant to this section, either (a) acting on its own behalf; or (b) acting on behalf of a locally established company which it owns or controls.*" (cursivering toegevoegd)

waarbij de financiële vergoedingen worden gelinkt aan de frequentie van zaken.⁴²⁰ Het "*Tribunal of first instance*" zou bestaan uit 15 rechters, namelijk vijf inwoners uit een lidstaat van de EU, vijf inwoners van de VS en vijf inwoners van andere staten (zie ook artikel 10, §2 van de ontwerptekst voor de samenstelling van de beroepsinstantie).⁴²¹ Een dergelijke bepaling maakt vooringenomenheid mogelijk aangezien de rechters in een zaak dezelfde nationaliteit zouden kunnen hebben als (een van) de partijen.⁴²² Rechters in een zaak zouden niet worden aangesteld door de partijen, maar wel door de Voorzitter van het "*Tribunal of first instance*" en van de beroepsinstantie, via een rotatiesysteem.⁴²³ Volgens sommigen is het gevolg dat de aanstelling van de rechters zou gebaseerd zijn op politieke motieven, aangezien de staten bij het akkoord enkel rechters zouden aanstellen, die een pro-staat ingesteldheid hebben.⁴²⁴ Niet alle rechters zouden aan de voorgestelde vereisten moeten voldoen (zij kunnen immers ook rechters met een erkende bekwaamheid zijn)⁴²⁵ en ze zouden nog steeds als arbiter kunnen optreden in arbitragezaken (enkel de functie van raadsman wordt uitgesloten).⁴²⁶ Er is dus geen volledige onverenigbaarheid met andere functies voorzien, tenzij de rechters voltijds worden aangesteld. Dan mogen de rechters geen enkele andere professionele activiteit uitoefenen.⁴²⁷ Er kan volgens VAN HARTEN dan ook geen werkelijke onafhankelijkheid van de rechters worden bewerkstelligd.⁴²⁸ Ook zouden de huidige arbitrageregels van toepassing zijn.⁴²⁹

De mogelijke oprichting van een permanente internationale investeringsrechtbank is volgens VAN HARTEN op het eerste zicht veelbelovend. Echter stelt de auteur de ernst van de intenties van de Europese Commissie (hierna "EC") in twijfel. De EC zou het investeerder-staat geschillenbeslechtsmechanisme reeds moeten vervangen door een PII, alvorens het voorstel zou worden overgemaakt aan de VS. Een dergelijke werkwijze, waarbij eerst een voorstel van

⁴²⁰ Art. 9, §14, sectie 3 European Commission Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

⁴²¹ Art. 9, §2, sectie 3 European Commission Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

⁴²² P.H. CHASE, "TTIP, investor-state dispute settlement and the rule of law", *European View* 2015, 226.

⁴²³ Art. 9, §7 en art. 10, §9, sectie 3 European Commission Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

⁴²⁴ L. WOODS, "Fit for purpose? The EU's Investment Court System", *Kluwer International Blog*, 23 maart 2016, <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/03/23/to-be-decided/>.

⁴²⁵ Art. 9, §4 en 10, §7, sectie 3 European Commission Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf: "*The Judges shall possess the qualifications required in their respective countries for appointment to judicial office, or be jurists of recognised competence*" (cursivering toegevoegd).

⁴²⁶ Art. 11, §1, sectie 3 European Commission Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

⁴²⁷ Art. 9, §15 en 10, §14, sectie 3 European Commission Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

⁴²⁸ G. VAN HARTEN, "Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP", Osgoode Hall Law School, Legal Studies Research Paper Series nr. 16, 2016, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122, 1-2.

⁴²⁹ Art. 6, §2, sectie 3 European Commission Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

investeerder-staat geschillenbeslechting wordt gedaan, alvorens men een investeringsrechtbank wil voortzetten, ondermijnt volgens de auteur de geloofwaardigheid van de EC.⁴³⁰ Deze mening moet worden bijgetreden. De focus van de hervormingen van investeerder-staat geschillenbeslechting lijkt te liggen bij het "*investment court system*" en niet bij een permanente investeringsrechtbank. De vraag is dan ook of men wel daadwerkelijk het voorstel van een PII wil invoeren. Indien men een dergelijke intentie heeft, lijkt een tussenstap, namelijk de "*investment court system*" onlogisch.

Ook vermeldt de auteur dat de hervormingen van de EC een miniem positief effect zou hebben op een gebrek aan onafhankelijkheid, procedurele eerlijkheid en balans.⁴³¹ Op het vlak van transparantie kan wel een positief effect worden vastgesteld. Zo bepaalt artikel 18 van de ontwerptekst dat de "*UNCITRAL Transparency Rules*" van toepassing zijn en dat een ruime transparantie wordt toegepast.⁴³² De EC erkent ook dat transparantie een essentieel element is om de legitimiteit en toerekenbaarheid van het systeem te verzekeren.⁴³³

De gronden waarop de beroepsinstantie een "*provisional award*" van het Tribunaal mag beoordelen zijn ruimer dan onder het traditionele arbitragemechanisme. Ook indien het Tribunaal een (manifeste) vergissing heeft begaan in de interpretatie of de toepassing van het toepasselijke recht en in de appreciatie van de feiten kan de uitspraak worden betwist.⁴³⁴ Het is beslist een verbetering dat de betwistingsmogelijkheden van een uitspraak zouden worden uitgebreid.

Wat betreft de duur van een procedure onder het "*investment court system*", worden er een aantal termijnen vastgelegd. Zo moet het Tribunaal een uitspraak doen binnen 18 maanden vanaf de datum van indiening van de vordering.⁴³⁵ Dit komt tegemoet aan de kritiek die bestaat omtrent de lange duurtijd van arbitrageprocedures. Er kan worden vastgesteld dat het "*investment court system*" in plaats van een werkelijke hervorming van het huidige beslechtsmechanisme, eerder een verderzetting is van het systeem zoals het nu is, ondanks een aantal wijzigingen.⁴³⁶

Ondertussen werd reeds in de CETA een "*investment court system*" ingeschreven. De inhoud van het voorstel in het kader van TTIP is grotendeels overgenomen, zij het hier en daar meer gespecificeerd, zoals bijvoorbeeld de bevoegdheid van het "*Appellate Tribunal*".⁴³⁷ Het lijkt er dus op

⁴³⁰ G. VAN HARTEN, "Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP", Osgoode Hall Law School, Legal Studies Research Paper Series nr. 16, 2016, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122, 6-7.

⁴³¹ G. VAN HARTEN, "Comments on the European Commission's Approach to Investor-State Arbitration in TTIP and CETA", Osgoode Hall Law School research paper nr. 59, 2014, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2466688, 29-30.

⁴³² Art. 18, sectie 3 European Commission Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

⁴³³ G. VAN HARTEN, "Comments on the European Commission's Approach to Investor-State Arbitration in TTIP and CETA", Osgoode Hall Law School research paper nr. 59, 2014, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2466688, 32.

⁴³⁴ Art. 29, §1, sectie 3 European Commission Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

⁴³⁵ Art. 28, §5, sectie 3 European Commission Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

⁴³⁶ P.H. CHASE, "TTIP, investor-state dispute settlement and the rule of law", *European View* 2015, 226.

⁴³⁷ Art. 8.22-8.29 Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) (nog niet in werking getreden), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.

dat ook in toekomstige verdragen een "*investment court system*" zal worden ingevoerd. De toekomst van een permanente internationale investeringsrechtbank blijft echter nog onzeker.

Hoofdstuk 5: Conclusie

84. DE KRTIEKEN OP "INVESTMENT TREATY" ARBITRAGE – In deze masterscriptie werden ter inleiding een aantal investeerder-staat geschillenbeslechtsmechanismen besproken, namelijk klassieke geschillenbeslechting onder de rechtbanken, conciliatie en investeerder-staat arbitrage. Vervolgens werd de kritiek op "*investment treaty*" arbitrage besproken, die viervoudig is: (1) een gebrek aan legitimiteit en transparantie, (2) een gebrek aan consistente en correcte arbitrage-uitspraken, (3) afhankelijkheid en partijdigheid van arbiters, en (4) hoge kosten en lange duurtijd van arbitrageprocedures. Deze kritiek komt voort uit de opvatting dat "*investment treaty*" arbitrage meer gelijkend is op het publiekrechtelijk systeem van geschillenbeslechting. Investeringsgeschillen gaan immers over de legaliteit van overheidshandelingen. Het is bijgevolg essentieel dat het arbitrageproces bepaalde waarborgen biedt. Op heden is er een gebrek aan dergelijke waarborgen. Sommige rechtsleer is niet overtuigd van de tekortkomingen die "*investment treaty*" arbitrage vertoont. Andere rechtsleer spreekt van een ware legitimiteitscrisis. De vraag is dan of private arbitrage voor investeringsgeschillen kan blijven bestaan. De kleine hervormingen die reeds werden ingevoerd om tegemoet te komen aan de kritiek op investeringsarbitrage zijn niet afdoende. Zo is het niveau van transparantie nog steeds niet hoog genoeg, ook al heeft het ICSID heel wat verandering ingevoerd, zoals publicatie van alle ICSID-uitspraken. Bovendien wordt onvoldoende gedaan om inconsistentie van arbitrage-uitspraken te verminderen. Zo zou bijvoorbeeld een precedentensysteem kunnen worden ingevoerd. De bezorgdheid omtrent onafhankelijkheid en onpartijdigheid is tot op heden nog steeds gegrond. De vereisten waaraan arbiters moeten voldaan zijn niet strikt genoeg en partij-aanstellingen blijken niet altijd een goede methode om arbiters aan te stellen. Er moet dan ook gepleit worden voor wijzigingen die vooringenomenheid verhinderen, zoals aanstellingen van arbiters door de instellingen zelf. Ook kan de praktijk worden gehandhaafd dat arbiters niet weten welke partij hen heeft aangesteld. Op die manier voelen arbiters zich niet verplicht om te oordelen in het voordeel van de partij die hen heeft aangesteld. Aan de kritiek dat arbitrageprocedures een te lange duurtijd hebben, kan verholpen worden door vaste termijnen op te leggen. Het ICSID is reeds begonnen met dergelijke wijzigingen. Ook kunnen de kosten worden gedrukt door een uniforme regeling omtrent kosten in te voeren of door vorderingen zonder een juridische grondslag meteen te betwisten.

85. EEN PERMANENTE INTERNATIONALE INVESTERINGSRECHTBANK – Er werd reeds zeer veel geschreven over mogelijke hervormingen aan het arbitragesysteem. Een opmerkelijk voorstel betreft de vervanging van "*investment treaty*" arbitrage door een nieuw geschillenbeslechtsmechanisme, namelijk een permanente internationale investeringsrechtbank. Voorstanders van dit voorstel zijn van mening dat een investeringsrechtbank meer waarborgen kan bieden voor investeringsgeschillen dan private arbitrage. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van rechters zou veel beter kunnen gewaarborgd worden, doordat de aanstelling van de rechters niet zou gebeuren door de partijen in het investeringsgeschil. Een staande rechtbank zou ook bijdragen tot consistentie en voorspelbaarheid van haar uitspraken. Er zou alleszins over zeer veel aspecten moeten worden nagedacht om een dergelijke investeringsrechtbank te realiseren, zoals de oprichting van een multilateraal verdrag tot oprichting van een permanente

investeringsrechtbank en het bieden van voldoende waarborgen voor de beslechting van investeringsgeschillen. Dit is een heuse opgave. Het is moeilijk te zeggen of het voorstel een kans op slagen heeft. Veel hangt af van de bereidheid op internationaal niveau.

Het voorstel van een investeringsrechtbank werd tevens opgepikt door de Europese Commissie in de onderhandelingen voor TTIP. Er werd weliswaar een 'tussenstap' ingevoegd in afwachting van de oprichting van een permanente internationale investeringsrechtbank. Deze 'tussenstap' omvat de oprichting van een "*Investment Court System*", hetgeen eigenlijk neerkomt op een verderzetting is van "*investment treaty*" arbitrage. Het is een semipermanent quasi-rechterlijk orgaan, dat "*investment treaty*" arbitrage moet vervangen. Het voorstel heeft zowel voor –als nadelen. Zo moeten de rechters nog steeds niet aan strenge vereisten voldoen om aangesteld te worden als rechter. Het doel van de EU is om een dergelijk systeem op bilateraal niveau op te richten, bij elk investeringsverdrag dat de EU sluit met buitenlandse staten. De mogelijkheid bestaat om uit te breiden naar een multilateraal niveau. De vraag is of na het succesvol bedingen van het "*investment court system*" nog actief zal worden gewerkt aan een oprichting van een permanente internationale investeringsrechtbank.

Bibliografie

Wetgeving

Verdragen

- Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards van 10 juni 1958, *UNTS* vol. 330, 3-83.
- Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States van 18 maart 1965, *UNTS* vol. 575, 159-235.

Institutionele regels

- Administrative and Financial Regulations van 10 april 2006, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partC.htm> .
- Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules) van 10 april 2006, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partF.htm> .
- Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings van 10 april 2006, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partD.htm>.
- Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the International Centre for Settlement of Investment Disputes van 10 april 2006, https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/AFR_2006%20English-final.pdf .
- ICSID Rules of Procedure for Conciliation Proceedings (Conciliation Rules) van 10 april 2006, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partE.htm> .
- PCA Optional Conciliation Rules van 1 juli 1996, <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Permanent-Court-of-Arbitration-Optional-Conciliation-Rules.pdf>.
- PCA Rules Concerning the Organization and Internal Workings of the International Bureau of the Permanent Court of Arbitration van 18 december 1900, <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Rules-Concerning-the-Organization-and-Internal-Working-of-the-International-Bureau-of-the-Permanent-Court-of-Arbitration.pdf>.
- LCIA Arbitration Rules van 1 oktober 2014, [http://www.lcia.org/Dispute Resolution Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx](http://www.lcia.org/Dispute%20Resolution%20Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx) .
- UNCITRAL Arbitration Rules van 16 december 2013, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf> .
- UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration van 1 april 2014, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf> .

"International Investment Agreements"

- Accord entre l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise et le Gouvernement de la République Populaire de Chine concernant l'Encouragement et la Protection Réciproque des Investissements van 6 juni 2005, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/338>.

- Agreement between Japan and the Sultanate of Oman for the Reciprocal Promotion and Protection of Investment van 19 juni 2015 (nog niet in werking getreden), <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3481>.
- Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) (nog niet in werking getreden), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.

Richtlijnen

- International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration van 23 oktober 2014, iv + 27 p.

Ontwerpteksten

- European Commission Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf , 52 p.

Rechtspraak en arbitragebeslissingen

- ICSID, *Lanco International Inc. v. The Argentine Republic*, nr. ARB/97/6 (preliminary decision on jurisdiction of the arbitral tribunal), 8 december 1998, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450_0.pdf.
- ICSID, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ARB/00/4 (Decision on Jurisdiction), 31 juli 2001, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>.
- ICSID, *Compañía de Aguas des Aconquija SA & Vivendi Universal v. Argentine Republic*, nr. ARB/97/3 (Decision on the challenge to the president of the committee), 3 oktober 2001, *ICSID Rev.-FILJ* 2002, 168-181.
- ICSID, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, nr. ARB/01/13 (decision of the tribunal on objections to jurisdiction), 6 augustus 2003, *ICSID Rev.-FILJ* 2003, 307-373.
- ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, nr. ARB/01/8, 12 mei 2005, *ILM* 2005, 1205-1263.
- ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, nr. ARB/03/17 (decision on jurisdiction), 16 mei 2006, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&ocId=DC514_En&caseId=C18.
- ICSID, *LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, nr. ARB/02/1 (Decision on Liability), 3 oktober 2006, *ICSID Rev.-FILJ* 2006, 203-268.
- ICSID, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v. Argentine Republic*, nr. ARB/01/3, 22 mei 2007, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&ocId=DC830_En&caseId=C3
- ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, nr. ARB/01/8 (annuleringsprocedure), 25 september 2007,

- https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&ocId=DC687_En&caseId=C4.
- ICSID, *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, nr. ABR/02/16, 28 september 2007, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&ocId=DC694_En&caseId=C8.
 - ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, nr. ARB/03/19 (Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal), 22 oktober 2007, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0824.pdf>.
 - ICSID, *Tza Yap Shum v Republic of Peru*, nr. ABR/07/6 (samenvatting van de uitspraak), 7 juli 2011, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0882.pdf> , 9 p.
 - ICSID, *ConocoPhillips Company et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, nr. ARB/07/30 (decision on the proposal to disqualify L. Yves Fortier, Q.C., arbitrator), 27 februari 2012, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&ocId=DC2451_En&caseId=C259 .
 - ICSID, *Bernhard von Pezold v. Zimbabwe en Border Timbers et al. v. Zimbabwe*, nrs. ARB/10/15 en ARB/10/25 (Procedural order nr. 2), 26 juni 2012, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1044.pdf> .
 - ICSID Additional Facility, *Metalclad corp v. United Mexican States*, nr. ARB(AF)/97/1, 30 augustus 2000, 16 *ICSID Rev. - FILJ* 2001, 168-202.
 - ICSID Additional Facility, *Gemplus, SA, SLP, SA and Gemplus Industrial, SA de CV v United Mexican States and Talsud, SA v United Mexican States*, nr. ARB(AF)/04/3 and ARB(AF)/04/4, 16 June 2010, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&ocId=DC2112_En&caseId=C41 .
 - UNCITRAL, *Methanex Corporation v. United States of America*, decision of the tribunal on petitions of third persons to intervene as "amici curiae", 15 januari 2001, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517_0.pdf.
 - UNCITRAL, *National Grid PLC v. The Republic of Argentina*, nr. UN 7949 (Decision on the Challenge to Mr Judd L. Kessler), 3 december 2007, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1171.pdf>.
 - Tribunal Fédéral Suisse 23 november 2000, *SGS Société Générale de Surveillance Holding S.A. c. la République Islamique du Pakistan*, nr. 4C.250/2000, www.bger.ch.
 - Supreme Court British Columbia 2 mei 2001, *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0512.pdf>.

Rechtsleer

Boeken

- ALVAREZ, J.E. en KHAMSI, K., "The Argentine Crisis and Foreign Investors, a Glimpse into the Heart of the Investment Regime" in SAUVANT, K.P. (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, New York, Oxford University Press, 2009, 379-478.

- BORN, G.B., *International Arbitration: Law and Practice*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2012, xxviii + 480 p.
- BILLIET, J., *International Investment Arbitration: A Practical Handbook*, Antwerpen, Maklu, 2016, 496 p.
- BLACKABY, N., PAULSSON, J., REED, L., *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2011, xvii + 468 p.
- CRAWFORD, J., DOAK BISHOP, R., MICHAEL REISMAN, W., *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Den Haag, Kluwer Law International, 2005, lv + 1653 p.
- CONSTAIN, S., "ISDS Growing Pains and Responsible Adulthood" in JOUBIN-BRET, A., KALICKI, J.E. (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 345-350.
- DIEHL, A.N., "Tracing a Success of "The Baby Boom of BITS" in A. REINISCH en C. KNAHR (eds.), *international investment law in context*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2008, 7-25.
- DOLZER, R. en SCHREUER, C., *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, xxxvi + 417 p.
- GARCIA-BOLIVAR, O.E., "Permanent Investment Tribunals: The Momentum is Building up" in JOUBIN-BRET en A., KALICKI, J.E. (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 394-402.
- GONZALEZ GARCIA, L., "Making Impossible Investor-State Reform Possible" in JOUBIN-BRET, A. en KALICKI, J.E. (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 424-436.
- HOFFMANN, A.K. en VAN HAERSOLTE-VAN HOF, J.J., "The Relationship between International Tribunals and Domestic Courts", in MUCHLINSKI, P., ORTINO, F., SCHREUER, C. (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 962-1007.
- JACOB, M. en SCHILL, S.W., "Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method" in BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. en REINISCH, A. (eds.), *International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, 700-763, nrs. 1-168.
- JOUBIN-BRET, A., KALICKI, J.E. (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, xi + 1003 p.
- MALINTOPPI, L., "Arbitrator's Independence and Impartiality" in MUCHLINSKI, P., ORTINO, F., SCHREUER, C. (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 789-829.
- MALINTOPPI, L. en REINISCH, A., "Methods of Dispute Resolution", in MUCHLINSKI, P., ORTINO, F., SCHREUER, C. (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 691-720.
- NADAKAVUKAREN SCHEFER, K., *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 554 p.
- PETERSON, L.E., "Out of Order" in BALCHIN, D., CHUNG, L. et al. (eds.) *The Backlash against Investment Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, 483-488.
- SASSE, J.P., *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, doctoraatsthesis Rechten en Economie Universiteit Hamburg, Wiesbaden, Springer Gabler, 2011, 239 p.

- SORNARAJAH, M., "A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration" in SAUVANT, K.P. (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, 2008, New York, Oxford University Press, 39-79.
- SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. en SINCLAIR, A. (eds.), *The ICSID Convention – A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, lxxvii + 1524 p.
- SCHREUER, C., "Investment Arbitration" in ALTER, K.J., ROMANO, C.P.R., SHANY, Y. (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 295-315.
- SCHREUER, C., "The Future of Investment Arbitration" in ARSANJANI, M.H., COGAN, J.K., SLOANE, R.D., WEISSNER, S. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2011, 787-803.
- SORNARAJAH, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, xv + 390 p.
- SUBEDI, S.P., *International Investment Law, Reconciling Policy and Principle*, Portland, Hart Publishing, 2008, xxii + 229 p.
- SUREDA, A.R., "Precedent in Investment Treaty Arbitration" in BINDER, C., KRIEBAUM, U., REINISCH, A., WITTICH, S., *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of C. Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 830-842.
- VAN HARTEN, G., *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, xxxii + 214 p.
- WEILER, T.J.G., *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 1, Huntington, Juris Publishing, 2008, x + 346 p.
- ZULETA, E., "The Challenges of Creating a Standing International Investment Court", in Joubin-Bret, A., Kalicki, J.E. (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system, journeys for the 21st century*, Leiden, Koninklijke Brill, 2015, 403- 423.

Tijdschriften

- BERAUDO, J.-P., "Egregious Error of Law as Grounds for Setting Aside an Arbitral Award", *Journal of Internat. Arbitration* 2006, 351-361.
- BIUKOVIC, L., "A View from the Centre, NAFTA Arbitration Awards in British Columbia Courts, the *Metalclad* Case", *Advocate Vancouver* 2002, 259-264.
- BROWER, C.N. en SCHILL, S.W., "Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?", *Chi. J. Int'l L.* 2008-2009, 471-498.
- CHASE, P.H., "TTIP, investor-state dispute settlement and the rule of law", *European View* 2015, 217-229.
- CRISTANI, F., "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Investment Arbitration: An Overview", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2014, 153-177.
- FRANCK, S.D., "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham L. Rev.* 2004-2005, 1521-1625.
- FRANCK, S.D., "Rationalizing costs in investment treaty arbitration", *Wash. U. L. Rev.* 2010-2011, 769-852.

- GOTANDA, J.Y., "Consistently Inconsistent: The Need for Predictability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations", *ICSID Rev.- FILJ* 2013, 420-437.
- GAZZINI, T., "Necessity in International Investment Law: Some Critical Remarks on CMS v. Argentina", *J. Energy Nat. Resources L.* 2008, 450-469.
- KAUFMANN-KOHLER, G., "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?", *Arbitration International* 2007, 357-378.
- PAULSSON, J., "Moral Hazard in International Dispute Resolution", *ICSID Rev.- FILJ* 2010, 339-355.
- SACERDOTI, G., "Is the party-appointed arbitrator a "pernicious institution"? A reply to professor Hans Smit, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, No. 35", 2011, 1-3.
- SCHNEIDERMAN, D., "Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes", *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 2010, 383-416.
- SMIT, H., "The pernicious institution of the party-appointed arbitrator, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment No. 33", 2010, http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_33.pdf , 1-3.
- TAICHERT, R.D., "Why not provide for neutral party-appointed arbitrators?", *Dispute Resolution Journal* 2002-2003, 22-23.
- TI SENG WEI, E., "Why egregious errors of law may yet justify a refusal of enforcement under the New York Convention", *Sing. J. Legal Stud.* nr. 2 (2009), 592-617.
- VANDUZER, J.A., "Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration Through Transparency and Amicus Curiae Participation", *McGill. L. J.* 2007, 681-723.
- WEBSTER, T.H., "Efficiency in Investment Arbitration: Recent Decisions on Preliminary and Costs Issues", *Arbitration International* 2009, 469-514.
- WOODS, L., "Fit for purpose? The EU's Investment Court System", *Kluwer International Blog*, 23 maart 2016, <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/03/23/to-be-decided/>.

Papers

- EUROPESE COMMISSIE, "Investments in TTIP and beyond – the Path for Reform" (concept paper), 5 mei 2015, 12 p.
- GAUKRODGER, D. en GORDON, K., "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community" (OECD Working Paper on International Investment), OECD Publishing, 2012, <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5k46b1r85j6f.pdf?expires=1463335128&id=id&accname=guest&checksum=5C8EC9632D21B89C57526D9966F5A556>, 100 p.
- KNAPP, L., "SCC PRACTICE, Emergency Arbitrator Decisions Rendered 2014", http://www.sccinstitute.com/media/62020/scc-practice-emergency-arbitrators-2014_final.pdf, 1-10.
- MALMSTRÖM, C., "Investments in TTIP and beyond - towards an International Investment Court", 2015, http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/investments-ttip-and-beyond-towards-international-investment-court_en .

- OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures" (working paper on international investment 2005/01), 2005, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf, 24 p.
- VAN HARTEN, G., "Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP", Osgoode Hall Law School, Legal Studies Research Paper Series nr. 16, 2016, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122 , 7 p.
- VAN HARTEN, G., "Comments on the European Commission's Approach to Investor-State Arbitration in TTIP and CETA", Osgoode Hall Law School research paper nr. 59, 2014, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2466688, 55 p.

Rapporten

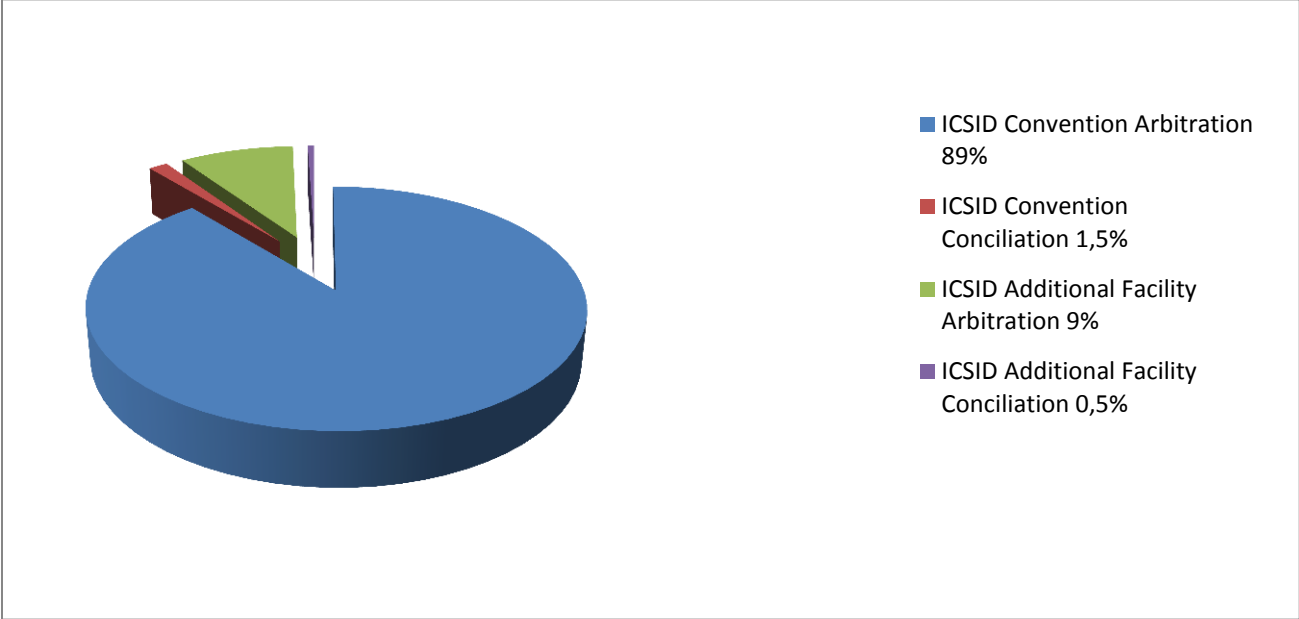
- UNCTAD, "Dispute Settlement: Investor-State, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements" (UNCTAD/ITE/IIT/30), 2003, viii + 125 p.
- UNCTAD, "Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration", 2010, http://unctad.org/en/Docs/diaeia200911_en.pdf, xxi + 129 p.
- UNCTAD, "Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2014" [IIA Issue Note, No. 2, 2015] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/2), 32 p.
- UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap" [IIA Issues Note, No. 2, 2013] (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4), 26 juni 2013.
- UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of A Roadmap", IIA Issues Note, nr. 2, (2015), 32 p.
- UNCTAD, *World Investment Report 2013 – Global Value Chains: Investment and Trade for Development* (UNCTAD/WIR/2013), http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf, xxviii + 264 p.
- UNCTAD, *World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Governance* (UNCTAD/WIR/2015), http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf, xiv + 253 p.
- EUROPESE COMMISSIE, "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Trade for All, Towards a More Responsible Trade and Investment policy", 14 oktober 2015, COM(2015)497 def, 26 p.

Overige

- EUROPESE COMMISSIE, "Draft text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)" (press release), 16 september 2015, [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-15-5652_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5652_en.htm) , 4 p.
- EUROPESE COMMISSIE, "Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations" (Press release), 16 September 2015, [http://europa.eu/rapid/press-release IP-15-5651_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_en.htm) , 2 p.
- ICSID Cases Database, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx> (laatste consultatie op 2 april 2016).

- ICSID, "The ICSID Caseload – Statistics" (Issue 2015-1), [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20\(English\)%20\(2\)_Redacted.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20(English)%20(2)_Redacted.pdf) , 32 p.
- ICSID, "The ICSID Caseload – Statistics" (Issue 2016-1), [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20\(English\)%20final.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20(English)%20final.pdf) , 32 p.
- X, "Arbitration", <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/> (laatste consultatie op 27 februari 2016).
- X, "History of the PCA", <https://pca-cpa.org/en/about/introduction/history/> (laatste consultatie op 27 februari 2016).
- X, "Mediation/Conciliation", <https://pca-cpa.org/en/services/mediation-conciliation/> (laatste consultatie op 16 maart 2016).
- X, "Overview of Conciliation under the ICSID Convention", <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/process/Pages/ICSID-Convention-Conciliation.aspx> (laatste consultatie op 2 april 2016).

Bijlage: Type zaken geregistreerd onder de ICSID-Conventie en de "Additional Facility Rules":⁴³⁸



⁴³⁸ ICSID, "The ICSID Caseload - Statistics" (Issue 2015-1), 8, [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20\(English\)%20\(2\) Redacted.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20(English)%20(2) Redacted.pdf).

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:
De Beslechting van Internationale Investeringsgeschillen

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2016**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Cetinkaya, Esra

Datum: **15/05/2016**