

RECHTEN VAN STATEN IN HET HEDENDAAGSE INTERNATIONAAL INVESTERINGSRECHT

Aantal woorden: 47 597

Daphne Galle

Studentennummer: 01404065

Promotor(en): Prof. dr. Diederik Bruloot

Commissaris: Liselotte Van Coillie

Masterproef voorgelegd voor het behalen van de graad master in de rechten

Academiejaar: 2018 – 2019

VOORWOORD.....	VI
SAMENVATTING	VII
LIJST MET AFKORTINGEN	X
INLEIDING.....	1
DEEL I. DE PROBLEMATIEK VAN DICHTERBIJ BEKEKEN	3
HOOFDSTUK I. DE OPKOMST VAN HET INTERNATIONAAL INVESTERINGSRECHT.....	3
AFDELING I. BEKNOPTTE GESCHIEDENIS.....	3
1. <i>Beginstadium</i>	3
2. <i>De babyboom</i>	4
AFDELING II. EVOLUTIE VANUIT STATELIJK OOGPUNT.....	5
HOOFDSTUK II. INVESTERINGSVERDRAGEN ALS VOORNAAMSTE BRON	7
AFDELING I. POGING TOT MULTILATERALE INITIATIEVEN.....	7
AFDELING II. BILATERALE INVESTERINGSVERDRAGEN.....	9
1. <i>Algemeen</i>	9
2. <i>De basis van een bilateraal investeringsverdrag</i>	11
2.1. Investering	12
2.2. Investeerder	14
2.3. Staten vs. (multinationale) ondernemingen.....	14
2.4. Niet-Gouvernementele Organisaties.....	14
HOOFDSTUK III. ONTWIKKELING VAN BESCHERMING VOOR INVESTEERDERS.....	15
AFDELING I. MINIMUMSTANDAARDEN.....	15
1. <i>Most favoured nation</i>	15
2. <i>National treatment</i>	16
3. <i>Fair and equitable treatment</i>	16
AFDELING II. BESCHERMING TEGEN ONTEIGENING.....	17
1. <i>Algemeen</i>	17
1.1. Directe onteigening	18
1.2. Indirecte onteigening	19
2. <i>Indirecte onteigening in verhouding tot right to regulate</i>	19
HOOFDSTUK IV. INVESTERINGSVERDRAGEN EN NATIONALE SOEVEREINITEIT: EEN KRITISCHE ANALYSE.....	24
AFDELING I. ALGEMEEN	24
AFDELING II. VOOR- EN NADELEN VAN INVESTERINGSVERDRAGEN.....	25
1. <i>Aantrekken van FDI</i>	25
2. <i>Soevereiniteitskosten</i>	25
2.1. Philip Morris v. Uruguay.....	26
AFDELING III. KRITIEK OP HET HUIDIGE SYSTEEM	28

DEEL II. FUNDAMENTELE RECHTEN EN BELANGEN IN VERHOUDING TOT HET INVESTERINGSRECHT	31
HOOFDSTUK I. MENSENRECHTEN	32
AFDELING I. ALGEMEEN.....	32
AFDELING II. VERPLICHTING VAN INVESTEERDERS TOT NALEVING MENSENRECHTENVERDRAGEN	33
1. <i>Regelgevend vacuüm voor investeerders?</i>	33
2. <i>Beleidsantwoord van staten in verhouding tot mensenrechten</i>	35
2.1. Mensenrechtenclausules in investeringsverdragen	37
2.2. Actuele bezorgdheden.....	39
AFDELING III. INCLUSIE VAN MENSENRECHTENOVERWEGINGEN IN INVESTERINGSZAKEN.....	41
1. <i>Verdragsinterpretatie</i>	41
2. <i>Politieke beslissing</i>	43
3. <i>Mensenrechtenverplichtingen als verdedigingsgrond: Argentinië cases</i>	43
AFDELING IV. NATIONALE BELEIDSRUIMTE EN INTERNATIONAAL INVESTERINGSBELEID.....	48
1. <i>Algemeen</i>	48
2. <i>Zuid-Afrikaans investeringsbeleid: de Foresti case</i>	49
2.1. Verloop van de situatie	49
2.2. Non-disputing partijen.....	50
2.3. Alternatieve uitkomsten voor de zaak.....	51
AFDELING V. INTERACTIE VAN HET MENSENRECHTEN-EN INVESTERINGSBELEID.....	52
HOOFDSTUK II. DUURZAAMHEID	54
AFDELING I. ALGEMEEN.....	54
1. <i>Groeiende aandacht en bewustwording</i>	54
2. <i>Hot topic: een leefbaar milieu</i>	56
AFDELING II. UITDAGING VOOR STATEN.....	57
AFDELING III. SUBSTANTIËLE WIJZIGINGEN IN HET LICHT VAN DUURZAAMHEID.....	59
1. <i>Begrippen</i>	59
1.1. National treatment	59
1.1.1. Pre-establishment clause	61
1.1.2. Problematiek bij deze clausules	61
1.2. FET.....	62
1.2.1. In de kijker: FET en hernieuwbare energie.....	64
2. <i>Goed begonnen is half gewonnen: de preambule</i>	67
AFDELING IV. PREVENTIE: IMPACT ASSESSMENTS.....	71
HOOFDSTUK III. BESLUIT OVER MENSENRECHTEN, DUURZAAMHEID EN RIGHT TO REGULATE	72
DEEL III. EFFECTIEVE OPLOSSINGEN DIE DE RECHTEN VAN STATEN GARANDEREN	74
HOOFDSTUK I. DE NOOD IS HOOG	74
HOOFDSTUK II. MATERIËLE OPLOSSINGEN	75

AFDELING I. STABILISATIECLAUSULE	75
AFDELING II. UMBRELLA CLAUSULE.....	76
AFDELING III. UNCTAD POLICY FRAMEWORK.....	78
AFDELING IV. VERPLICHTINGEN VOOR DE BUITENLANDSE INVESTEERDER.....	78
1. <i>Specifieke verplichtingen</i>	79
2. <i>Legaliteitsvereisten</i>	79
3. <i>Denial of benefits clause</i>	81
AFDELING V. A BIT TOO MUCH? HET EINDE VAN BIT'S.....	82
1. <i>Beëindiging BIT's</i>	83
2. <i>Beëindiging ICSID-Conventie</i>	85
3. <i>Heronderhandeling van BIT's</i>	87
AFDELING VI. NATIONAAL INVESTERINGSKADER.....	88
AFDELING VII. VERWEZENLIJKING VAN HET ALGEMEEN BELANG	89
1. <i>Right to regulate clause</i>	89
2. <i>Exceptions clause</i>	92
2.1. Algemene uitzondering.....	92
2.2. Nationale veiligheid.....	93
2.3. Specifieke uitzonderingen of carve-outs.....	94
2.4. Voorbehouden.....	94
3. <i>Interpretatieproblematiek</i>	94
HOOFDSTUK III. PROCEDURELE OPLOSSINGEN	97
AFDELING I. INVESTOR STATE DISPUTE SETTLEMENT: VLOEK OF ZEGEN?.....	97
1. <i>Counterclaims</i>	98
1.1. Algemeen.....	98
1.2. Juridische basis.....	100
1.3. Toestemming van de investeerder	101
CONCLUSIE.....	103
BIBLIOGRAFIE.....	106

VOORWOORD

Deze masterproef is het sluitstuk van vijf jaren rechtenopleiding aan de Universiteit Gent. Het afgelopen academisch parcours heeft mij verrijkt met heel wat kennis, maar bovenal een zelfstandig juridisch denkvermogen en de ontwikkeling van discipline. Twee punten die van hoegenaamd belang zijn in het verwezenlijken van dit schrijfstuk.

Daarom zou ik dit voorwoord graag gebruiken om enkele personen te bedanken. Vooreerst wil ik mijn promotor, prof. dr. Bruloot bedanken, die mij de juiste richting in dit onderwerp aanwees en steeds bereikbaar was voor de welgekomen feedback. Dankzij professor Bruloot kon ik me verdiepen in het internationaal investeringsrecht dat reeds enkele jaren mijn onverdeelde interesse wekt.

Voorts verdienen mijn vrienden die mij vergezelden tijdens lange dagen in de bibliotheek en de benodigde pauzes een hartelijke bedanking. Zij gaven mij de nodige energie en motivatie om ten allen tijde mijn uiterste best te doen.

Tenslotte gaat een speciale bedanking uit naar mijn ouders. Zonder hun onophoudelijke steun en vertrouwen zou ik deze opleiding niet tot het einde gebracht hebben zoals dit er nu uitziet. Gedurende de afgelopen vijf jaar kon ik op eender welk moment op hen rekenen.

Daphne Galle

15 mei 2019

SAMENVATTING

Het internationaal investeringsrecht schakelde de laatste jaren een versnelling hoger. De facilitering van FDI en de talrijke investeringsverdragen zijn niet meer weg te denken uit het internationaal recht maar roepen recentelijk ook heel wat vragen op omtrent het evenwicht tussen investeerdersbescherming en de regelgevende vrijheid van staten. De oorspronkelijke visie dat investeerders beschermd dienen te worden tegen willekeur van de staat, waardoor zij enkel rechten en geen plichten kunnen ontleen aan het investeringsrecht, is niet meer van deze tijd en behoeft een herevaluatie. De materiële beschermingsstandaarden - waaronder *fair and equitable treatment*, *national treatment*, *most favoured nation* en de kwalificatie van een onteigening - zoals zij nu voorkomen, omvatten vaak een zodanig ruim toepassingsgebied dat de rechten van staten ernstig miskend worden. Voorts ondergaat het systeem van investeringsarbitrage eveneens een (publiekelijke) storm van kritiek.

Desondanks zijn er enkele materiële en procedurele oplossingen die de soevereiniteitsproblematiek mogelijks kunnen verhelpen. Zo kan de staat haar investeringsverdragen aan een grondige herziening onderwerpen en waar nodig de verouderde clausules nauwgezet aanpassen. Het is daarnaast aangeraden dat een staat de zogenaamde *right to regulate* clause opneemt, die de regelgevende vrijheid van de staat wil behouden in het nastreven van doelstellingen van algemeen belang. De staat beschikt eveneens over de mogelijkheid om rechtstreekse verplichtingen op te leggen aan de buitenlandse investeerder. Indien de investeerder dan beslist om de staat voor een arbitrage-tribunaal te dagen zal de staat meer geneigd zijn de regelgevende vrijheid van de staat in rekening te nemen. Hiervoor bestaat nog geen eenvormige interpretatiemethode, wat de consistentie van de arbitrale beslissingen niet ten goede doet.

Voornamelijk in gevoelige domeinen zoals mensenrechten, milieu en duurzame ontwikkeling veroorzaakt de regelgevende flexibiliteit van de staat in verhouding tot investeerdersbescherming onrust. Deze domeinen hebben nood aan een aangepaste benadering die steeds de vooropgestelde doelen in acht neemt. De deskundige mening van gekwalificeerde derden kan bijvoorbeeld ingeroepen worden in het geval het tribunaal nood heeft aan een verruimde kijk op de zaken. Ook hier zal het belangrijk zijn om specifieke clausules met concrete minimumstandaarden op te nemen, verwijzend naar nationale of internationale normen. Zo verkleint de staat de kans op een nadelige interpretatie.

Enkele voorstellen zullen op dit moment echter geen genoegzame oplossing bieden, zoals de terugtrekking uit verdragen of de ICSID-Conventie. Ook multilaterale initiatieven, zoals het plan om een Europees investeringshof op te richten, zijn nog niet op punt gesteld en laten op zich wachten. In tussentijd kan de staat wel gebruik maken van de counterclaims. Ondanks de zeldzame toepassingen bezitten deze tegenvorderingen potentieel om de asymmetrische verhouding tussen staat en investeerder te herstellen.

“National sovereignty is an obligation as well as an entitlement. A government that will not perform the role of a government forfeits the rights of a government.”

- Richard Perle

LIJST MET AFKORTINGEN

ADR	Alternative Dispute Resolution
AEA	Atomic Energy Act
BIT	Bilateral Investment Treaty
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
CSP	Concentrated Solar Power
CSR	Corporate social responsibility
DASR	Draft Articles on State Responsibility
ECT	Energy Charter Treaty
EIA	Environmental impact assessment
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
FDI	Foreign Direct Investment
FET	Fair and Equitable Treatment
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
HRIA	Human rights impact assessment
MAI	Multilateral Agreement on Investment
MFN	Most Favoured Nation
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
MNO	Multinationale onderneming
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NCP	National Contact Point
NDP	Non-disputing party
NGO	Niet-gouvernementele organisatie
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
ICS	Investment Court System
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IISD	International Institute for Sustainable Development

ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission
TRIM	Trade-Related Investment Measures
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNGP	United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights
UVRM	Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens
VN	Verenigde Naties
WHO	World Health Organization
WV	Weens Verdragenverdrag

INLEIDING

1. In tijden van *brexit*, onafhankelijkheidsstrijden in diverse Europese regio's zoals Schotland en Catalonië, maar ook ver daarbuiten, is het begrip 'nationale soevereiniteit' uitgegroeid tot een veelbesproken onderwerp. Men hoeft dit begrip echter niet enkel terug te leiden naar de onafhankelijkheidsstrijd *an sich*. De term is zodanig ruim dat zij ook diverse andere gebieden kan bestrijken. Inderdaad, zelfs het investeringsrecht ontkomt niet aan deze problematiek. De laatste jaren toont de internationale gemeenschap groeiende belangstelling voor een gemoderniseerde kijk op de rechten van staten in het investeringsrecht. Dit recht is immers oorspronkelijk in het leven geroepen om buitenlandse investeerders te beschermen tegen arbitraire handelingen vanwege staten. Dat staten zich nu evenzeer inzetten voor een herwaardering van hun rechten, brengt een nieuw juridisch vraagstuk met zich mee. In dit opzicht doelen we op de rechten van de staat waarin de investering plaatsvindt, de gaststaat.

2. Deze masterproef gaat op zoek naar manieren om de soevereiniteitsproblematiek aan te pakken. Het materieel en procedureel kader zoals dit momenteel grotendeels bestaat blijkt de nationale soevereiniteit van staten vaak te miskennen. Na een korte inleiding met betrekking tot de belangrijkste begrippen van het internationaal investeringsrecht met in het bijzonder aandacht voor het statelijk oogpunt op de stand van zaken gaan we over tot een kritische evaluatie van de pijnpunten. Vervolgens komen we tot de cruciale en centrale vraag van deze masterproef: hoe kunnen staten een beleid voeren dat voldoende regelgevende flexibiliteit behoudt zonder de kern van investeerdersrechten aan te tasten? Deze vraag vatten we aan in twee rechtsdomeinen die vandaag de dag heel wat publiek bewustzijn opwekken. Mensenrechten en duurzame ontwikkeling zijn razend actueel. Dergelijke gevoelige thema's vergen ook in het investeringsrecht een genuanceerd optreden. Een degelijk statelijk beleid dient de doelstellingen te verzekeren. We onderzoeken welke technieken op dit moment voorhanden zijn en in hoeverre staten dit beleid kunnen opleggen aan investeerders. De staat moet hierbij steeds een uitgebalanceerde afweging maken. De bedoeling is voornamelijk om materiële oplossingen te ontlede. In beide onderdelen komen theoretische inzichten aan bod, maar ook voorbeelden uit de praktijk. Voor het onderdeel mensenrechten bekijken we de arbitragezaken rond de tijd van de Argentijnse financiële crisis. Bij het onderdeel duurzaamheid is het dan weer interessant om de redenering omtrent de Vattenfall-zaak te begrijpen. Uiteindelijk zal de lezer ondervinden dat de inzichten verwerkt kunnen worden in een algemene synthese. Dit slotstuk vat de meest significante manieren samen die de regelgevende vrijheid van staten kunnen garanderen. Een van de meest opvallende en nuttige vernieuwingen is de *right to regulate* clause, in

het leven geroepen om de regelgevende vrijheid van staten in het algemeen belang te verzekeren. We overlopen de benodigde aanpassingen in nationaal en internationaal recht en onderzoeken of er eventueel consensus bestaat over de interpretatiemethodes gehanteerd door investeringstribunalen. Opdat de finesse van de masterproef niet verloren zou gaan werd besloten om deze bespreking, wat betreft de procedurele kant, tot het recente fenomeen van de tegenvorderingen of counterclaims te beperken.

DEEL I. DE PROBLEMATIEK VAN DICHTERBIJ BEKEKEN

HOOFDSTUK I. DE OPKOMST VAN HET INTERNATIONAAL INVESTERINGSRECHT

Afdeling I. Beknopte geschiedenis

1. Beginstadium

3. Internationaal investeringsrecht is een boeiend, levendig en bovenal dynamisch onderwerp dat voornamelijk de laatste jaren aan populariteit wint.¹ Het fundamentele doel van internationaal investeringsrecht bestaat erin buitenlandse investeringen te beschermen tegen arbitraire beslissingen van de gaststaat waarin de investering wordt uitgevoerd. Zonder deze bescherming stellen ondernemingen-investeerders zich bloot aan een politiek risico waar onzekerheid en wantrouwen overheersen.

4. Aan het begin van de twintigste eeuw kent de economie wereldwijd een enorme piek door de toenemende industrialisering. Waar internationale handel en investeringen toen omkaderd werden door bovenal diplomatieke bescherming, kan dit nu geen genoegzame bescherming meer bieden.² Diplomatieke bescherming wordt tot op de achtergrond teruggedrongen door de ontzaglijke groei van investeringsverdragen. Slechts in zeldzame gevallen valt men er nog op terug, bijvoorbeeld voor geschillen die niet omvat worden door een web van investeringsverdragen, of gevallen waarin deze inefficiënt zouden blijken.³ Zeker na de Tweede Wereldoorlog steeg de behoefte aan een wetgevend kader door de toename aan internationale economische integratie. De uitbreiding van activiteiten van Europese handelaars naar andere regio's zoals Azië en Latijns-Amerika vraagt om nieuwe, betrouwbare regels. De Europese ondernemingen achten zich niet gebonden door het lokaal recht van de "ondergeschikte" regio's. Hier komt verandering in door het dekolonisatieproces, waardoor minder ontwikkelde staten pleiten voor soevereine gelijkheid aan hoogontwikkelde staten.

¹ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 1; J. HARRISON, "The International Law Commission and the Development of International Investment Law", *George Washington International Law Review* 2013, 101; K. NOWROT, "How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law", *Journal of World Investment & Trade* 2014, 620.

² A. NEWCOMBE & L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2009, 2.

³ ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Judgment, *ICJ Reports* 2012, 324.

5. De breuklijn tussen ontwikkelde en ontwikkelingsstaten blijft aanhouden. Na onzekerheid over de bescherming die de staten moeten bieden aan buitenlandse investeerders, woedt er een hevig debat. De kapitaal-exporterende staten beargumenteren een externe standaard ontwikkeld in het internationaal recht, terwijl de nieuw gedekoloniseerde staten – de kapitaal-importerende landen – een interne standaard van nationale controle verkiezen.⁴ Aangezien de nationale bescherming vaak ondermaats is, impliceert dit dan dat buitenlandse ondernemingen van een hogere minimumstandaard genieten? De historische argumenten en bijhorende discussie zijn niet relevant voor deze masterproef, maar verder in dit werk zal snel duidelijk worden dat de huidige standaarden nog steeds discussie en kritiek veroorzaken.

2. De babyboom

6. De nood aan een specifiek juridisch ontwikkeld instrument steekt vaart achter het ontstaan van de bilaterale investeringsverdragen. Na het eerste bilateraal investeringsverdrag of BIT (*Bilateral Investment Treaty*) gesloten in 1959 tussen Pakistan en Duitsland, groeien deze verdragen gestaag en andere landen volgen.⁵ De investeringsverdragen werden tot de late jaren '90 aanzien als een instrument met een symbolische functie en geen juridische functie. Staten, meestal ontwikkelingslanden maar ook enkele ontwikkelde, onderschatten de impact van BIT's en zagen het meer als een diplomatieke gunst. Door onwetendheid en onvoldoende geschooldheid in het investeringsrecht profiteerden de investeerders van een ruime vrijheid, die het soeverein beleid van staten serieus aan banden legde.⁶ Het duurde nog een tijdje vooraleer staten de draagwijdte en de gevolgen van zo'n internationaal investeringsverdrag begrepen. Gedurende deze periode van grofweg 30 jaar kwam geen enkele investeringsclaim voor een internationaal arbitragecollege.⁷

7. De grootste verandering komt in de jaren '90 om de hoek luren. De wereld raakt steeds meer verbonden op sociaal, cultureel, politiek en technologisch vlak.⁸ Dit decennium luidt een nieuw tijdperk van globalisering in, waarin

⁴ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 22.

⁵ Verdrag tussen de Federale Republiek Duitsland en Pakistan voor de Bevordering en Bescherming van Investerings, Bonn, 25 november 1959, *United Nations Treaty Series*, vol. 457, 23; H. MANN, "Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development", *Lewis & Clark Law Review* 2013, 523-524; N. KLEIN, "Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right", *Goettingen Journal of International Law* 2012, 183.

⁶ J. KLEINHEISTERKAMP, "Investment Treaty Law and the Fear for Sovereignty: Transnational Challenges and Solutions", *The Modern Law Review* 2015, 812.

⁷ N. BERNASCONI-OSTERWALDER & L. JOHNSON, "Belgium's Model Bilateral Investment Treaty: A review", *International Institute for Sustainable Development*, 2011, 1.

⁸ C. RYNGAERT, *Anders globaliseren: Mensenrechten, milieu en internationale handel*, Leuven, Acco, 2007, 9.

staten buitenlandse investeringen universeel als onmisbaar achten voor hun economische ontwikkeling.⁹ Multinationale ondernemingen (MNO) voelen zich minder gebonden aan hun thuisstaat en beginnen op grotere schaal te opereren. Economisch liberalisme viert hoogtij, BIT's schieten als paddenstoelen uit de lucht, en de bewustwording van de efficiëntie van dit systeem groeit geleidelijk aan bij ondernemingen.¹⁰ Door de eerste claim op grond van een investeringsbepaling in 1994 – nl. een bepaling uit het *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) – realiseerden staten en investeerders dat deze verdragen weldegelijk juridische waarde bezaten.¹¹ Meer zelfs, investeerders konden staten aansprakelijk stellen voor het niet nakomen van de beloofde verplichtingen.

8. Dit betekent dat er eveneens een exponentiële groei aan investeringszaken plaatsvindt. Staten zijn weifelachtig ten opzichte van arbitrage en critici fluisteren dat de investeerder al te zeer begunstigd wordt in de zaken.¹² Het contrast van de jaren '70 tot en met de jaren '90 is opmerkelijk: waar er van 1972 tot 1996 bij het *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) slechts 38 zaken aanhangig waren, nam dit in de periode van 1996 tot 2012 toe tot wel 381 aangespannen ICSID-zaken.¹³ Het grootste deel van de claims wordt ingediend tegen ontwikkelingslanden. Bij het bekijken van UNCTAD-statistieken springen ontwikkelingslanden in Latijns-Amerika (met Argentinië als koploper) er ruimschoots uit.¹⁴

Afdeling II. Evolutie vanuit statelijk oogpunt

9. De staten zijn deze claims uiteraard liever kwijt dan rijk. Een ruime formulering van hun aansprakelijkheid is niet erg gewenst waardoor mettertijd gezocht wordt naar technieken om hun aansprakelijkheid in te perken en hun nationale soevereiniteit tot op een bepaalde hoogte te verzekeren. Staten rekenen op een redelijk niveau van zekerheid

⁹ P. DUMBERRY, "Are BITs Representing the New Customary International Law in International Investment Law", *Penn State International Law Review* 2010, (675) 678; T. COHN, *Global Political Economy*, Routledge, 16, 273.

¹⁰ J. FREDERIK & J. DE VLIÉGER, "De Schimmige Wereld van Investeringsverdragen", *Follow The Money*, 3 januari 2014, <https://www.ftm.nl/artikelen/de-wondere-wereld-van-investeringsverdragen?share=1>; R. DESBORDES & V. VICARD, "Foreign direct investment and bilateral investment treaties: An international political perspective", *Journal of Comparative Economics*, 2009, 373; M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 3.

¹¹ NAFTA is een vrijhandelsverdrag gesloten tussen Canada, de Verenigde Staten van Amerika en Mexico.

¹² N. KLEIN, "Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right", *Goettingen Journal of International Law* 2012, 183-184.

¹³ J. FREDERIK & J. DE VLIÉGER, "De Schimmige Wereld van Investeringsverdragen", *Follow The Money*, 3 januari 2014, <https://www.ftm.nl/artikelen/de-wondere-wereld-van-investeringsverdragen?share=1>; UNCTAD database <http://investmentpolicyhub.unctad.org/isds>.

¹⁴ Argentinië besloot aan haar internationale verplichtingen te verzaken na een aanslepende financiële crisis (1998-2002), wat de grootste oorzaak is van de vele procedures; UNCTAD database <http://investmentpolicyhub.unctad.org/isds>.

bij de interpretatie van de verplichtingen die zij op zich hebben genomen, en juridische correctheid bij rechterlijke beoordelingen. Helaas geldt het tegendeel voor beide punten.¹⁵ Vandaag is de bewustwording van deze problematiek hevig gegroeid waardoor staten allerlei maatregelen trachten te nemen om hun soevereïn beleid te verzekeren. Indien men de situatie bekijkt in enkele grootmachten zoals de Verenigde Staten en Europa, zien we hoe ze beiden een verschillende aanpak hanteren.

Tot de jaren '90 zagen de Verenigde Staten en Canada zichzelf hoofdzakelijk als kapitaal-exporterende staten waardoor ze een open investeringsbeleid beargumenteerden vanuit een liberaal economische visie. Het tij keerde echter rond de jaren '90 toen hun internationaal-economisch overheersende positie lichtelijk daalde en ook de Verenigde Staten meer en meer de rol van gaststaat op zich nam.¹⁶ Daardoor zien zij zich genoodzaakt een restrictiever beleid te ontwikkelen om hun aansprakelijkheid tegenover buitenlandse investeerders te beperken. Ze beseften dat actie nodig was om hun beleidsvrijheid of *right to regulate* veilig te stellen.¹⁷ Deze actie werd ondernomen door beperkingen te stellen aan de *fair and equitable treatment* standaard om hun nationaal sociaal en milieubeleid te beschermen. Soms ontwikkelden de staten nieuwe regels om te verzekeren dat de geschillen openlijk en op transparante wijze beslecht worden. Confidentialiteit is immers een van de hoofdkenmerken van internationale arbitrage.

10. Na het wantrouwen dat de koloniale periode met zich meebracht stellen de zuidelijke, minder welvarende staten zich soepeler op door een open en liberaal beleid aan te nemen ten opzichte van de buitenlandse investeerders. Hiermee willen ze zoveel mogelijk investeringen binnenhalen. Deze visie werkt echter niet in elke staat. Arme landen ondervinden niet onmiddellijk voordelen van zo'n liberaal beleid. Staten uit Sub-Sahara Afrika ervaren immers een lage economische groei, burgerlijke conflicten, politieke crisissen en een hoge schuldgraad, wat ook hun instroom aan investeringen drastisch beïnvloedt.¹⁸

¹⁵ H. MANN, "Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development, *Lewis & Clark Law Review* 2013, 532.

¹⁶ T. COHN, *Global Political Economy*; New York, Routledge, 2016, 266-268.

¹⁷ Doorheen deze masterproef zal de term *right to regulate* vaker opduiken. Synoniemen komen voor onder 'police powers' doctrine, of de 'power to regulate'.

¹⁸ T. COHN, *Global Political Economy*; New York, Routledge, 2016, 264-265.

HOOFDSTUK II. INVESTERINGSVERDRAGEN ALS VOORNAAMSTE BRON

11. Internationale investeringsverdragen leggen de fundamenten waaruit het internationaal investeringsrecht zich verder aftekent. Deze verdragen bevatten de inhoudelijke regels ter bescherming van buitenlandse investeringen.¹⁹ Het kan dan gaan om bilaterale investeringsverdragen, regionale investeringsverdragen, of bepalingen over investeringsbescherming in handelsovereenkomsten.²⁰ Met zulke vrijhandelsverdragen beogen gelijkgezinde staten economische integratie na te streven.²¹ Onder de auspiciën van de Wereldhandelsorganisatie bestaat er voorts een document specifiek gericht op investeringen. Op basis van het TRIM-akkoord (*Agreement on Trade-Related Investment Measures*) kunnen investeerders de verplichtingen van staten inroepen.²² Ook onder het GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) kan een staat op het matje geroepen worden, alhoewel deze overeenkomst niet gecreëerd was met de bedoeling bescherming te voorzien voor investeringsdisputen.²³

Afdeling I. Poging tot multilaterale initiatieven

12. In het internationaal investeringsrecht zijn bilaterale investeringsverdragen veelvoorkomend. Desalniettemin beheersen ook enkele multilaterale verdragen het wetgevend kader van het investeringsrecht. Hiermee worden dan vooral regionale vrijhandelsverdragen zoals NAFTA of CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*) bedoeld, of sectorale verdragen zoals het Energiehandvestverdrag (*Energy Charter Treaty* of ECT).²⁴ Indien de gehele materie aan investeringsrecht immers uitsluitend geregeld zou worden door bilaterale investeringsakkoorden zou er een netwerk ontstaan van maar liefst 20 000 akkoorden.²⁵ Er zijn daarom al enkele pogingen ondernomen om een multilateraal verdragenkader op te stellen maar deze initiatieven zijn tot op heden mislukt. Het regelen van buitenlandse investeringen is van begin tot einde een soeverein prerogatief van de staat. Toen ook ontwikkelingslanden zich bereidwillig toonden ten opzichte van economische liberalisering en eveneens BIT's afsloten, leek voor de Organisatie

¹⁹ P. DUMBERRY, "Are BITs Representing the New Customary International Law in International Investment Law", *Penn State International Law Review* 2010, 679.

²⁰ N. BERNASCONI-OSTERWALDER & L. JOHNSON, "Belgium's Model Bilateral Investment Treaty: A review", *International Institute for Sustainable Development*, 2011, 4.

²¹ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 38.

²² R. LEAL-ARCAS, "The Multilateralization of International Investment Law", *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation* 2009, 62-115.

²³ *Ibid.*

²⁴ CETA is het vrijhandelsbedrag tussen Europa en Canada.

²⁵ M. J. BOSSUYT & J. WOUTERS, *Grondlijnen van internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 873.

voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) de tijd rijp om een multilateraal kader te bewerkstelligen. De OESO deed na twee eerdere initiatieven een poging in 1995 met het *Multilateral Agreement on Investment* (MAI), maar koos er uiteindelijk voor om de onderhandelingen in 1998 te beëindigen.²⁶ De inspanningen om een standaard uit te werken voor de liberalisering van investeringsbescherming, regulering van staten en een geschikte procedure voor geschillenbeslechting bleken een mooi, maar onhaalbaar initiatief. Een multilateraal kader betekent namelijk een beknutting van de soevereiniteit voor ontwikkelingslanden, en interfereert met de exploitatie van natuurlijke rijkdommen en intern economisch beleid. De inspanningen van de OESO, die geheel uitging van de ontwikkelde staten, lagen nog te gevoelig bij ontwikkelingslanden.²⁷

13. Daarnaast waagde de Europese Unie (EU) zich recentelijk aan plannen voor een volledig nieuw systeem, het *Investment Court System* (ICS).²⁸ Het voorstel dook op tijdens de CETA-onderhandelingen en bevat opvallende hervormingen. In tegenstelling tot wat geldt voor het bestaande *Investor State Dispute Settlement* (ISDS), is er een beroepsinstantie voorzien en mogen de partijen niet langer de leden van het tribunaal kiezen. Die leden moeten daarenboven voldoen aan verscheidene ethische criteria.²⁹ Zo lijkt het ICS meer op een echte rechtbank. Verder werd besloten dat arbiters de zaken voortaan volgens een rotatiesysteem zouden beslechten, waarbij hun remuneratie afhankelijk is van de werklast. ICS doelt voorts op een grotere voorspelbaarheid door precedentenwerking.³⁰ De innovaties willen op die manier misbruik van het systeem en het fenomeen van *'forum shopping'* voorkomen. ICS heeft het potentieel om te groeien, maar critici zijn nog niet helemaal gerustgesteld. Aangezien ICS werkzaam is tussen Canada en de EU stelt de vraag zich naar de verhouding tussen ICS en de autonome rechtsorde van de EU. Is het ICS conform EU-regelgeving?

In eigen land deed CETA veel stof opwaaien en kwam deze vraag boven drijven. Voornamelijk Wallonië verzette zich tegen de aanneming van CETA. De Belgische regering verzocht advies aan het Europees Hof van Justitie omtrent de

²⁶ Eerdere initiatieven zijn het Havana Charter uit 1948 en de Guidelines on the Treatment of Foreign Investment uit 1992; OECD, *Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment*, Draft Consolidated Text of 11 February 1998, DAFE/MAI (98)7, 58-64; M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 3; DESBORDES & V. VICARD, "Foreign direct investment and bilateral investment treaties: An international political perspective", *Journal of Comparative Economics*, 2009, 374-375; C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 40.

²⁷ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 183.

²⁸ E. OSMANSKI, "Investor-State Dispute Settlement: Is There a Better Alternative?", *Brooklyn Journal of International Law* 2018, 660.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

compatibiliteit van het ICS en de EU-rechtsorde.³¹ Het Hof beantwoordde deze langverwachte vraag affirmatief en laat zo de deur open voor eventuele verdere uitbreiding.³² Op dit moment zijn er namelijk onderhandelingen binnen UNCITRAL aan de gang om ICS uit te breiden naar een multilateraal investeringssysteem. Wat de WTO is voor internationale handelsgeschillen, zou het multilateraal investeringshof moeten zijn voor internationale investeringsgeschillen.³³

14. Niet alleen in Westerse contreien gaan stemmen op voor multilaterale, alternatieve geschillenbeslechting. Zuid-Amerikaanse staten richtten het *UNASUR Centre for the Settlement of Investment Disputes* om democratie, soevereiniteit en onafhankelijkheid van de lidstaten te versterken.³⁴ De onderhandelingen zijn echter stilgevallen, het regionale investeringsbeslechtigingsmechanisme is bijlange nog niet in werking, en hierin lijkt niet snel verandering in te komen.³⁵ De initiatieven zijn in volle ontwikkeling en evenzeer als het ISDS onderhevig aan sloten kritiek. Tot op heden is er geen bevredigende, noch eenduidige oplossing. Het is roeien met de riemen die we hebben, en dat is ISDS en het toekomstige ICS, momenteel de best beschikbare opties.

Afdeling II. Bilaterale investeringsverdragen

1. Algemeen

15. Bilaterale investeringsverdragen zijn ontwikkeld op een *ad hoc* basis, en de mogelijkheid om algemene beginselen te creëren is vrij aan de verdragsluitende staten.³⁶ Met deze verdragen hopen staten een zo groot mogelijke instroom aan *Foreign Direct Investment* (FDI) aan te trekken, door een omvangrijk niveau van investeerdersbescherming

³¹ Art. B Declaration by the Kingdom of Belgium on the Terms of the Authority Granted to it by the Federal Government and the Federated Entities to sign CETA, 2016,

https://www.uniglobalunion.org/sites/default/files/files/news/declaration_du_royaume_de_belgique_en_uni_global_union.pdf

³² Opinion 1/17 of Advocate General Bot, 29 January 2019, ECLI:EU:C:2019:72; G. CROISANT, "CJEU Opinion 1/17 -AG Bot Concludes that CETA's Investment Court System is Compatible with EU Law", *Kluwer Arbitration Blog* 2019,

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/29/cjeu-opinion-117-ag-bot-concludes-that-cetas-investment-court-system-is-compatible-with-eu-law/>; F. BATSELE, "Hoe moet het verder na CETA? Magnette heft juridische slag verloren, maar niet de politieke strijd", *Knack*, 1 mei 2019, https://www.knack.be/nieuws/belgie/hoe-moet-het-verder-na-ceta-magnette-heeft-juridische-slag-verloren-maar-niet-de-politieke-strijd/article-opinion-1458763.html?fbclid=IwAR01S9pCbV05NMw_UL2oTrRuaQoPrrTY3z2b152zIDH2P501Ee7_4ncUv8.

³³ European Commission, "Commission welcomes adoption of negotiating directives for a multilateral investment court", Brussels, 20 March 2018, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1819>.

³⁴ M. J. LUQUE MACIAS, "Reliance on Alternative Methods for Investment Protection through National Laws, Investment Contracts, and Regional Institutions in Latin America", in S. HINDELANG & M. KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 304.

³⁵ M. G. SARMIENTO, "The UNASUR Centre for the Settlement of Investment Disputes and Venezuela: Will Both Ever See the Light at the End of the Tunnel?", *Journal of World Investment & Trade* 2016, 658-680.

³⁶ *Ibid.*

te bedingen.³⁷ De bescherming houdt vaak grote toegevingen in vanwege staten, bijzonder uitgebreide waarborgen en extensieve afspraken over *standards of treatment*, onteigeningen, eventuele vergoedingen, en de mogelijkheid voor investeerders om een internationale arbitrageprocedure op te starten tegen staten indien zij menen dat hun rechten geschonden zijn.³⁸ Het bilateraal investeringsverdrag is immers een contract dat bindend is voor de verdragsluitende staten. Iedere inbreuk maakt een schending uit van het internationaal recht.³⁹

16. De statistieken liegen er niet om: tot op vandaag werden 2972 bilaterale investeringsverdragen ondertekend, waarvan 2369 van kracht.⁴⁰ Deze bilaterale investeringsverdragen zijn momenteel de belangrijkste bron van het internationaal investeringsrecht en zullen een van de hoofdrollen van deze masterproef op zich nemen.⁴¹ Historisch gezien werden zo'n verdragen tussen een industrieland en een ontwikkelingsland gesloten. Ontwikkelingslanden hoopten namelijk de welvaart te stimuleren door buitenlandse investeringen aan te trekken.⁴² De klassieke noord-zuid verhouding vervaagt echter nu ook noord-noord investeringsverdragen een opmars kennen.⁴³

Staten sluiten deze investeringsverdragen af met andere staten waarin bepaalde rechten en plichten worden gestipuleerd ter bescherming van de buitenlandse investeerder. Desalniettemin houdt een BIT hoofdzakelijk verplichtingen in die de staat verschuldigd is aan de investerende ondernemingen.⁴⁴ BIT's nemen een invloedrijke rol in bij het bestuderen van internationaal investeringsrecht. Ze beïnvloeden niet alleen regionale en multilaterale investeringsinstrumenten, maar ook nationale wetgeving. De staten die BIT's opstellen doen dit vaak in het licht van hun verwachtingen over buitenlandse investeringen en welke rol zij daarin kunnen spelen.⁴⁵ In het kader van deze masterproef stelt de vraag zich waar de ruimte voor de staten dan blijft om wetgeving uit te vaardigen. Hoe tekent het nationaal, wetgevend kader zich af in verhouding tot de internationale beloftes, die staten hebben gestipuleerd in hun

³⁷ E. NEUMAYER & L. SPESS, "Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?" *World Development* 2005, [online] London: LSE Research Online, 2005, 3, <http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000627>.

³⁸ I. REMELS, *Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 1; R. DESBORDES & V. VICARD, "Foreign direct investment and bilateral investment treaties: An international political perspective", *Journal of Comparative Economics*, 2009, 372-373.

³⁹ DESBORDES & V. VICARD, "Foreign direct investment and bilateral investment treaties: An international political perspective", *Journal of Comparative Economics*, 2009, 375.

⁴⁰ Afgeleid uit de statistieken gepubliceerd op de website van UNCTAD, laatst bezocht op 27 januari 2019, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

⁴¹ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 35;

⁴² I. REMELS, *Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 1; Report of the High Commissioner for Human Rights, Human rights, trade and investment, 2 July 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/9, 2; M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 177;

⁴³ I. REMELS, *Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 3;

⁴⁴ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 34.

⁴⁵ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties of the mid-1990s*, Geneva: United Nations, 1998, 20.

verdragen? Door het afsluiten van een bilateraal investeringsverdrag creëren de staten een *lex specialis* ten opzichte van het internationaal recht dat onzeker is en onvoldoende waarborgen biedt qua investeringsbescherming.⁴⁶

2. De basis van een bilateraal investeringsverdrag

17. In het algemeen maakt de preambule het eerste deel van een bilateraal investeringsverdrag uit. Hierin zetten de partijen hun bedoelingen uiteen. Zeer vaak wordt een sterke nadruk gelegd op de bescherming van de investeerder en stimulatie van de binnenlandse economie van de gaststaat.⁴⁷ Minder vaak wordt reeds in de preambule verwezen naar het '*right to regulate*'. Dit is een trend die vooral wordt vastgesteld bij recentere BIT's, bijvoorbeeld in het BIT tussen Brazilië en Chili.⁴⁸ Dit is uiteraard een zeer goed idee, de preambule kan op die manier erkennen dat de staat het *right to regulate* als inherent aan de investeringsovereenkomst beschouwt.⁴⁹ Eveneens neemt het verdrag soms verwijzingen op naar duurzame ontwikkeling, mensenrechten, arbeid, gezondheid, CSR, armoede, of bepalingen ter bescherming van het milieu (waaronder planten en dieren, biodiversiteit en klimaatsverandering).⁵⁰ Vervolgens bevatten investeringsverdragen – zoals het een juridisch document betaamt – gedetailleerde definities van wat wordt gekwalificeerd als investering en wie als investeerder.⁵¹ Deze twee definities zijn onontbeerlijk wanneer men de rechten

⁴⁶ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 176-177.

⁴⁷ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 35; Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 1 December 2003, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/736>; Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, London, 14 March 1994, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1613>; M-C. CORDONIER SEGGER & A. NEWCOMBE, "Chapter 6: An Integrated Agenda for Sustainable Development in International Investment Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 124.

⁴⁸ Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Chile, 24 November 2015, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4712>;

⁴⁹ *Infra* nr 109; H. MANN, *The Right of States to Regulate and International Investment Law*, Expert Meeting on the Development Dimension of FDI: Policies to Enhance the Role of FDI in Support of the Competitiveness of the Enterprise Sector and the Economic Performance of Host Economies, Taking into Account the Trade/Investment Interface, in the National and International Context, Geneva, 6-8 November 2002, 7, http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_right_to_regulate.pdf.

⁵⁰ N. BERNASCONI-OSTERWALDER & L. JOHNSON, "Belgium's Model Bilateral Investment Treaty: A review", *International Institute for Sustainable Development*, 2011, 20-25; M. WAGNER, "Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law", *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2014, 36; Accord entre la Confédération suisse et la République de Madagascar concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 7 mai 2015, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4908>; Treaty between the United States of America and The Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 4 November 2005, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/223/treaty/3069>; Cooperation and Investment Facilitation Agreement Between The Federative Republic of Brazil and Co-operative Republic of Guyana, *date of signature* 13 December 2018, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5763>; Agreement between Japan and the State of Israel for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, 5 October 2017, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5575>.

⁵¹ P. DUMBERRY, "Are BITs Representing the New Customary International Law in International Investment Law", *Penn State International Law Review* 2010, 679.

en plichten van staten en investeerders bestudeert.⁵² Men moet echter steeds in het achterhoofd houden dat een eenzijdige definitie, zowel bij het begrip “investering”, als “investeerder” onmogelijk is. Zulks verschilt naargelang het doel en het voorwerp van het investeringsverdrag.⁵³

2.1. Investering

18. De kwalificatie als investering zal van belang zijn indien men overgaat tot een procedure. Vooral een investeerder *locus standi* ontleent voor een arbitrage-tribunaal, zal hij per slot van rekening moeten voldoen aan de basisvoorwaarden. Doordat (bilaterale) investeringsverdragen het investeringsbegrip meestal vrij ruim omschrijven, stijgt de kans op ontvankelijkheid van de claims recht evenredig.⁵⁴

19. Er is geen algemeen aanvaardde definitie van het begrip *foreign investment*, dit wordt bepaald door het investeringsverdrag.⁵⁵ Meestal is de definitie zeer ruim en doorheen de jaren verder uitgebreid. Het kan bijvoorbeeld gaan om roerende of onroerende goederen en de gerelateerde zakelijke (zekerheids)rechten, aandelen of participaties in een vennootschap, leningen, obligaties, schuldvorderingen en andere in geld waardeerbare rechten en intellectuele eigendomsrechten.⁵⁶ Vrijwel iedere vorm van een significante economische activiteit en elk soort vermogensbestanddeel wordt zodoende als investering beschouwd. Het is dus aangeraden hiermee voorzichtig om te springen. Recentelijk is een tendens ontstaan om de definitie zelfs zodanig ruim te interpreteren, dat deze zelfs verder gaat dan de oorspronkelijke bedoeling van de partijen. Dit is volgens SORNARAJAH geen goede aanpak, daar het beleid van de gaststaat in kwestie ernstig geaffecteerd kan worden.⁵⁷ Staten gaan daarom op zoek naar alternatieven om de draagwijdte in te perken. Zo vereisen sommige investeringsverdragen een blijvend en betekenisvol aandeel in een

⁵² C. YANNACA-SMALL, “International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations”, *OECD Working papers on international investment*, 2008, p. 8-9.

⁵³ C. YANNACA-SMALL, “International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations”, *OECD Working papers on international investment*, 2008, 46-47.

⁵⁴ M-C. CORDONIER SEGGER & A. KENT, “Chapter 30: Promoting Sustainable Investment through International Law”, in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 782-783; N. BERNASCONI-OSTERWALDER, A. COSBEY, L. JOHNSON & D. VIS-DUNBAR, “Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Questions & Answers”, *IISD* 2012, 10.

⁵⁵ N. BERNASCONI-OSTERWALDER, A. COSBEY, L. JOHNSON & D. VIS-DUNBAR, “Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Questions & Answers”, *IISD* 2012, 29.

⁵⁶ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 10-16; L. COTULA, “Do investment treaties unduly constrain regulatory space?”, *Questions of International Law* 2014, afl. 9, (19) 23; I. REMELS, *Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 10; N. BERNASCONI-OSTERWALDER & L. JOHNSON, “Belgium’s Model Bilateral Investment Treaty: A review”, *International Institute for Sustainable Development* 2011, 8.

⁵⁷ *Ibid.*; *infra* nr. 109.

buitenlandse onderneming, of met de bedoeling een economisch voordeel te bekomen.⁵⁸ De kwalificatie wordt bepaald door een exhaustieve lijst. Artikel 1 van het US-Uruguay BIT is een sprekend voorbeeld van een limitatieve opsomming.⁵⁹

“Investment means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

(a) an enterprise;

(b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise;

(c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans;

(d) futures, options, and other derivatives;

(e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;

(f) intellectual property rights;

(g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law; and

(h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges.”

In voornoemd bilateraal investeringsverdrag wordt zeer nauwkeurig bepaald wat een investering inhoudt. Een bankrekening zonder commerciële doeleinden die niet gerelateerd is aan een investering in het territorium waar de bankrekening zich bevindt, wordt zodoende uitgesloten.⁶⁰ Over het investeringsbegrip kunnen we nog lang uitweiden,

⁵⁸ N. BERNASCONI-OSTERWALDER & L. JOHNSON, “Belgium’s Model Bilateral Investment Treaty: A review”, *International Institute for Sustainable Development* 2011, 8.

⁵⁹ R. DOLZER & C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, 61-63; N. BERNASCONI-OSTERWALDER, A. COSBEY, L. JOHNSON & D. VIS-DUNBAR, “Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Questions & Answers”, *ISD* 2012, 10.

⁶⁰ Treaty between the United States of America and The Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 4 November 2005, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/223/treaty/3069>.

maar dit behoort niet tot het onderwerp van dit onderzoek. In het kader van deze masterproef, volstaat het te weten dat de omvang van het investeringsbegrip, evenzeer de mate van (afstand van) soevereiniteit van de staat bepaalt.

2.2. Investeerder

20. Vaak wordt eenzelfde ruime definitie gehanteerd bij de kwalificatie van een investeerder. Een BIT bepaalt meestal dat natuurlijke personen, rechtspersonen, of andere entiteiten een investeerder kunnen uitmaken. Het is belangrijk dat staten deze definitie nauwkeurig omschrijven opdat misbruik voorkomen wordt. Zo trachten ze bijvoorbeeld de zogenaamde postbusvennootschappen van het toepassingsgebied uit te sluiten.⁶¹ Zulke vennootschappen worden in een bepaalde staat opgericht puur om te genieten van voordelige investeerdersbescherming.

2.3. Staten vs. (multinationale) ondernemingen

21. Het is essentieel te onthouden dat enkel staten een investeringsverdrag kunnen afsluiten. Als subjecten van het internationaal publiekrecht vervullen zij de rol van gastheer of thuisland. De gaststaat is de staat waarin de investering plaatsvindt, de thuisstaat is de staat waarvan de investeerder de nationaliteit bezit.⁶²

Ondernemingen kunnen in hun hoedanigheid als privaatrechtelijk rechtssubject geen partij zijn bij een investeringsverdrag, wel ontleen zij hieraan rechten en plichten, zelfs zonder tussenkomst van het nationaal recht.⁶³

2.4. Niet-Gouvernementele Organisaties

22. Niet-gouvernementele organisaties kwamen recentelijk ten tonele van het investeringsrecht. Gezien de constante veranderingen in het investeringsrecht, kan deze actor bij een actuele en correcte analyse van de rechten van staten in het investeringsrecht niet weggelaten worden. Deze organisaties, gevestigd in ontwikkelde landen, ijveren in ontwikkelingslanden voor thema's zoals mensenrechten, uitroeiing van armoede en de belangen van het milieu.⁶⁴

⁶¹ N. BERNASCONI-OSTERWALDER & L. JOHNSON, "Belgium's Model Bilateral Investment Treaty: A review", *International Institute for Sustainable Development* 2011, 9.

⁶² K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 2; M.A. GWYNN, *Power in the International Investment Framework*, International Political Economy Series, Londen, Macmillan Publishers Ltd. London, 2016, 85-86.

⁶³ J. WOUTERS & L. CHANET, "Rechten en plichten van (multinationale) ondernemingen in het internationaal recht", *Working Paper nr. 118*, Instituut voor Internationaal Recht, Katholieke Universiteit Leuven, 2007, 3.

⁶⁴ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 4.

HOOFDSTUK III. ONTWIKKELING VAN BESCHERMING VOOR INVESTEERDERS

Afdeling I. Minimumstandaarden

23. Om de kwetsbare belangen van buitenlandse investeerders te beschermen, worden in bilaterale investeringsverdragen vaak enkele minimumstandaarden vastgelegd om discriminatie ten aanzien van de buitenlandse investeerder tegen te gaan.⁶⁵ De drie meest voorkomende standaarden zijn het *most favoured nation*-principe (MFN), de *national treatment*-standaard en het principe van *fair and equitable treatment* (FET). Helaas zijn deze standaarden dikwijls zeer vaag. Daardoor plaatsen ze staten in een benarde positie wanneer de arbiters ondernemingsgezind zijn en ze de tekst van het investeringsverdrag zeer liberaal interpreteren.⁶⁶

1. Most favoured nation

24. Het MFN-principe beoogt een gelijkwaardige behandeling in hoofde van elke investeerder, ook al zijn ze afkomstig uit verschillende staten. De gaststaat mag een buitenlandse investeerder, partij onder een bilateraal investeringsverdrag, niet slechter behandelen dan een investeerder van een andere staat.⁶⁷ Deze clause is voornamelijk sinds de jaren 2000 niet meer uit het investeringsrecht weg te denken. Dit neemt niet weg dat het MFN-principe op zijn minst controversieel te noemen is.⁶⁸

25. Deze clause is mijns inziens – vanuit statelijk perspectief – niet de meest ideale keuze, staten kunnen immers voor onaangename verrassingen komen te staan aangezien concrete afspraken aangaande deze standaard zijn nut verliezen als voor een andere staat betere waarborgen bedongen zijn. De specifieke bepaling tussen de verdragspartijen verliest zijn relevantie volledig als de investeerder zomaar beroep kan doen op een gunstigere clause uit een ander

⁶⁵ A. NEWCOMBE, "Sustainable Development and Investment Treaty Law", *Journal of World Investment & Trade* 2007, 364.

⁶⁶ J. STIGLITZ, "Towards a Twenty-first Century Investment Agreement", Preface in *Yearbook on International Investment Law and Policy 2015-2016*, L. JOHNSON & L. SACHS (eds.), pp. xiii-xxviii, Oxford University Press, 13.

⁶⁷ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 354.

⁶⁸ S. H. NIKIEMA, "The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties", *IISD Best Practices Series* 2017, 1.

BIT.⁶⁹ Het gevaar zou ontstaan dat de buitenlandse investeerder de voor hem voordeligste verdragsbepalingen uit alle geldende BIT's van de gaststaat pikt. Een fenomeen dat ook wel bekend staat onder de naam '*treaty shopping*'.⁷⁰ Er zijn zodanig veel BIT's dat dergelijke toepassing van het MFN-principe alleen meer inconsistentie veroorzaakt.⁷¹ Ook de interpretatie van MFN zorgt voor verwarring. Hoe breder de standaard, hoe meer ruimte de arbiter gegund wordt, hoe meer hij geneigd zal zijn in het nadeel van de staat te interpreteren. Indien de clause te eng geformuleerd is, zal de beslissing eerder in het voordeel van de staat zijn.⁷² Het gaat in deze gevallen om procedurele kwesties, waar investeerders jurisdictionele beperkingen uit het toepasselijk BIT trachten te omzeilen door op de MFN-clausule beroep te doen.⁷³

2. National treatment

26. Deze standaard biedt buitenlandse investeerders een gelijkwaardige bescherming als degene die aan de nationale onderdanen wordt verstrekt.⁷⁴ Voornamelijk Zuid-Amerikaanse en kapitaal-importerende staten maken hiervan gebruik, zodat de buitenlandse investeerders slechts beroep kunnen doen op de nationale standaard, ook indien zij eigenlijk geen extensieve bescherming biedt. Kapitaal-exporterende staten daarentegen, verkiezen een internationale minimumstandaard boven de nationale standaard.⁷⁵

3. Fair and equitable treatment

27. Tenslotte is het *fair and equitable treatment*-principe een van de meest voorkomende minimumstandaarden in bilaterale investeringsverdragen, dat materiële en procedurele billijkheid waarborgt.⁷⁶ Het FET-principe vereist dat de

⁶⁹ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 354; N. BERNASCONI-OSTERWALDER & L. JOHNSON, "Belgium's Model Bilateral Investment Treaty: A review", *International Institute for Sustainable Development*, 2011, 12-13.

⁷⁰ S. H. NIKIEMA, "The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties", *IISD Best Practices Series* 2017, 21.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Zie voor een interpretatie in het voordeel van de investeerder: ICSID No. ARB/97/7, Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, 13 november 2000, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0481.pdf>; ICSID No ARB/02/8, Siemens A.G. v. The Argentine Republic, 17 januari 2007, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>; en in het voordeel van de staat: ICSID No ARB/00/4, Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, 13 juli 2001, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>.

⁷³ A. REINISCH, "Maffezini v Spain Case", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg and Oxford University Press, 2011, 3-5.

⁷⁴ M. F. SWEIFY, "Investment-Environment Disputes: Challenges and Proposals", *DePaul Business and Commercial Law Journal* 2015, 145.

⁷⁵ I. REMELS, *Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 13; M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 201-203.

⁷⁶ R. KLÄGER, 'Fair and Equitable Treatment' in *International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 154-256.

gaststaat internationale investeringen behandelt op een manier die de legitieme verwachtingen van de investeerder op het moment van het aangaan van de investering niet schendt.⁷⁷ Deze standaard kan echter zeer breed geïnterpreteerd worden en is op zijn minst vaag en dubbelzinnig te noemen.⁷⁸ Onder de standaard worden onder meer waarborgen zoals recht op een eerlijk proces, bescherming tegen willekeurigheid, proportionaliteit, transparantie en stabiliteit thuisgebracht.⁷⁹

28. Dit principe kan soms in schril contrast staan met de rechten van staten. Arbitrator WÄLDE verwoordt het als 'een gebalanceerd proces tussen legitieme verwachtingen en het legitieme doel van beleidsvrijheid en regerende flexibiliteit'.⁸⁰ Wel mag de staat niet ongebreidelde te werk gaan. Het *right to regulate* is namelijk steeds relatief en mag geen discriminatie teweegbrengen.⁸¹ Een gewicht toekennen aan de soevereiniteit van de staat in verhouding tot de investeerdersbelangen is een moeilijke afweging waarbij transparantie uiterst belangrijk is.⁸² De laatste jaren stelt men wel vast dat arbiters in het algemeen een regelgevende discretionaire vrijheid toestaan aan de gaststaten, zolang dit de buitenlandse investeerders niet onevenwichtig of onbillijk raakt.⁸³

Afdeling II. Bescherming tegen onteigening

1. Algemeen

29. Eigendom van een investeerder kan niet ontnomen worden zonder een toereikende compensatie, ook al is het voor openbare doeleinden. Dit is al jaren een bekende regel van het internationaal publiekrecht.⁸⁴ Het is een

⁷⁷ ICSID Case No. ARB/05/8, *Pakerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, 11 september 2007, para. 320, <https://www.italaw.com/documents/Pakerings.pdf>.

⁷⁸ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 204; K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 377; K. NOWROT, "How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law," *Journal of World Investment & Trade* 2014, 621-622.

⁷⁹ K. YANNACA-SMALL, "Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments" in A. REINISCH, *Standards of Investment Protection*, New York, Oxford University Press, 2008, 118-129.

⁸⁰ R. KLÄGER, 'Fair and Equitable Treatment' in *International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 161; UNCITRAL *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, *Separate Opinion of Thomas Wälde*, 1 december 2005, para. 109, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0432.pdf>; zie ook: UNCITRAL *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, 17 maart 2006, para. 305-306, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>.

⁸¹ UNCITRAL *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, 17 maart 2006, para. 308, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>; ICSID No ARB/03/16, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, 2 oktober 2006, para. 423-424, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf>.

⁸² R. KLÄGER, 'Fair and Equitable Treatment' in *International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 164.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ C. YANNACA-SMALL, "Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law", *OECD Working papers on international investment*, 2004/04, OECD Publishing, Paris, 2.

onmiskerbare verplichting die de gaststaat moet gehoorzamen en van substantieel belang in het internationaal investeringsrecht. Onteigening kwam vroeger, anno jaren '70 veel vaker voor dan nu, maar wanneer het voorkomt is het van veel ernstigere aard, en wordt er onmiddellijk meer aandacht aan besteed, juist omdat het eerder een uitzondering op de regel is geworden.⁸⁵ Een degelijke kennis van het onteigeningsbegrip is vereist vooraleer we overgaan tot een gedetailleerdere kijk op de belangenafweging tussen staat en investeerder. De onteigeningsprovisie in een BIT garandeert de investeerder dat zijn eigendomsrechten gerespecteerd zullen worden, ook in staten met een eerder zwak stelsel van eigendomsrechten.⁸⁶ Een bekende zinsnede in het internationaal recht, de *Hull* formule stuurt aan op een '*prompt, adequate and effective compensation*' door de staat wanneer zij de eigendomsrechten van een investeerder affecteert. Enkele studies tonen het belang van deze eigendomsrechten en een nationaal, kwaliteitsvol institutioneel kader aan.⁸⁷

30. Arbitragetribunalen neigen de onteigeningsbepalingen immers te interpreteren op een wijze die staten weinig vrijheid laat om nieuwe wetgeving aan te nemen ter bescherming van zaken in het algemeen belang, zoals milieu en mensenrechten. Als het gedrag van een investeerder namelijk overeenkomstig het recht van de gaststaat was op het moment van de investering maar door latere wijzigingen in wetgeving niet meer, komen we in een gecompliceerde situatie terecht. Een belangenafweging tussen het nationaal beleid van de staat en de verwachtingen van de investeerder moet gezocht worden.⁸⁸

1.1. Directe onteigening

31. Niet enkel het ontnemen van een eigendomstitel maakt onteigening uit. Dat is slechts een enge interpretatie van het begrip onteigening. Ook waardevermindering of het overnemen van controle valt onder de noemer 'onteiening'.⁸⁹ Daarnaast kan het voorkomen dat een staat een volledige industriële sector overneemt. De meeste

⁸⁵ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 190.

⁸⁶ M. HALLWARD-DRIEMEIER, "Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit... and They Could Bite", *World Bank, DECRG*, 2003, 3.

⁸⁷ *Ibid*, enkele voorbeelden van de studies zijn onder meer: D. RODRIK, A. SUBRAMANIAN & F. TREBBI, "Institutions Rule: The Primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development", *NBER Working Paper No. 9305*, 2002; D. DOLLAR & A. KRAAY, "Institutions, Trade and Growth" Paper prepared for the Carnegie Rochester Conference on Public Policy, 2002; D. ACEMOGLU, S. JOHNSON & J. ROBINSON, "The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation" *American Economic Review*, 2001, 1369-1401.

⁸⁸ U. KRIEBAUM, "Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration", *Journal of World Investment & Trade* 2009, 666.

⁸⁹ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 191; C. YANNACA-SMALL, "Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04, OECD Publishing, Paris, 3.

auteurs kwalificeren dit eveneens als onteigening, maar een betere, specifiekere benaming is 'nationalisatie'.⁹⁰ Deze vormen van onteigening benoemen we als 'direct'.

1.2. Indirecte onteigening

32. Indirecte onteigening daarentegen impliceert niet per se dat de staat het bezit over de eigendom verkregen heeft. Onder dit begrip vallen voornamelijk de situaties waarin de staat tussenkomt in het gebruik van de eigendom, of het genot van de voordelen verstoort. Het is van geen belang of de maatregel invloed heeft op de titel, en of de eigendom daadwerkelijk onteigend is. Het effect van de maatregelen daarentegen telt wel. Indien de uitwerking vergelijkbaar is met de uitwerking van een directe onteigening, spreken we van een indirecte onteigening, *de facto* onteigening of maatregelen 'gelijkaardig' aan onteigening.⁹¹ Deze vorm van onteigening zal frequent het onderwerp zijn van investeringsdisputen.

2. Indirecte onteigening in verhouding tot right to regulate

33. Uiteraard wil dit niet zeggen dat elke maatregel die de staat neemt in het bepalen van haar beleid een onteigening inhoudt. Staatsmaatregelen, die *prima facie* een rechtmatige uitoefening van gezag van de regering lijken, kunnen de buitenlandse belangen van investeerders aanzienlijk beïnvloeden zonder dat dit een onteigening inhoudt. Buitenlandse activa en het gebruik ervan zijn bijvoorbeeld onderhevig aan belastingen, handelsrestricties zoals licenties en quota's, of maatregelen van devaluatie. Bijzondere omstandigheden buiten kijf gesteld, blijven deze maatregelen rechtmatig zonder een onteigening te bewerkstelligen.⁹² Een uniforme definitie die het onderscheid kan scheppen tussen indirecte onteigening en een beleid van de staat dat geen aanleiding geeft tot compensatie, bestaat helaas niet.⁹³

Wel zijn er verscheidene, aparte juridische documenten die de kwalificatie van een indirecte onteigening of een niet-compenseerbare maatregel beschrijven. In artikel 1 van het Eerste Protocol van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) wordt bijvoorbeeld expliciet bepaald dat een staat 'het recht heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ C. YANNACA-SMALL, "Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04, OECD Publishing, Paris, 4.

⁹² I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, 2008, 509.

⁹³ C. YANNACA-SMALL, "Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04, OECD Publishing, Paris, 5.

om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.⁹⁴ Voor het investeringsrecht is geen uniform toepasselijk, bindend document voorzien. Toch is het van belang, desgevallend als investeerder of staat, te weten hoe zulks gekwalificeerd moet worden. Wanneer een investeerder van zijn eigendom in de brede zin van het woord ten onrechte wordt onteigend, beschikt hij over een beroepsmiddel bij de nationale instanties van de staat in kwestie, en daarbovenop een extra middel voorzien in de toepasselijke investeringsverdragen.⁹⁵

34. Dit onderscheid wordt als gevolg beslecht door de rechtspraak. In vele zaken werd reeds een onteigeningsdispuut beslecht, waardoor recentelijk ook de bewustwording in de statenpraktijk hierrond groeide. Vandaar vond een onderzoek door de OESO in de rechtspraak wel enkele gemeenschappelijke punten die een indirecte onteigening onderscheidt van niet-compenseerbare, statelijke maatregelen in de uitoefening van machten.⁹⁶ Een staat houdt volgende criteria bij voorkeur in het oog indien ze ingrijpende acties onderneemt ten aanzien van de eigendomsrechten van een buitenlandse investeerder.

35. Een eerste punt betreft de mate waarin de staat het eigendomsrecht verstoort. De verstoring behoeft substantieel te zijn, in de zin dat de regelgevende maatregel een ernstige economische impact teweegbrengt en een zekere tijd aanhoudt.⁹⁷ In *Sporrong en Lönnroth v. Zweden* besloot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) niet tot een indirecte onteigening. *Sporrong en Lönnroth* bezaten eigendommen waarop de lokale autoriteiten uit Stockholm een soort van onteigeningsvergunning hadden die was toegekend door de Zweedse regering. Indien nodig konden zij overgaan tot onteigening van de eigendommen in het algemeen belang. Desondanks het feit dat het voor de eigenaars moeilijker werd om hun eigendommen te verkopen, oordeelde het EHRM dat de maatregel van de Zweedse regering geen schending inhield van het onteigeningsprincipe, gelet op het relatief karakter van de maatregel.⁹⁸

⁹⁴ Art. 1 Aanvullend Protocol bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mensen en de Fundamentele Vrijheden.

⁹⁵ D. GAUKRODGER, "The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties, a scoping paper", *OECD Working Papers on International Investment*, 2017/02.

⁹⁶ C. YANNACA-SMALL, "Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04, OECD Publishing, Paris.

⁹⁷ *Ibid*, UNCITRAL *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, 26 juni 2000, *Interim Award*, para. 102,

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0674.pdf>; O.E. GARCIA-BOLIVAR, "Sovereignty vs. Investment Protection: Back to Calvo?", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 2009, 476-478.

⁹⁸ EHRM *Sporrong en Lönnroth v. Sweden*, 23 september 1982, para. 63, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#f{"itemid":\["001-57580"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#f{).

36. Ten tweede wordt ook rekening gehouden met de aard van de maatregelen, met name het doel en de context ervan. Vooral over de *police powers* doctrine heerst er consensus dat dit geen aanleiding kan geven tot compensatie.⁹⁹ Het is het tegenovergestelde van de *sole effect* doctrine. Krachtens deze doctrine kijkt het tribunaal enkel naar de gevolgen van de maatregel, en niet naar de reden waarom zij in het leven zijn geroepen.¹⁰⁰ Deze benadering wordt veelvuldig toegepast. Een bekende zaak is *Metalclad v. Mexico* waarin het tribunaal de motivatie of het doel van de partijen niet in beschouwing nam op het ogenblik van aanneming van de statelijke maatregel.¹⁰¹ Het ging *in casu* om een maatregel ter bescherming van een ecologisch reservaat. De *police powers* doctrine zou dit wel in overweging nemen. Zo wordt er in het kader van de verstoring van eigendomsrechten aanvaard dat staten niet aansprakelijk zijn voor de economische schade die voortvloeit uit *bona fide* wetgeving vanwege de staat bij de uitoefening van haar *right to regulate*.¹⁰² Het tribunaal neemt dan het doel van de staat wel in acht; bepaald gedrag is gerechtvaardigd als de maatregel genomen is in het algemeen belang, te goeder trouw en niet-discriminatoir is. Dit werd beslist onder andere in de zaak *Lauder v. Tsjechische Republiek*. Een interessante zaak, en bij sommigen beter bekend als het ultieme fiasco van het internationaal investeringsrecht.¹⁰³ *Lauder*, een Amerikaanse investeerder en tegelijkertijd meerderheidsaandeelhouder van een Nederlandse onderneming CME, claimde voor het arbitrage-tribunaal van Londen een schadevergoeding omdat enkele verplichtingen onder het BIT tussen de Verenigde Staten en de Tsjechische Republiek geschonden waren, waardoor *Lauder* miljoenen euro's schade geleden zou hebben. Ook al stonden deze inbreuken ontegensprekelijk vast, het tribunaal bevond dat de Tsjechische Republiek geen aansprakelijkheid droeg.¹⁰⁴ CME begon vervolgens eveneens een arbitrageprocedure in Stockholm, onder het BIT tussen Nederland en Tsjechië. Eigenaardig genoeg besloot het tribunaal in deze zaak wel tot aansprakelijkheid van de Tsjechische staat en tot een bijhorende schadevergoeding. De prijs voor Tsjechië om de controle over belangrijke soevereine zaken terug te winnen

⁹⁹ N. BERNASCONI-OSTERWALDER, A. COSBEY, L. JOHNSON & D. VIS-DUNBAR, "Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Questions & Answers", *IJD* 2012, 15; L. STIFTER & A. REINISCH, "Expropriation in the Light of the UNCTAD Investment Policy Framework for Sustainable Development", in S. HINDELANG & M. KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 88

¹⁰⁰ *Ibid*; K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 242; L. STIFTER & A. REINISCH, "Expropriation in the Light of the UNCTAD Investment Policy Framework for Sustainable Development", in S. HINDELANG & M. KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 86.

¹⁰¹ ICSID No. Arb/AF/97/1 *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, 30 augustus 2000, para. 111, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>.

¹⁰² *Ibid*; UNCITRAL *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, 3 september 2001, para. 198, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>.

¹⁰³ I. BUFFARD & G. HAFNER, *International Law Between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerard Hafner*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 116-117.

¹⁰⁴ UNCITRAL *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, 3 september 2001, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>.

was hoog, meer bepaald 270 miljoen dollar.¹⁰⁵ Deze zaak is opnieuw een sprekend voorbeeld van het onzekere klimaat dat de verhouding tussen investeerdersbelangen en een soeverein – in dit geval media – beleid van een staat teistert.¹⁰⁶ Ook Methanex Corp v. Verenigde Staten – aanhangig gemaakt onder het NAFTA-verdrag – illustreert een toepassing van deze methode. Methanex, een buitenlandse investeerder werkzaam in de Verenigde Staten, produceerde methanol. Methanol is een van de belangrijkste componenten in een bestanddeel van benzine genaamd MTBE. De Amerikaanse overheid ging over tot een verbod op MTBE in benzine in Californië omwille van milieu- en volksgezondheidsredenen. De investeerder stelde dat deze maatregel eigenlijk neerkwam op een onteigening. De Verenigde Staten verantwoordden de maatregel echter in de strijd tegen drinkwaterbesmetting door bestanddelen in benzine. Met nieuwe regelgeving wenste de Californische deelstaat besmetting van het grondwater in de streek tegen te gaan.¹⁰⁷ De VS roept het algemeen belang in: drinkbaar water verzekeren is een van de essentiële doelen van regeringen wereldwijd. De acties van Californië zijn niet discriminerend omdat ze genomen zijn om haar burgers te beschermen.¹⁰⁸ Deze methode werd *in casu* afgewezen. Desondanks werd in het algemeen geoordeeld dat de regelgeving geen onteigening constitueerde en legitiem was.¹⁰⁹ Een gemengde benadering, waarin niet alleen de vorm, maar ook de inhoud van de actie bekeken wordt, komt tegemoet aan verwachtingen van staat en investeerder en maakt meer kans om de test te doorstaan, zoals in *S.D. Myers* werd bepaald. De echte betrokken belangen en het doel en effect van de overheidsmaatregel bepalen beiden of de maatregel een onteigening inhoudt.¹¹⁰ We kunnen bijgevolg besluiten dat staten de meeste regelgevende flexibiliteit halen uit een benadering die het doel van de gaststaat eveneens voor ogen houdt, zodat een gebalanceerde afweging bereikt wordt. Zonder zulke afweging, gebruikmakend van de *sole effect* doctrine, worden de belangen van de staat automatisch uitgesloten, ook al zijn ze te goeder trouw.¹¹¹

¹⁰⁵ UNCITRAL CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, 14 maart 2013, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>; T-H. CHENG, "Power, Authority and International Investment Law", *American University International Law Review* 2005, 496.

¹⁰⁶ I. REMELS, *Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 27-29.

¹⁰⁷ UNCITRAL Methanex Corporation v. United States of America, 3 december 1999, *Statement of Claim*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9089.pdf>.

¹⁰⁸ UNCITRAL Methanex Corporation v. United States of America, 5 december 2003, *U.S. Amended Statement of Defense*, para. 409-417, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9140.pdf>.

¹⁰⁹ M. F. SWEIFY, "Investment-Environment Disputes: Challenges and Proposals", *DePaul Business and Commercial Law Journal* 2015, 155.

¹¹⁰ UNCITRAL S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, 13 november 2000, *Partial Award*, para. 285, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>.

¹¹¹ M-C. CORDONIER SEGGER & A. KENT, "Chapter 30: Promoting Sustainable Investment through International Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 781-782.

37. Een derde en laatste kenmerk dat de studie van de OESO identificeert is of de maatregel de redelijke verwachtingen van de investering verstoort. De investeerder moet bewijzen dat zijn investering gebaseerd was op een stand van zaken die de betwiste wetgevende maatregelen niet includeerde.¹¹² In *Marvin Feldman v. Mexico* maakte het tribunaal deze afweging. CEMSA is een onderneming werkzaam in de tabakssector dat beheerd wordt door de Amerikaanse Marvin Feldman. De Mexicaanse overheid ontzegt het bedrijf van belastingvoordelen bij het exporteren van tabaksproducten. Daarop beroept Marvin Feldman zich onder meer op het principe van onteigening en *national treatment* op grond van NAFTA. In dit opzicht dienen we even terug te koppelen naar wat voorheen aangehaald is. Belastingmaatregelen zijn niet per definitie onrechtmatig.¹¹³ Van nature uit hebben zulke maatregelen een effect dat gelijkaardig is aan een indirecte onteigening.¹¹⁴ Het arbitraal college erkent dat een evenwicht vinden in deze materie dus geen sinecure is. Onredelijke maatregelen zijn uit den boze, maar aan de andere kant dient een regering nog steeds vrij te zijn om redelijke maatregelen door te voeren in het algemeen belang.¹¹⁵ Bij de afweging erkent het tribunaal aldus dat staten in de uitoefening van hun machten op elk moment vrij zijn om hun wetgeving aan te passen naar aanleiding van veranderde economische omstandigheden, of vanuit economische, politieke of sociale overwegingen.¹¹⁶ In deze zaak werd derhalve geconcludeerd dat – ondanks de schending van het *national treatment*-principe – de maatregel van Mexico geen onteigening inhield.¹¹⁷

38. Voorgaande criteria kunnen het makkelijker maken een indirecte onteigening te kwalificeren. De criteria vastleggen in toekomstige investeringsverdragen of aanpassingen doorvoeren in huidige verdragen is een goed idee om onzekerheid te voorkomen, want onzekerheid weerhoudt staten van nodige wetswijzigingen. Dit kan door een expliciete clause die het *right to regulate* van de staat in kwestie erkent in het investeringsverdrag. De *police powers* doctrine wordt vaak aanzien als een onmiddellijke vrijstelling van een compenseerbare, statelijke verplichting.¹¹⁸ De Verenigde Staten namen reeds zulke clauses op in hun recentere vrijhandelsverdragen.¹¹⁹ Bovendien bevat het Amerikaans model

¹¹² C. YANNACA-SMALL, "Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04, OECD Publishing, Paris, 19-20.

¹¹³ *Supra* nr. 33.

¹¹⁴ ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, 16 december 2002, para. 101, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf>.

¹¹⁵ *Ibid*, para. 103.

¹¹⁶ *Ibid*, para. 112.

¹¹⁷ *Ibid*, para. 209-210.

¹¹⁸ C. YANNACA-SMALL, "Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04, OECD Publishing, Paris, 18.

¹¹⁹ C. YANNACA-SMALL, "Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04, OECD Publishing, Paris, 21.

BIT eenzelfde criteria om duidelijkheid over indirecte onteigening te scheppen.¹²⁰ Eens vastgelegd in het investeringsverdrag, biedt de clause houvast voor de investeerder en indien nodig, een arbitragetribunaal. Dergelijke clauses zijn zeer belangrijk voor de rechten van staten en worden verderop nauwkeurig behandeld.¹²¹ Tenslotte is de compensatie die staten behoren te betalen aan de ondernemingen naar aanleiding van de onteigening onderhevig aan kritiek. Investeerders worden immers niet enkel gecompenseerd voor het bedrag dat ze uitgegeven hebben maar ook voor hun verwachte winsten. Het bedrag loopt snel op en kan staten als gevolg in een benarde situatie brengen.¹²²

HOOFDSTUK IV. INVESTERINGSVERDRAGEN EN NATIONALE SOEVEREINITEIT: EEN KRITISCHE ANALYSE

Afdeling I. Algemeen

39. Staten beschikken over het inherente *right to regulate*. Uit vrije wil beperken zij de uitoefening van dit recht aan de hand van het internationaal recht. De toegevingen brengen uiteraard vele voordelen met zich mee en laten de staten toe om bepaalde problemen efficiënter aan te pakken. De vraag stelt zich echter of deze beperkingen ook tegemoetkomen aan bredere sociale en maatschappelijke bezorgdheden. Anders gezegd, verwaarlozen de private beschermingsmechanismen voor investeerders de publieke belangen van staten? Dit *right to regulate* wordt beschouwd als een onontbeerlijk element in het begrip van het hedendaags internationaal investeringsrecht.¹²³ Het enthousiasme tegenover de (bilaterale) investeringsverdragen is de afgelopen jaren getemperd en nieuwe manieren dienen zich aan om de rechten van staten te waarborgen en tegelijkertijd de harmonie met investeerdersbelangen te bewaren. Beide partijen hebben immers uiteenlopende belangen, die zij proberen te verenigen onder een investeringsverdrag. De investeerder wil zijn winsten maximaliseren, zijn positie in de markt versterken en uitbreiden of strategische allianties aangaan. De staat daarentegen ziet de investering onder meer als een opportuniteit om de economische groei te bevorderen, moderne technologie te verkrijgen, productiviteit aanwakkeren, werkgelegenheid creëren en armoede

¹²⁰ *Ibid*, US Model Bilateral Investment Treaty, 2012, Annex B, <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

¹²¹ *Infra* nr. 144.

¹²² J. STIGLITZ, "Towards a Twenty-first Century Investment Agreement", Preface in *Yearbook on International Investment Law and Policy 2015-2016* in L. JOHNSON & L. SACHS (eds.), pp. xiii-xxviii, Oxford University Press, 8.

¹²³ H. MANN, "The Right of States to Regulate and International Investment Law", *Expert Meeting on the Development Dimension of FDI: Policies to Enhance the Role of FDI in Support of the Competitiveness of the Enterprise Sector and the Economic Performance of Host Economies, Taking into Account the Trade/Investment Interface, in the National and International Context*, Geneva, 6-8 November 2002, 2, http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_right_to_regulate.pdf.

verminderen. Investeerders houden sterk vast aan de bescherming van hun eigendomsrechten, terwijl staten hameren op hun soevereiniteit om interne zaken af te handelen.¹²⁴

Afdeling II. Voor- en nadelen van investeringsverdragen

1. Aantrekken van FDI

40. Over investeringsverdragen bestaan bijgevolg uiteenlopende meningen gebaseerd op (econometrische) onderzoeken die moeten aantonen of zij al dan niet bijdragen aan een verhoogde instroom aan FDI en eventueel de economische groei van een land te goed kunnen doen. Het is dan ook belangrijk het onderscheid tussen handel en investering te begrijpen, aangezien deze begrippen niet dezelfde lading dekken. Handel kan eventueel het resultaat zijn van investeringen, en investeringen kunnen hun motieven terugvinden in handelsmogelijkheden, maar toch vormen ze twee te onderscheiden termen. Er is een complementair verband aanwezig tussen beiden, maar dat wil niet noodzakelijk zeggen dat eenzelfde regulering voor handel en investeringen gevolgd moet worden.¹²⁵ FDI neigt namelijk een grotere impact te vertonen op het beleid van de gaststaat dan handel. Diverse factoren duiken op in het kader van investeringen die kunnen interfereren met het nationaal beleid van de gaststaat. Deze fundamentele zaken, zoals technologie, of lucht- en wateremissies, zijn intrinsiek aan de investering verbonden en om die reden ook aan het investeringsbeleid van de staat.¹²⁶

2. Soevereiniteitskosten

41. Steeds meer groeit het besef bij staten dat soevereiniteitskosten het grote nadeel van bilaterale investeringsverdragen uitmaken. BIT's werken niet in één richting, maar zoals het woord zelf het zegt: bilateraal, vanuit beide richtingen.¹²⁷ Vooral staten met een complex regelgevend regime kunnen ten prooi vallen aan de valkuilen van het internationaal investeringsrecht. Een nieuwe statelijke maatregel kan als te progressief en desastreus ervaren worden

¹²⁴ O.E. GARCIA-BOLIVAR, "Sovereignty vs. Investment Protection: Back to Calvo?", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 2009, 465.

¹²⁵ H. MANN, "The Right of States to Regulate and International Investment Law", *Expert Meeting on the Development Dimension of FDI: Policies to Enhance the Role of FDI in Support of the Competitiveness of the Enterprise Sector and the Economic Performance of Host Economies, Taking into Account the Trade/Investment Interface, in the National and International Context*, Geneva, 6-8 November 2002, 6, http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_right_to_regulate.pdf; M. WAGNER, "Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law", *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2014, 11-12.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ A. KULICK, *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 7.

voor buitenlandse investeerders die hun verwachte winsten plotseling enorm gekelderd zien. Beruchte zaken zoals, de Philip Morris case, roepen verontwaardiging en bewustwording onder de bevolking op. De tabaksgigant Philip Morris is een wereldwijd actieve multinational. Een van de meest gekende arbitragezaken uit het investeringsrecht staat op zijn naam. Toen onder meer Uruguay en Australië vooruitstrevende anti-tabaksmaatregelen ondernamen ter bescherming van de volksgezondheid, trok Philip Morris naar het tribunaal. De zaken die hij aanspande tegen Uruguay en Australië kaderen in de strijd van het bedrijf tegen vooruitstrevende antitabaksmaatregelen.

De zaak tegen Uruguay levert voor ons de meest interessante inzichten op. Philip Morris v. Australië werd per slot van rekening onontvankelijk bevonden.¹²⁸ Het bedrijf ondernam herstructureringen in Australië louter om te kunnen genieten van de daar toepasselijke investeerdersbescherming. Op het moment dat zij dit deden was er redelijke zekerheid dat het geschil zich zou veruitwendigen voor een arbitragetribunaal. Het arbitraal college oordeelde overigens terecht dat dit een vorm was van rechtsmisbruik.¹²⁹

2.1. Philip Morris v. Uruguay

42. Het tribunaal erkende in haar eindoordeel het recht van Uruguay om een beleid uit te werken met een ruime beoordelingsmarge voor maatregelen op het vlak van volksgezondheid, gesteund door een overweldigende internationale consensus en wetenschappelijk bewijs over het schadelijk effect van roken. Uruguay zelf was zeer opgetogen met de beslissing. Het land kampt al jaren met een duizelingwekkend aantal rokers. President Vázquez besloot – als voormalig oncologist – deze problematiek aan te pakken aan de hand van talloze maatregelen.¹³⁰ Ook zijn opvolger zette het succesvolle tabakscontrole beleid verder. Uruguay voerde onder meer een verbod in op roken in overdekte openbare plaatsen en liet advertenties plaatsen in gevoelige sectoren zoals sport en entertainment. Een nieuwe tabakscontrolewet voerde overigens de vereiste in om 80% van elke tabaksverpakking te bedekken met gezondheidswaarschuwingen, en een zogenaamde *Single Presentation Requirement*.¹³¹ Het betreft een verbod voor tabaksproducenten om productvarianten zoals *Marlboro Red*, *Marlboro Gold* of *Marlboro Green* op de markt te brengen. Per merk mocht maar 1 variant op de markt gebracht worden. Voor Marlboro koos Philip Morris bijvoorbeeld voor

¹²⁸ UNCITRAL No. 2012-12 Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, 2 mei 2016, *Procedural Order No. 17*, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf.

¹²⁹ S. SCHACHERER, N. BERNASCONI-OSTERWALDER & M. DIETRICH BRAUCH, "International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s", *International Institute for Sustainable Development* 2018, 43.

¹³⁰ ICSID No. ARB/10/7 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, 28 juli 2010, *Expert Opinion: An Analysis of Tobacco Control Measures in the Context of International Investment Law*, 2-3, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0345.pdf>.

¹³¹ De vereiste van 80 procent wordt ook wel de 80/80 regel genoemd.

Marlboro Red. De lightversies moesten verdwijnen. In mijn opinie zijn deze maatregelen niet dermate revolutionair aangezien de overheid reeds vanaf 1968 een uitgebreid controlebeleid vooropstelde.¹³²

43. Drie ondernemingen (Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. en Abal Hermanos S.A.), met moederonderneming Philip Morris International Inc. gevestigd in de VS, dienen onder het Uruguay-Zwitserland BIT een claim in tegen de 80/80 regel en de *Single Presentation Requirement*.¹³³ Door het invoeren van de Requirement zag de investeerder zich genoodzaakt zeven van de dertien productvarianten stop te zetten. Daarnaast argumenteerde Philip Morris dat de 80/80 regel de intellectuele eigendomsrechten van het merk aantastten, wat resulteerde in een daling van de winsten.¹³⁴ De onderneming steunde zich op de FET-standaard en indirecte onteigening. Uruguay verdedigt zich op grond van internationale verplichtingen, waaronder het BIT, ter bescherming van de volksgezondheid. Het land beroept zich op de *'police powers'* doctrine, dat op zijn beurt een essentieel element is van de permanente soevereiniteit van een staat.¹³⁵ Deze doctrine wordt bevestigd in artikel 2(1) van het Zwitserland-Uruguay BIT. Op basis van dit artikel mogen de verdragssluitende staten investeringen weigeren om redenen van openbare orde en veiligheid, volksgezondheid of moraliteit.¹³⁶

44. Het panel voegde bovendien toe dat de voorwaarden vervuld zijn omdat ze *bona fide* aangenomen zijn en niet discriminatoir en proportioneel waren.¹³⁷ Ook de voorwaarde van een legitiem doel is vervuld. Daarnaast bevestigde het panel dat bij het bepalen van haar beleid, de staat over een zekere beoordelingsmarge beschikt. Deze doctrine is ontwikkeld door het EHRM, maar is evenzeer toepasbaar in investeringsarbitrage, en zeker op het vlak van volksgezondheid.¹³⁸ Het tribunaal vond het onnodig om na te gaan of de maatregelen effectief geschikt waren om het doel te bereiken. Het was voldoende dat ze te goeder trouw aangenomen waren om een werkelijke zorg omtrent volksgezondheid te verhelpen.¹³⁹ Het tribunaal volgde de visie van Uruguay, bevestigde de legaliteit van de twee betwiste maatregelen en wees alle claims van Philip Morris af.

¹³² *Ibid.*

¹³³ ICSID No. ARB/10/7 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, 8 juli 2016, paras. 1-7, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>.

¹³⁴ *Ibid.*, para. 10-11, 274.

¹³⁵ *Ibid.*, para. 13, 216.

¹³⁶ Art. 2(1) Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 7 October 1988, <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/3121>.

¹³⁷ ICSID No. ARB/10/7 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, 8 juli 2016, para. 305, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>.

¹³⁸ *Ibid.*, para. 399.

¹³⁹ *Ibid.*, para. 409.

45. De Philip Morris-zaak is een *landmark case* voor het 'right to regulate' van staten.¹⁴⁰ De doctrine wordt erkend door de arbitragewereld en beschouwd als gewoonterecht.¹⁴¹ Met eerbied voor de rechten van staten bevestigt het tribunaal dat een staat over het soeverein recht beschikt haar beleid te bepalen op het gebied van volksgezondheid, beschikkend over beoordelingsruimte, mits voldaan wordt aan de voorwaarde van proportionaliteit. Het is een illustratie van het dilemma waarin staten verkeren. Wensen ze de stromen aan FDI als dit ten koste van hun soevereiniteit gaat, en helpen BIT's hierbij? Er heerst namelijk geen eenduidigheid of de BIT's de instroom van FDI faciliteren.¹⁴² De uitgevoerde studies over de jaren heen komen soms tot tegengestelde conclusies, ze gebruiken vaak verschillende methodologische technieken en nemen niet altijd hetzelfde aantal staten als onderzoeksobjecten.¹⁴³ De studies vinden wel een correlatie tussen de impact van investeringsverdragen en de instroom aan FDI, maar zijn het er niet over eens of deze positief of negatief is.¹⁴⁴ Een goed begrip beheersen van het effect van investeringsverdragen is belangrijk voor de beleidsmakers. Zij zijn zich op die manier beter bewust van de kost, nl. de beknotting van nationale beleidsruimte en het risico op investeerder-staat arbitrage, en voordelen van de verdragen.

Afdeling III. Kritiek op het huidige systeem

46. Het klassieke investeringskader zoals hiervoor beschreven ondergaat op dit moment wijzigingen. De derde industriële revolutie laat ook het investeringsrecht niet onberoerd. LESTER heeft een goede visie op deze evolutie en brengt enkele kritieken naar voren.¹⁴⁵ Een punt dat hij bekritiseert en waarin ik zijn opinie volg is de definitie van een 'buitenlandse' investeerder. Globalisering is een onmiskenbaar fenomeen in het hedendaags tijdperk dat impact heeft

¹⁴⁰ G. ZARRA, "Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay", *Brazilian Journal of International Law* 2017, 97.

¹⁴¹ Ibid; S. SCHACHERER, N. BERNASCONI-OSTERWALDER & M. DIETRICH BRAUCH, "International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s", *International Institute for Sustainable Development* 2018, 45.

¹⁴² E. NEUMAYER & L. SPESS, "Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?" *World Development* 2005, London: LSE Research Online, 3, <http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000627>; H. MANN, "Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development", *Lewis & Clark Law Review* 2013, 528.

¹⁴³ Een voorbeeld van enkele studies zijn o.a.: M. HALLWARD-DRIEMEIER, "Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit... and They Could Bite", *World Bank, DECRG*, 2003; E. NEUMAYER & L. SPESS, "Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?" *World Development* 2005, London: LSE Research Online, <http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000627>; DESBORDES & V. VICARD, "Foreign direct investment and bilateral investment treaties: An international political perspective", *Journal of Comparative Economics* 2009.

¹⁴⁴ C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 70; UNCTAD, "The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries", 2009, 109-112, https://unctad.org/en/Docs/diaeia20095_en.pdf.

¹⁴⁵ S. LESTER, "Reforming the International Investment Law System", *Journal of International Law* 2015, 70-81.

op de klassieke investeringsconcepten. Lester argumenteert dat in het licht van deze globalisering de nationaliteit van ondernemingen een deel van zijn relevantie verliest. Multinationale ondernemingen hebben steeds minder aanknopingspunten met hun thuisstaat.¹⁴⁶ Hij ziet transnationale ondernemingen meer als 'wereldburgers'. Als voorbeeld neemt LESTER twee grote spelers in de auto-industrie. Ford wordt beschouwd als Amerikaans wat impliceert dat zij bescherming geniet onder investeringsverdragen waar de Verenigde Staten partij bij zijn. Toyota daarentegen, wordt aanzien als een Japanse onderneming. Deze twee hebben nochtans een groot gemeenschappelijk kenmerk. Ze stellen globaal gezien meer mensen tewerk in het buitenland, dan in het land waar ze geïncorporeerd zijn.¹⁴⁷ Deze ondernemingen hoeven niet steeds een multinational te zijn, evengoed genieten middelgrote ondernemingen van de investeerdersbescherming. Thans horen we meerdere opmerkingen over de ontoerekenbaarheid aan deze ondernemingen. De toekomst van investeringsverdragen zou de twee richtingen in overweging moeten nemen. De investeerder dient evenzeer een deel verantwoordelijkheid op zich te nemen. Actuele bezorgdheden omtrent duurzame ontwikkeling, arbeids-, milieu-, of mensenrechtenregulering mogen hier niet bij inboeten. In deel II gaan we dieper in op deze problematiek.

47. Meer specifiek levert ook het actueel debat over investeringsbescherming vs. het *right to regulate* stof tot nadenken op. De verdedigers – die voorstander zijn van een uitgebreide bescherming van investeerders – beweren dat de verdragen de investeerders beschermen tegen willekeur vanwege de staat. Tegenstanders uiten meer kritiek op het huidige systeem. Nobelprijswinnaar en befaamd criticus STIGLITZ oppert bijvoorbeeld dat de huidige investeringsakkoorden de regelgevende macht van staten ontnemt en binnenlandse bedrijven discrimineert.¹⁴⁸ De bezorgdheid omtrent hun rechten leidt staten tot het nemen van specifieke regelgeving in hun verdragen, om zichzelf te beschermen tegen onduidelijkheden of te vage interpretaties. Hoe dit precies in zijn werk gaat wordt uitgebreid besproken in deel III van de masterproef. Staten willen immers wel FDI aantrekken, maar niet de geschillen die er al te vaak mee gepaard gaan. Enkele landen kiezen er daarom voor om hun beleidsvrijheid veilig te stellen door eerder afgesloten verdragen te hervormen. Verdragen die gedateerd zijn, of excessief de machten van staten aantasten kunnen worden beëindigd of heroverwogen.¹⁴⁹ Ook dit onderzoeken we grondiger in deel III.

¹⁴⁶ T. COHN, *Global Political Economy*, New York, Routledge, 2016, 273.

¹⁴⁷ S. LESTER, "Reforming the International Investment Law System", *Journal of International Law* 2015, 70-81.

¹⁴⁸ J. STIGLITZ, "Towards a Twenty-first Century Investment Agreement", Preface in *Yearbook on International Investment Law and Policy 2015-2016*, L. JOHNSON & L. SACHS (eds.), pp. xiii-xxviii, Oxford University Press, 6.

¹⁴⁹ Blogpost door Angel Gurría, "The growing pains of investment treaties", 13 oktober 2014, *OECD Insights: Debate the issues*, <http://oecdinsights.org/2014/10/13/the-growing-pains-of-investment-treaties/>.

48. STIGLITZ is kritisch ten opzichte van de motieven van investeerders en poneert dat zij even goed een verzekering zouden kunnen afsluiten bij het Agentschap van Multilaterale Investeringsgaranties of *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA), dat deel is van de Wereldbank, of bij de nationale autoriteiten van de staat die een gelijkaardige bescherming aanbieden.¹⁵⁰ Met grote internationale arbitragezaken is immers veel geld gemoeid. Uruguay won de zaak tegen Philip Morris bijvoorbeeld wel, maar moest toch een serieuze hap uit haar budget nemen voor de arbitragekosten van 2,6 miljoen dollar, terwijl Philip Morris 'maar' in 7 miljoen dollar aan kosten diende bij te dragen.¹⁵¹ De astronomische bedragen die staten boven het hoofd hangen bij verlies kunnen echter een verhinderend effect hebben, in de zin dat ze ervan zouden afzien de gewenste progressieve wetgeving aan te nemen. Zeker minder welvarende staten zouden hieronder lijden.¹⁵² Staten zijn zich bewust van deze recente ontwikkelingen en leveren allerhande inspanningen om een nieuwe balans te vinden tussen hun beleid en de rechten van investerende ondernemingen.¹⁵³

¹⁵⁰ J. STIGLITZ, "Towards a Twenty-first Century Investment Agreement", Preface in *Yearbook on International Investment Law and Policy 2015-2016*, in L. JOHNSON & L. SACHS (eds.), pp. xiii-xxviii, Oxford University Press, 1.

¹⁵¹ ICSID No ARB/10/7, Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, 8 juli 2016, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>; OLIVET, C., "Who really won the legal battle between Philip Morris and Uruguay?", *The Guardian*, 26 July 2016, <https://www.theguardian.com/global-development/2016/jul/28/who-really-won-legal-battle-philip-morris-uruguay-cigarette-adverts>, laatst bezocht op 26 februari 2019.

¹⁵² J. STIGLITZ, "Towards a Twenty-first Century Investment Agreement", Preface in *Yearbook on International Investment Law and Policy 2015-2016*, L. JOHNSON & L. SACHS (eds.), pp. xiii-xxviii, Oxford University Press, 6.

¹⁵³ K. NOWROT, "How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law", *Journal of World Investment & Trade* 2014, 624.

DEEL II. FUNDAMENTELE RECHTEN EN BELANGEN IN VERHOUDING TOT HET

INVESTERINGSRECHT

49. Investeringsbeslissingen beroeren de publieke opinie het meest wanneer fundamentele rechten en belangen van eenieder op het spel staan. Voor een staat is het behoorlijk moeilijk om een evenwicht te construeren tussen beleidsvrijheid, standaarden van algemeen belang en internationale verplichtingen tegenover investeerders. Duurzaamheid, milieu en mensenrechten zijn zulke standaarden van algemeen belang die weleens conflicteren met beschermingsbepalingen voor investeerders. Via de beleidsvrijheid van staten, het *right to regulate*, bevordert en beschermt de staat het algemeen belang.¹⁵⁴ Regelgeving is derhalve een tool om basisfuncties zoals onder andere mensenrechten te implementeren.¹⁵⁵

50. De wisselwerking tussen duurzaamheid, mensenrechten en het *right to regulate* is veelbesproken. Daarom is dit het ideale vertrekpunt om naar een algemenere synthese toe te werken. Net in deze gebieden is het zeer belangrijk dat een afdoend beleid wordt uitgewerkt. Ondernemingen hebben normen en standaarden nodig die zij behoeven te respecteren. Een *'laisser-faire'* beleid leidt tot onzekerheid en inconsistentie. In het opkomende deel bespreken we over welke opties de staat beschikt om haar *right to regulate* in deze thema's te verzekeren. Zo'n visie is echter maar over de laatste jaren heen prevalent onder rechtsgeleerden.¹⁵⁶ Pakweg een decennium geleden was hiervan amper sprake, de materie is dus redelijk vernieuwend.

51. Van niet-statelijke actoren wordt evenzeer als staten verwacht dat zij hun verantwoordelijkheden en verplichtingen nakomen om een bescherming en bevordering van deze standaarden te waarborgen. Niet enkel ondernemingen, maar ook belangengroepen zoals niet-gouvernementele organisaties, nemen hun rol in op het internationale toneel.¹⁵⁷ Ze kunnen hun steentje bijdragen in het regelgevend proces en handhaving van de standaarden,

¹⁵⁴ K. NOWROT, "How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law", *Journal of World Investment & Trade* 2014, 622.

¹⁵⁵ J. STIGLITZ, "Towards a Twenty-first Century Investment Agreement", Preface in *Yearbook on International Investment Law and Policy 2015-2016*, L. JOHNSON & L. SACHS (eds.), pp. xiii-xxviii, Oxford University Press, 3.

¹⁵⁶ K. NOWROT, "How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law", *Journal of World Investment & Trade* 2014, 613.

¹⁵⁷ K. NOWROT, "How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law", *Journal of World Investment & Trade* 2014, 619-620.

alsook kwalitatieve suggesties doen voor een beter beleid. De druk van buitenaf die regeringen ervaren roept immers prangende vragen op over de actualiteit van het investeringsrecht. Is het onteigeningsconcept zoals we het kennen nog steeds accuraat? Een andere invalshoek kan net het nieuwe elan zijn dat dit concept vandaag nodig heeft. De bevolking wil dat de nationale industrie, milieu, volksgezondheid enzovoorts beschermd worden. Maar een streng nationaal investeringsbeleid kan op zijn beurt tot meer claims van de investeerders leiden. De bezorgdheid om soevereiniteit speelt een grote rol in een hernieuwd investeringsrecht waarin een goed functionerend beleid van groot belang zal blijken.¹⁵⁸

52. Mensenrechten, duurzame ontwikkeling en het milieu nemen de hoofdrol op zich in deze masterproef. Deze concepten zijn heden ten dage onlosmakelijk verbonden met het internationaal investeringsrecht. Een evenwichtige balans tussen deze concepten en de beleidsvrijheid van staten vinden, blijkt echter een moeilijker zaak.¹⁵⁹ De verwezenlijking van deze belangen hoort naar mijn bescheiden mening een prioriteit te zijn. Vandaar zal de focus op deze gebieden liggen om hieruit tenslotte algemenere lessen te trekken.

HOOFDSTUK I. MENSENRECHTEN

Afdeling I. Algemeen

53. Mensenrechten en investeringsrecht lijken op het eerste zicht twee afzonderlijke rechtsdomeinen zonder substantiële overlap.¹⁶⁰ Traditioneel gezien sprak het investeringsverdrag zich niet snel uit over mensenrechten. Er heerst namelijk een perceptie dat mensenrechten en investeringsrecht niet onder een gemeenschappelijke noemer thuishoren. Staten zouden ervan weerhouden worden een legitiem mensenrechtenbeleid te ontwikkelen uit voortdurende vrees voor claims van investeerders.¹⁶¹ Pas sinds de laatste decennia merken rechtsacademici op dat mensenrechten en

¹⁵⁸ R. DOLZER, "Indirect Expropriations: New Developments", *New York University Environmental Law Journal* 2002, 66.

¹⁵⁹ K. NOWROT, "How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law", *Journal of World Investment & Trade* 2014, 613.

¹⁶⁰ P.-M. DUPUY, "Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law", in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009, 45; N. KLEIN, "Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right", *Goettingen Journal of International Law* 2012, 185.

¹⁶¹ N. KLEIN, "Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right", *Goettingen Journal of International Law* 2012, 185.

investeringsrecht wel degelijk interageren met elkaar, al dan niet positief.¹⁶² In verschillende sectoren rijzen investeringsgeschillen die evenzeer mensenrechten raken. We kunnen daarbij denken aan sectoren zoals bouw, water, riolering, telecommunicatie, banken en financiële diensten, hotelmanagement, televisie en radio, vuilnisophaling, ontginning, textiel- en gas- en olieproductie.¹⁶³ Kortom, toepassingen zijn wijdverspreid.

De impact van investering op mensenrechten kan evengoed positief zijn. Buitenlandse investeringen dragen dan bij aan economische groei of daling van de armoede.¹⁶⁴ Een evenwicht tussen beide vindt de gaststaat aan de hand van het soevereine *right to regulate*. Tegelijkertijd heeft zij onder het toepasselijke investeringsverdrag enkele verplichtingen op zich genomen, die zij moet nakomen ten aanzien van de investeerders afkomstig uit de verdragsluitende thuisstaat. Tijdens deze periode kan de gaststaat geconfronteerd worden met een dilemma tussen haar verplichtingen onder het toepasselijke investeringsrecht en mensenrechten.¹⁶⁵ In dit hoofdstuk bekijken we hoe dit zijn gang gaat.

Afdeling II. Verplichting van investeerders tot naleving mensenrechtenverdragen

1. Regelgevend vacuüm voor investeerders?

54. Internationaal investeringsrecht brengt op het vlak van mensenrechten verplichtingen mee voor staten, maar niet voor de investeerders. Desalniettemin wil dit niet zeggen dat zij volledig buiten schot staan. De *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights* (UNGP) richten zich niet enkel tot de staat, maar ook tot de investeerder.¹⁶⁶ De UNGP's zijn een codificatie van het bestaande internationaal recht. Ze uniformiseren bestaande standaarden en praktijken in een kader.¹⁶⁷ In dit opzicht vermeldde het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en

¹⁶² E. DE BRABANDERE, "Human Rights and International Investment Law", in M. KRAJEWSKI & R. HOFFMANN (ed.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 1; C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 40; P.-M. DUPUY, "Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law", in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009, 45.

¹⁶³ U. KRIEBAUM, "Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration", *Journal of World Investment & Trade* 2009, 653.

¹⁶⁴ U. KRIEBAUM, "Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration", *Journal of World Investment & Trade* 2009, 654.

¹⁶⁵ C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 197; H. MANN, "International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities", *International Institute for Sustainable Development* 2008, 8.

¹⁶⁶ United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, *Office of the High Commissioner for Human Rights*, 2011; Art. 2 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, 999 *UNTS* 17, 1966.

¹⁶⁷ L. VERDONCK, *The International Legal Framework on Business and Human Rights and its Domestic Operationalisation*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2017, 10-11.

Politieke Rechten in 1966 reeds dat staten erop moeten toezien dat private actoren - buitenlandse investeerders – de mensenrechten niet schenden.¹⁶⁸ Dit principe wordt herhaald in de UNGP's. Staten hebben een juridische verplichting tot bescherming van de mensenrechten tegen mogelijke schendingen van ondernemingen. Laatstgenoemde hebben vervolgens een morele verplichting tot naleving van de mensenrechten, en geen juridisch bindende.¹⁶⁹ Mensenrechtenverdedigers pleiten daarom geleidelijk aan voor een kader dat ook ondernemingen op het matje roept. De mensenrechtenraad van de VN nam daarop het initiatief tot een intergouvernementele werkgroep dat een internationaal juridisch bindend instrument moet uitwerken, resolutie 26/9. Tot op heden oogstte de werkgroep weinig succes.¹⁷⁰ De meningen zijn voornamelijk verdeeld tussen ontwikkelingslanden en ontwikkelde landen. Aangezien de onderhandelingen nog volop aan de gang zijn – de vijfde en volgende sessie staat gepland voor oktober 2019 – zal het wellicht nog even duren eer dit instrument werkelijkheid wordt.

55. Op dit moment zijn de UNGP's bijgevolg het belangrijkste instrument. Gesteund op drie pijlers, *'respect'*, *'protect'* en *'fulfil'* stipuleren ze dat ondernemingen de verantwoordelijkheid dragen om mensenrechten te respecteren in de uitvoering van hun taken. Een gedragsstandaard die ook vervat is in andere internationaalrechtelijke instrumenten, zoals de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (UVRM).¹⁷¹ De OESO-richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen zijn gelijkaardig. Dit document maakt duidelijk wat de overheid van bedrijven verwacht op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen bij het internationaal zakendoen. De OESO-richtlijnen bestrijken evenwel een groter gebied dan de richtlijnen van de VN. Naast mensenrechten worden ook thema's als werkgelegenheid, milieu, consumentenbescherming, wetenschap en technologie, enz. behandeld.¹⁷² Buitenlandse investeerders mogen de staat niet verhinderen hun eigen verplichtingen onder mensenrechten na te komen, zij mogen geen actie ondernemen die het judicieel systeem mogelijks verzwakken.¹⁷³ De investeerders behoren alle toepasselijke wetten na te leven, waaronder de lokale en internationaal geldende normen.¹⁷⁴ MNO's proberen vaak door de mazen van het reguleringsnet te glippen.

¹⁶⁸ Art. 1 United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, *Office of the High Commissioner for Human Rights*, 2011; Art. 2 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, 999 *UNTS*17, 1966.

¹⁶⁹ L. VERDONCK, *The International Legal Framework on Business and Human Rights and its Domestic Operationalisation*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2017, 10-11; E. DE BRABANDERE, "Human Rights and International Investment Law", in M. KRAJEWSKI & R. HOFFMANN (ed.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 4.

¹⁷⁰ *Ibid.*; United Nations Human Rights Council, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntNC.aspx>, laatst bezocht op 5 maart 2019; International Institute for Sustainable Development, <https://www.iisd.org/itn/2018/12/21/negotiations-of-a-legally-binding-instrument-on-business-and-human-rights-continue-at-the-united-nations/>, laatst bezocht op 5 maart 2019.

¹⁷¹ Art. 11-12 United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, *Office of the High Commissioner for Human Rights*, 2011.

¹⁷² OECD Guidelines for Multinational Enterprises, *OECD Publishing*, 2011, <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Art. 23 United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, *Office of the High Commissioner for Human Rights*, 2011.

Dit regelgevend vacuüm kan een aantrekkingsfactor zijn voor buitenlandse investeerders, omdat ze onder dat kader het minst aantal verplichtingen hebben.¹⁷⁵

56. Bewustwording over deze initiatieven vergroot het draagvlak voor een effectieve aanpak van de problematiek. Onbehoorlijk gedrag van ondernemingen wordt bijvoorbeeld niet gerapporteerd uit onwetendheid. Nochtans kunnen staten een gewichtige rol vervullen in het proces om de bekendheid van de *Guiding Principles* van de VN en de OESO-richtlijnen uit te breiden.¹⁷⁶ De OESO stelt een Nationaal Contactpunt voor (*National Contact Point* of NCP) dat effectief het probleem aankaart en waar mogelijk verhelpt.¹⁷⁷ Deze mechanismen kunnen de richtlijnen ten uitvoer brengen, en bedrijven toelaten tot consensuele en niet-contradictoire procedures zoals bemiddeling. Als overheden meer middelen aan de NCP's besteden, kunnen de NCP's hun maximale potentieel bereiken.¹⁷⁸

2. Beleidsantwoord van staten in verhouding tot mensenrechten

57. De primaire verantwoordelijkheid tot naleving van de mensenrechten ligt aldus nog steeds bij de gaststaat. Aan de hand van een doeltreffend beleid behoren zij te waken over de naleving van mensenrechten door buitenlandse ondernemingen actief op hun territorium.¹⁷⁹ Dit is een preventieve plicht, maar ook repressief. Wanneer een schending heeft plaatsgevonden, moet de staat evenzeer rechtsmiddelen aan het slachtoffer reiken.¹⁸⁰ Dit vindt allemaal plaats op het nationale niveau. De investeerder kan pas op het matje worden geroepen voor een schending van mensenrechten als daar een juridische basis voor is in nationale wetgeving. Daarom is het zo belangrijk dat een staat toereikende beschermingsbepalingen uitwerkt. Een slachtoffer van een mensenrechtenschending zal op internationaal level immers enkel de staat kunnen aanspreken, indien die wetgeving het gedrag van ondernemingen onvoldoende regelt. In dat geval zal de staat mogelijks staatsaansprakelijkheid oplopen.¹⁸¹ Als de staat wel een genoegzame wettelijke basis ontworpen

¹⁷⁵ C. RYNGAERT, *Anders globaliseren: Mensenrechten, milieu en internationale handel*, Leuven, Acco, 2007, 14.

¹⁷⁶ C. AVERY, "When businesses are bad, who you gonna call?", *OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs*, in *Debate the Issues: Investment*, OECD Insights, OECD Publishing, Paris, 2016, 36-37, <https://doi.org/10.1787/9789264242661-en>.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ E. DE BRABANDERE, "Human Rights and International Investment Law", in M. KRAJEWSKI & R. HOFFMANN, *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 21; H. MANN, "International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities", *International Institute for Sustainable Development* 2008, 8.

¹⁸⁰ L. VERDONCK, *The International Legal Framework on Business and Human Rights and its Domestic Operationalisation*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2017, 51-52.

¹⁸¹ Art. 12 United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, *Office of the High Commissioner for Human Rights*, 2011; C. RYNGAERT, *Anders globaliseren: Mensenrechten, milieu en internationale handel*, Leuven, Acco, 2007, 15; E. DE BRABANDERE, "Human Rights and

heeft, kan de onderneming wel aansprakelijk gesteld worden, bijvoorbeeld op grond van het nationaal burgerlijk- of strafrecht van de gaststaat.

58. Daarom is het belangrijk om expliciete bepalingen in BIT's op te nemen die directe verplichtingen weerspiegelen.¹⁸² Zonder deze bepalingen wordt het een pak lastiger om de investeerder tot verantwoording te roepen in de internationale gemeenschap. Het mag niet de bedoeling zijn dat de investeerder zich verschuilt achter een (laks) nationaal beleid.¹⁸³ Er zou zo een situatie van 'onderregulering' ontstaan. Ontwikkelingslanden hebben dikwijls lagere normen die aan de ene kant minder bescherming bieden maar aan de andere kant wel de winsten van de investeerders maximaliseren. Ontwikkelingslanden zijn tevreden met de sociale vooruitgang die buitenlandse investeringen met zich meebrengen. Nieuwe job mogelijkheden kunnen vele burgers uit de werkloosheid helpen.¹⁸⁴ Helaas zijn zulke mensenrechtenbepalingen schaars in hedendaagse investeringsakkoorden. Staten vrezen te uitgebreide akkoorden die inboeten aan praktisch nut. Evolutie van het investeringsrecht vereist aangepaste noden. Het *International Institute for Sustainable Development* (IISD) kaart de actualiteit van investeringsverdragen aan en is voorstander van een ruimer draagvlak van de akkoorden, waarin dus ook expliciete minimumstandaarden worden opgenomen.

59. Het is een positieve verplichting die onmiskenbaar tot de verwezenlijking van goed bestuur behoort, maar niet altijd even nauwgezet nageleefd wordt.¹⁸⁵ In het algemeen zijn ontwikkelingslanden iets lakser in hun regelgeving. Buitenlandse investeerders zien hun kans als gevolg schoon in deze staten. Ze hebben lagere normen die investeerders toelaat hun winst te maximaliseren. De ontwikkelingsstaten aan hun kant, zijn tevreden met de tewerkstelling die dit regelgevend vacuüm creëert. Investerings van buitenaf brengen sociale vooruitgang met zich mee en helpen meerdere burgers uit werkloosheid.¹⁸⁶ Dit kan dus interessant zijn voor staten met minder middelen die ineens een enorme stroom aan FDI willen aantrekken. Desondanks mogen deze lagere standaarden er niet toe leiden dat het internationaal recht

International Investment Law", in M. KRAJEWSKI & R. HOFFMANN, *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 4.

¹⁸² S. SCHACHERER, N. BERNASCONI-OSTERWALDER & M. DIETRICH BRAUCH, "International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s", *International Institute for Sustainable Development* 2018, 26; H. MANN, "International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities", *International Institute for Sustainable Development* 2008, 12.

¹⁸³ C. RYNGAERT, *Anders globaliseren: Mensenrechten, milieu en internationale handel*, Leuven, Acco, 2007, 49; S. BLEKER-VAN EYK, "Multinational enterprises and human rights", *Amnesty International and Pax Christi International* 1998, Utrecht, 25-26.

¹⁸⁴ C. RYNGAERT, *Anders globaliseren: Mensenrechten, milieu en internationale handel*, Leuven, Acco, 2007, 36.

¹⁸⁵ A. NEWCOMBE, "Sustainable Development and Investment Treaty Law", *Journal of World Investment & Trade* 2007, 397; J. VINUALES, *Foreign investment and the environment in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 229.

¹⁸⁶ C. RYNGAERT, *Anders globaliseren: Mensenrechten, milieu en internationale handel*, Leuven, Acco, 2007, 36.

geschonden wordt.¹⁸⁷ Wat houdt dit 'recht op onderregulering' dan juist in? We moeten dit begrip met de nodige nuance bekijken. Alhoewel dit zeker voor ontwikkelingslanden interessant kan zijn, is zo'n recht slechts toegelaten voor zover het internationaal recht niet met de voeten wordt getreden.¹⁸⁸ De lagere standaarden brengen een correcte naleving van mensenrechten in het gedrang. De (westerse) thuisstaat kan eventueel ingrijpen door haar binnenlandse ondernemingen een minimumstandaard op te leggen wanneer ze buitenlands gebied betreden.¹⁸⁹ Daarmee wordt het probleem in het beleid van de gaststaat zelf nog steeds niet aangepakt. Haar *right to regulate* stelt per slot van rekening weinig voor. Een toereikend binnenlands wetgevend kader reikt de hand aan even toereikende afdwingingsmechanismen die schendingen bestraffen. Zwakke standaarden leiden tot het omgekeerde.

2.1. Mensenrechtenclausules in investeringsverdragen

60. Ondanks het voorgaande blijft het moeilijk om een geschil over mensenrechten voor een investeringstribunaal te brengen vanwege hun beperkte jurisdictie, dat wordt afgeleid uit het toepasselijk BIT. De bevoegdheid van investeringstribunalen is beperkt tot investeringsgeschillen en reikt niet zover tot mensenrechten. De eerste reflex van een staat behoort de opname van een mensenrechtenclausule in haar verdragen te zijn. In het uitwerken van een beleid zouden staten mensenrechten en investeringsrecht niet meer als twee geïsoleerde rechtsgebieden moeten behandelen, maar als een overlappend geheel. Een holistische aanpak kan ook in de arbitragewereld soelaas brengen.¹⁹⁰ Arbiters zullen door de clausule sneller geneigd zijn om het *right to regulate* ook op vlak van mensenrechten te erkennen.

61. Mensenrechtenclausules zijn niet gebruikelijk in een investeringsverdrag, en als ze voorkomen verwijzen ze vaak naar specifieke gebieden zoals arbeidsstandaarden of gezondheidsrechten. Gezien de weinige toepassingen is het dus een recent fenomeen.¹⁹¹ Pas sinds de laatste jaren kennen de clausules een opmars. Het BIT tussen Marokko en Nigeria uit 2016, bijvoorbeeld is op heel wat vlakken zeer innovatief. Niet alleen in de preambule wordt melding gemaakt

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ E. DE BRABANDERE, "Human Rights and International Investment Law", in M. KRAJEWSKI & R. HOFFMANN (ed.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 1.

¹⁹⁰ N. KLEIN, "Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right", *Goettingen Journal of International Law* 2012, 186-187; J.D. FRY, "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity", *Duke Journal of Comparative & International Law* 2007, 148-149.

¹⁹¹ U. KRIEBAUM, "Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration", *Journal of World Investment & Trade*, 2009, 664; C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 272; E. DE BRABANDERE, "Human Rights and International Investment Law", in M. KRAJEWSKI & R. HOFFMANN (ed.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 9.

van mensenrechten, ook rechtstreekse verplichtingen tot eerbied van mensenrechten voor de investeerder krijgen een plaats in het verdrag.¹⁹² De preambule is een van de meest voorkomende methoden om mensenrechtenverplichtingen te includeren. Desondanks zal een clause in het bindende gedeelte van het verdrag pas verplichtingen voor de investeerder impliceren. In dit opzicht geeft het Marokko-Nigeria BIT het goede voorbeeld. Het BIT wijdt een volledig artikel aan de ontmoediging van mensenrechtenschendingen, met nadruk op veilige werkomstandigheden, volksgezondheid en veiligheid. Daarnaast verwijst het artikel naar de beschermingsplicht van staten op vlak van mensenrechten. Zo'n clause is dus redelijk duidelijk, maar houdt nog steeds geen rechtstreekse verplichting ten aanzien van de investeerder in.

62. Dit kan echter wel. Het Model BIT van Noorwegen gebiedt expliciet dat de verdragsluitende partijen geen investeringen mogen aangaan die mensenrechten, milieu-, of arbeidsstandaarden verzwakken.¹⁹³ De bepaling kan zelfs nog een niveau hoger getild worden. Artikel 18 van het Marokko-Nigeria BIT bijvoorbeeld, bepaalt nogmaals dat investeerder en staat mensenrechten moeten eerbiedigen, en koppelt hier een specifieke verplichting aan. De buitenlandse investeerder dient te handelen volgens de arbeidsstandaarden van de *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work*. Tenslotte mag hij geen internationale mensenrechtenverplichtingen schenden.¹⁹⁴ Het US Model BIT doet hetzelfde.¹⁹⁵ Ook het publiekelijke gekende CETA-verdrag wijdt een apart artikel aan de bescherming van mensenrechten en *right to regulate*. Het vrijhandelsverdrag omvat een apart hoofdstuk aangaande investeringen. Toch benadrukt CETA het *right to regulate* specifiek in het hoofdstuk omtrent handel en arbeid, *Chapter 23*.¹⁹⁶ CETA verplicht de partijen evenzeer zoals het Marokko-Nigeria BIT om hoge en des te meer specifiekere standaarden, op vlak van mensen- en arbeidsrecht, te implementeren in wetgeving.¹⁹⁷ Het gaan dan bijvoorbeeld om veilige normen op het werk, afschaffing van kinderarbeid of non-discriminatie op vlak van arbeidsomstandigheden. Dat dit effectief neergeschreven is in het verdrag, is een grote stap vooruit. Dergelijke heldere bepalingen zouden de vage, meer gedateerde clausules in

¹⁹² Art. 15 Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, *date of signature* 3 December 2016, <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/5409>; Het South-African Development Community Model Bilateral Investment Treaty bevat eveneens gelijkaardige bepalingen.

¹⁹³ Norway Model BIT, *Draft version 191207*, 2007, <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1031.pdf>.

¹⁹⁴ Art. 18, 2-4 Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, *date of signature* 3 December 2016, <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/5409>.

¹⁹⁵ Art. 13 US Model Bilateral Investment Treaty, 2012, <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

¹⁹⁶ Art. 23.2 Comprehensive Economic Trade Agreement between Canada and the European Union, 21 September 2017, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (hierna: CETA).

¹⁹⁷ Art. 23.3 CETA.

investeringsverdragen dringend moeten vervangen. De progressieve elementen in de nieuwe verdragsbepalingen geven investeerders geen kans om zich aan de minimumstandaarden te onttrekken.

2.2. Actuele bezorgdheden

63. Nochtans is het idee van de incorporatie van mensenrechten, of indien we de context verbreden, *corporate social responsibility* (CSR) normen, niet nieuw. De bal is aan het rollen gegaan sinds het initiatief van de OESO om een multilateraal investeringskader te ontwerpen en de OESO-richtlijnen voor MNO's.¹⁹⁸ Een klimaat van bewustwording groeit gestaag; ook de belangen van gaststaat en derden moeten in de investeringsovereenkomst begrepen worden.¹⁹⁹ Vanaf dat moment ontstond de tendens meer aandacht te besteden aan de incorporatie van mensenrechten in investeringsverdragen aan de hand van clauses die verplichtingen opleggen aan staten om investeerders aan te moedigen standaarden van mensenrechten en CSR te respecteren.²⁰⁰ De tijd zal verdere evoluties van deze kersverse clauses uitwijzen.

64. Een spiksplinternieuwe clause is niet altijd voldoende. Een gevoelig thema zoals mensenrechten scherpt de bezorgdheid bij de man uit de straat immers aan. Indonesië is momenteel een van de landen die het voortouw nemen in de bezorgdheid om het *right to regulate*. In 2014 had het land genoeg van de resem aan investeringsclaims en kondigde het aan alle investeringsverdragen grondig te herzien, en eventueel terug te trekken. Momenteel onderhandelen de Europese Unie en Indonesië volop over het nieuw vrijhandelsverdrag CEPA (*Comprehensive Economic Partnership Agreement*). In maart 2019 vond de zesde onderhandelingsronde plaats. Met het verdrag beogen beide handelspartners nieuwe markttoegangen te creëren en faciliteren, handel op te voeren en directe investeringen uit te breiden.²⁰¹ Tijdens de onderhandelingsrondes ontstond er echter bezorgdheid omtrent de naleving van de mensenrechten. Drie NGO's brachten een rapport uit met aanmerkingen. De NGO's roepen op tot een mensenrechtenimpactanalyse (HRIA of *human rights impact assessment*) om de richting van de onderhandelingen te bepalen.²⁰² De organisaties vrezen dat het CEPA-verdrag een bedreiging voor de mensenrechten kan vormen. Een mede-

¹⁹⁸ *Supra* nr. 12.

¹⁹⁹ C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 119.

²⁰⁰ E. DE BRABANDERE, "Human Rights and International Investment Law", in M. KRAJEWSKI & R. HOFFMANN (ed.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 9.

²⁰¹ MO, "Europees handelsverdrag met Indonesië bedreigt mensenrechten", 8 september 2017, <https://www.mo.be/nieuws/europees-handelsverdrag-met-indonesi-bedreigt-mensenrechten>, laatst geraadpleegd op 4 maart 2019.

²⁰² <https://www.mo.be/nieuws/europees-handelsverdrag-met-indonesi-bedreigt-mensenrechten>, laatst geraadpleegd op 4 maart 2019; R. HERTANTI & A. ARAVENA SONA, "Human Rights as a Key Issue in the Indonesia-EU Comprehensive Economic Partnership Agreement", *Briefing*

auteur van het rapport pleit dat CEPA duidelijk moet vastleggen dat mensenrechten boven handels-en investeringsrecht gaat.²⁰³ Ze waarschuwen dat staten op hun hoede moeten zijn om geen handels-en investeringsakkoorden te sluiten die het moeilijker maken om de mensenrechten verplichtingen na te komen. De verplichting – die opgelegd wordt door het internationaal gewoonterecht en gereflecteerd wordt in de extraterritoriale verplichtingen van staten – is een onderdeel van het algemenere *right to regulate*. De HRIA kan helpen om de investeerdersverwachtingen af te stemmen op de mensenrechten. De EU hanteert reeds standaard een impactanalyse op vlak van duurzaamheid sinds 1999, maar volgens de NGO's volstaat deze niet om ook aan mensenrechtennoden te voldoen.²⁰⁴

65. Ook zonder een clause kan het arbitraal college een mensenrechtenkwestie in investeringszaken in aanmerking nemen. Het is moeilijk, maar niet onmogelijk. In het verleden namen arbiters eveneens beslissingen die mensenrechten ten goede kwamen. Onder de volgende titel bespreken we enkele illustraties. De staat kan alvast de zaak bespoedigen door mensenrechtenverplichtingen op te werpen in haar pleidooi, als doel van haar *right to regulate*. Het is een eenvoudige aanpassing die de tribunalen ertoe kunnen aanzetten om de verplichtingen effectief in overweging te houden.²⁰⁵ De inclusie van substantiële mensenrechtenbepalingen in investeringsverdragen is derhalve geen *conditio sine qua non* om de beleidsruimte van staten in aanmerking te nemen. In dat geval zal het belangrijk zijn om naar de verwoording van het verdrag te kijken.²⁰⁶ Zo kunnen de internationale regels omtrent interpretatie bijdragen aan de correcte toepassing van het investeringsverdrag in verhouding tot de mensenrechten.²⁰⁷

Paper, 2017; C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 268-269.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ J.D. FRY, "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity", *Duke Journal of Comparative & International Law* 2007, 107-108.

²⁰⁶ K. NOWROT, "How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law", *Journal of World Investment & Trade* 2014, 624-626; K. NOWROT, "International Investment Law and the Republic of Ecuador: From Arbitral Bilateralism to Judicial Regionalism", *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2010, 36.

²⁰⁷ *Ibid.* E. DE BRABANDERE, "Human Rights and International Investment Law", in M. KRAJEWSKI & R. HOFFMANN (ed.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 16.

Afdeling III. Inclusie van mensenrechtenoverwegingen in investeringszaken

1. Verdragsinterpretatie

66. Het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht (WV) is het instrument bij uitstek voor verdragsinterpretatie.²⁰⁸ Evenwel is het WV oorspronkelijk opgesteld om verdragen te interpreteren, niet om conflicten tussen twee rechtsdomeinen op te lossen.²⁰⁹ Toch kan het een hulpmiddel zijn voor het arbitraal college dat op zoek moet naar een gebalanceerd *right to regulate*. Het sleutelartikel in deze materie is artikel 31(3)(c) WV dat rekening houdt met overwegingen van algemeen belang, onverschillig of zij in het investeringsverdrag zijn opgenomen.²¹⁰ Elke relevante regel van internationaal recht telt, mensenrechten evenzeer.²¹¹

“Art. 31. Algemene regel van uitlegging.

1. *Een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag.*

...

3. *Behalve met de context dient ook rekening te worden gehouden met:*

c) iedere ter zake dienende regel van het volkenrecht die op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast.”

67. Daarenboven moet de arbiter op basis van artikel 32 WV verder kijken dan de oorspronkelijke intentie van de partijen om de betekenis van artikel 31 WV te achterhalen, zoals de context van de verdragsluiting of de voorbereidende werken wanneer de interpretatie dubbelzinnig of absurd lijkt.²¹² Deze redenering werd onder meer toegepast in *Urbaser v. Argentinië*:

²⁰⁸ E. DE BRABANDERE, “Human Rights and International Investment Law”, in M. KRAJEWSKI & R. HOFFMANN (ed.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 17-19.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ K. NOWROT, “How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law”, *Journal of World Investment & Trade* 2014, 624-626.

²¹¹ *Ibid.*, art. 31(3)(c) Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969, BS 25 december 1993, 28.706 (hierna: WV).

²¹² Art. 32 WV.

“The Tribunal further retains that the Convention has to be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties of May 23, 1969, and that Article 31 § 3 (c) of that Treaty indicates that account is to be taken of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.” The BIT cannot be interpreted and applied in a vacuum. The Tribunal must certainly be mindful of the BIT’s special purpose as a Treaty promoting foreign investments, but it cannot do so without taking the relevant rules of international law into account. The BIT has to be construed in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights.”²¹³

68. Voorgaande redenering is begrijpelijk in de context van de Urbaser case. Naar mijn mening is het als rechter zelfs quasi-onmogelijk om in dergelijke zaak alternatieve regelen van internationaal recht te verwaarlozen. Argentinië verkeerde toentertijd in een hoogst uitzonderlijke toestand. Naar aanleiding van de nationale financiële crisis was het land gedwongen ingrijpende maatregelen te nemen die tot financiële verliezen leidden van de buitenlandse concessiehouder van water- en rioleringsvoorzieningen, Urbaser.²¹⁴ De onderneming begon een arbitrageprocedure tegen Argentinië voor de geleden verliezen, waarop Argentinië zelf een tegenvordering of counterclaim indiende.²¹⁵ Argentinië voerde aan dat de gebrekkige nakoming van verbintenissen door de onderneming het recht op water schond, dat op zijn beurt een mensenrecht is.²¹⁶

69. Eenzelfde denkpatroon weerspiegelt zich in de ICSID-conventie. Artikel 42 bepaalt dat in afwezigheid van een overeenkomst, het tribunaal het recht toepast van de verdragsluitende staat in het geschil en de toepasselijke principes van internationaal recht.²¹⁷ Voorts maken de investeringsverdragen zelf dikwijls melding van de toepassing van internationaal recht. Artikel 30 van het US Model BIT bijvoorbeeld, bepaalt uitdrukkelijk dat bij afwezigheid van rechtsregels in het betreffende investeringsverdrag, het recht van de verweerder of internationaal recht van toepassing

²¹³ *Ibid*; ICSID Case No. ARB/07/26 Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, 8 december 2016, para. 1200 https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf.

²¹⁴ *Infra* nrs. 72-79.

²¹⁵ *Infra* nrs. 160-166.

²¹⁶ S. SCHACHERER, N. BERNASCONI-OSTERWALDER & M. DIETRICH BRAUCH, “International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s”, *International Institute for Sustainable Development* 2018, 26.

²¹⁷ Art. 42 Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States van 18 maart 1965, *United Nations Treaty Series*, vol. 575, 159, (hierna: ICSID-Conventie).

is.²¹⁸ Zulke bepalingen verruimen de mogelijkheden waardoor ook regelen buiten het BIT kunnen gelden, en het tribunaal rekening kan houden met de beperkingen van het toepasselijk (nationaal) recht.²¹⁹

70. Zoals gezegd blijft het voor arbitragetribunalen een moeizame klus om andere domeinen van internationaal recht in overweging te nemen bij het interpreteren van een BIT.²²⁰ We zoeken daarom naar alternatieve methoden, die een vrij en redelijk mensenrechtenbeleid van de staat bewerkstelligen. De staat kan bijvoorbeeld de nodige verplichtingen onder mensenrechten inroepen als verdedigingsgrond. Tenslotte kan de staat ook overgaan tot het betere giswerk en een zogenaamde politieke beslissing nemen. Veel recht gaat hier niet mee gepaard. Onder de volgende titels bekijken we de voorgestelde opties wat meer in detail.

2. Politieke beslissing

71. Deze benadering is niet per se de enige juiste, en zal niet altijd een oplossing afdwingen. In de praktijk worden conflicten opgelost door het principe van de 'politieke beslissing'.²²¹ Het is geen methode, maar eerder een praktisch en pragmatisch beleid van de staat. De staat kiest om het ene verdrag te respecteren en haar verplichtingen onder het andere te breken.²²² Doorheen dit beslissingproces zal de staat een afweging moeten maken. Door de inbreuk bestaat de kans dat een buitenlandse investeerder het gastland voor een tribunaal zal slepen.²²³ Een politieke beslissing is in mijn opinie de minst zekere weg om rechten te vrijwaren als staat. Bovenal heeft het niets met recht te maken en kunnen politieke 'onderonsjes' op veel onbegrip stoten.

3. Mensenrechtenverplichtingen als verdedigingsgrond: Argentinië cases

72. Als het dan op een arbitragezaak aankomt, stelt de vraag zich hoe de plicht tot het naleven van de mensenrechten kan ingeroepen worden als verdedigingsgrond. Noodzaak is zo'n verdedigingsgrond, waardoor een

²¹⁸ Art. 30 US Model Bilateral Investment Treaty, 2012, <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

²¹⁹ E. DE BRABANDERE, "Human Rights and International Investment Law", in M. KRAJEWSKI & R. HOFFMANN (ed.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 16.

²²⁰ K. NOWROT, "How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law", *Journal of World Investment & Trade* 2014, 624-626; H. MANN, "International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities", *International Institute for Sustainable Development* 2008, 26-27.

²²¹ E. DE BRABANDERE, "Human Rights and International Investment Law", in M. KRAJEWSKI & R. HOFFMANN, *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 19.

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*

bepaald handelen van een staat eventueel toch door de vingers gezien wordt omdat ze ter verwezenlijking van het algemeen belang is genomen.²²⁴ Als het handelen van de staat voldoet aan de voorwaarden uit artikel 25 van de *Draft Articles on State Responsibility* (DASR) van de *International Law Commission* (ILC), ontloopt de staat aansprakelijkheid.²²⁵ Ten eerste dient de maatregel de enige manier te zijn om essentiële belangen te beschermen tegen een ernstig en imminente dreiging. Ten tweede mag de handeling niet al te zwaar conflicteren met de essentiële belangen van de staat – of van de gehele internationale gemeenschap – aan wie de verplichting verschuldigd is. Ten derde mag noodzaak in geen geval een verdedigingsgrond uitmaken als de internationale verplichting (zoals een verplichting onder een investeringsverdrag) in kwestie die mogelijkheid uitsluit of indien de staat zelf heeft bijgedragen aan de situatie van noodzaak.²²⁶

73. Het schoolvoorbeeld in deze materie met talloze investeringsclaims op haar naam is Argentinië. Ongeveer in de late jaren '90-2001 kwam Argentinië terecht in een schulden crisis. De schuldenberg bedroeg ruim 100 miljard euro aan buitenlandse schulden en nam steeds toe. Voor de financiële crisis werden vele overheidsdiensten of belangrijke openbare diensten, zoals water en aardgas, geprivatiseerd. Argentinië had met deze privatisering oog op nieuwe buitenlandse investeerders en bood aantrekkelijke waarborgen in investeringsakkoorden aan.²²⁷

Vier belangrijke gunsten kwamen Argentinië later zuur op te breken: 1) tarieven werden berekend in US dollar; 2) een automatische en periodieke aanpassing van de tarieven gebaseerd op de *US Producer Price Index*; 3) een helder en duidelijk juridisch kader dat niet eenzijdig kan worden gewijzigd; en 4) het toekennen van vergunningen in plaats van concessies om toekomstige investeerders de hoogst mogelijke bescherming te garanderen.²²⁸

Met de financiële crisis die haar intrede deed, zag de overheid zich genoodzaakt uitzonderlijke maatregelen te nemen die diametraal op de verwachtingen van de investeerders stonden. Argentinië besloot dat een dollar voortaan gelijk aan een peso, wat uiteraard een enorme devaluatie voor de dollar betekende.²²⁹ Als gevolg wilde niemand nog geld lenen

²²⁴ E. DE BRABANDERE, "Human Rights and International Investment Law", in M. KRAJEWSKI & R. HOFFMANN, *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 19.

²²⁵ Art. 25 Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (Part Two), (hierna: DASR).

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 173.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ ICSID No. ARB/01/8 CMS Gas Transmission Company v Republic of Argentina, 12 mei 2005, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>; ICSID No. ARB/02/1 LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp and LG&E International, Inc v Argentine Republic, 25 juli 2007, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0462.pdf>; ICSID Case No. ARB/02/16 Sempra Energy International v The Argentine Republic, 28 september 2007, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf>.

aan Argentinië.²³⁰ Het hoeft daarom niet te verwonderen dat Argentinië meermaals de verweerderspositie op zich nam in talloze investeringszaken.

74. Een van de eerste zaken naar aanleiding van de financiële crisis was de CMS Gas Transmission Company case. De Amerikaanse onderneming CMS investeerde in ongeveer 30% van de aandelen van het Argentijnse TGN, een gastransportbedrijf.²³¹ De crisismaatregelen van Argentinië veroorzaakten een daling van de winsten van de Amerikaanse investeerder. Daarenboven werd de vergunning van TGN ingetrokken.²³² CMS bracht daarop een claim voor het ICSID-tribunaal onder het US-Argentinië BIT. CMS voerde aan dat de maatregelen arbitrair en discriminatoir waren, de FET-standaard schonden en een onteigening inhielden.²³³ Argentinië antwoordde daarop dat zij over het discretionair recht beschikken om een zeker economisch beleid te veranderen, rekening houdende met sociale en publieke overwegingen.²³⁴ Verder riepen ze ook noodzaak in, met als oorzaak de economische en sociale crisis, die hen zou moeten vrijstellen van aansprakelijkheid.²³⁵ Volgens het land is dit een mensenrechtenverplichting die boven elk investeringsverdrag stijgt. Die verplichting vond het tribunaal wel geldig, maar niet in conflict met de verplichtingen onder het BIT, omdat de financiële crisis toen niet ernstig genoeg was.²³⁶ De toekomstige beoordeling van investeringszaken over noodzaak werd door het lak aan motivering echter in het ongewisse gelaten.

75. In een volgende zaak, LG&E v. Argentinië, werd het tegenovergestelde besloten.²³⁷ Amerikaanse investeerders hielden belangen aan in drie Argentijnse bedrijven, die in het leven geroepen waren voor de privatisering van aardgas.²³⁸ Na de economische crisis klaagden de investeerders Argentinië aan op grond van indirecte onteigening en schending van de FET-standaard.²³⁹ Het tribunaal was niet akkoord en besloot dat de maatregelen die Argentinië trof noodzakelijk

²³⁰ F. BOON, "Armoede van het Zilverlandleven in failliet Argentinië", NRC, 22 november 2014, <https://www.nrc.nl/nieuws/2014/11/22/armoede-van-het-zilverland-a1420866>, laatst bezocht op 11 maart 2019.

²³¹ ICSID No. ARB/01/8 CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina, 12 mei 2005, paras. 57-58, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>

²³² *Ibid.*, paras. 59-67.

²³³ *Ibid.*, para. 88.

²³⁴ *Ibid.*, para. 93-94.

²³⁵ *Ibid.*, para. 98.

²³⁶ C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 176; J.D. FRY, "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity", *Duke Journal of Comparative & International Law* 2007, 101.

²³⁷ ICSID No. ARB/02/1 LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp and LG&E International, Inc v Argentine Republic, 25 juli 2007, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0462.pdf>.

²³⁸ C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 176.

²³⁹ *Ibid.*

waren om de openbare orde en veiligheid te bewaren.²⁴⁰ Alhoewel het tribunaal niet expliciet verwees naar mensenrechten, merkte het wel op dat Argentinië de crisis aanpakte door bijvoorbeeld maatregelen te nemen die de toegang tot gezondheidszorg verzekerden.²⁴¹ De toestand was erbarmelijk: hospitalen hadden een ongelofelijk tekort aan basisvoorzieningen, investeringen in infrastructuur en een goede uitrusting voor publieke ziekenhuizen daalde drastisch. De armoede in combinatie met het voedseltekort en een slechte toegang tot gezondheidszorg dwong de Argentijnse overheid tot doortastende maatregelen. Het tribunaal accepteerde de noodzaak, maar enkel voor een specifieke periode tijdens de crisis.²⁴²

76. Sempra Energy International, opnieuw een Amerikaanse onderneming, kent een gelijkaardig feitenrelaas als de twee vorige zaken.²⁴³ Argentinië deed wederom beroep op de noodzaak. Het ICSID-tribunaal nuanceerde haar vorige redenering.²⁴⁴ Deze keer stelde het tribunaal de vraag of de constitutionele orde en voortzetting van de staat werkelijk bedreigd was, of dat de regering de crisis op andere manieren kon aanpakken.²⁴⁵ Het tribunaal was van mening dat dit inderdaad het geval was. Argentinië had het FET-principe geschonden onder het BIT en werd veroordeeld tot betaling van een compensatie met interest.

77. Tenslotte werd in *Suez/Vivendi v. Argentinië* bepaald dat er geen wederzijdse exclusieve verplichtingen bestaan onder investeringsrecht en mensenrechten en dat er geen nood is om ze gelijkmatig te respecteren.²⁴⁶ Deze keer ging het om de privatisering van watervoorziening. De financiële crisis bracht opnieuw een vertroebelde relatie teweeg tussen de investeerders en de Argentijnse overheid. Uiteindelijk verbrak Argentinië de concessie met Suez/Vivendi,

²⁴⁰ ICSID No. ARB/02/1 LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp and LG&E International, Inc v Argentine Republic, 3 oktober 2006, *Decision on liability*, paras. 198-200, 226-261, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>.

²⁴¹ E. DE BRABANDERE, "Human Rights and International Investment Law", in M. KRAJEWSKI & R. HOFFMANN (ed.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 20; ICSID No. ARB/02/1 LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp and LG&E International, Inc v Argentine Republic, 3 oktober 2006, *Decision on liability*, para. 234, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>.

²⁴² ICSID No. ARB/02/1 LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp and LG&E International, Inc v Argentine Republic, 3 oktober 2006, *Decision on liability*, para. 195, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>.

²⁴³ ICSID Case No. ARB/02/16 Sempra Energy International v The Argentine Republic, 28 september 2007, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf>.

²⁴⁴ C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 178-180.

²⁴⁵ ICSID Case No. ARB/02/16 Sempra Energy International v The Argentine Republic, 28 september 2007, para. 332, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf>.

²⁴⁶ ICSID Case No. ARB/03/19 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic, 9 april 2015, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4365.pdf>.

waarna de onderneming schending van het onteigenings- en FET-principe claimde.²⁴⁷ Argentinië deed opnieuw beroep op de noodzaak, namelijk dat zulke beslissing noodzakelijk was om watervoorziening voor haar burgers veilig te stellen.²⁴⁸ Het recht op water is een fundamenteel mensenrecht. Argentinië argumenteerde als gevolg dat een ruimere beoordelingsmarge voor haar beleid hier op zijn plaats was. Het tribunaal oordeelde echter dat Argentinië in deze zaak geen reden had om het BIT niet na te leven wegens schending van mensenrechten. Des te meer waren de voorwaarden uit artikel 25 DASR niet vervuld. Het college vond geen enkele grond in het BIT of internationaal recht dat Argentinië vrij spel gaf om maatregelen te stellen in kader van het mensenrecht op water die tegelijkertijd het BIT schonden. Integendeel, het land moet tegelijkertijd haar verplichtingen onder het BIT, en het recht op water verzekeren. Beide verplichtingen zijn niet noodzakelijk inconsistent, contradictoir of wederzijds exclusief. Er waren immers minder verregaande manieren om waterreserves voor de bevolking te voorzien. Argentinië behoort beide verplichtingen als gevolg te respecteren zonder de een of de ander te verwaarlozen.²⁴⁹

78. Als gevolg is het land aansprakelijk bevonden. De Urbaser-zaak kende een gelijkaardig verloop als de Suez/Vivendi-zaak, maar een tegenovergestelde uitkomst.²⁵⁰ Of dit argument aldus aanvaard wordt hangt af van een restrictieve benadering met enge interpretatie of een flexibelere benadering met een ruime interpretatie van het noodzaak-argument. De ruimere interpretatie staat uiteraard ook meer open voor een mensenrechtenvriendelijk beleid van de gaststaat.²⁵¹

79. Met de bespreking van deze zaken wordt verstaanbaar dat het niet evident is voor een staat om een mensenrechtenbeleid uit te werken dat conform de beloofde toegevingen is aan buitenlandse investeerders. In uitzonderlijke situaties, zoals een crisis, maar ook andere omstandigheden zijn mogelijk, is het evenwicht tussen beiden moeilijk te bewerkstelligen. Voorspellen wat de uitkomst zal zijn in een eventuele investeringszaak is nattevingerwerk. Mijns inziens is rechtsonzekerheid een niet te vermijden gevolg dat staten van positieve actie kan weerhouden.

²⁴⁷ ICSID Case No. ARB/03/19 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic, 30 juli 2010, *Decision on Liability*, paras. 53-56, 127, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0826.pdf>.

²⁴⁸ *Ibid*, para. 249-252.

²⁴⁹ *Ibid*, para. 271; C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 184.

²⁵⁰ ICSID Case No. ARB/07/26 Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, 8 december 2016, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf.

²⁵¹ C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 187.

Afdeling IV. Nationale beleidsruimte en internationaal investeringsbeleid

1. Algemeen

80. Zeker vandaag lijken mensenrechten deel uit te maken van een universele norm voor eenieder, een evidentie, waarop elk individu recht heeft. In een volmaakte wereld zou dit inderdaad zo zijn. Toch geschieden er nog dagelijks schendingen van dit recht dat voor ons zo vanzelfsprekend is. Niet elke staat tilt even zwaar aan mensenrechten. In zulke situaties is het betreuenswaardig dat een BIT tussen staten wordt afgesloten, zonder dat een NGO die de belangen van mensenrechten behartigt, deelneemt in het verdragsluitend proces.²⁵²

Zoals voorheen aangehaald hebben de verdragsluitende partijen van een BIT uiteenlopende belangen. Een staat die een voordelige investering wenst binnen te halen moet toch steeds de voordelen afwegen tegen de kosten, nadelen en risico's. Terzelfdertijd moet zij erop letten om een immer aantrekkelijke investeringsomgeving te bewerkstelligen.²⁵³ Ook de thuisstaat heeft verscheidene belangen bij de investering. Enerzijds kan de buitenlandse investering tot een verschuiving van de industrietakken van thuisstaat naar gaststaat behelzen. Anderzijds kan de investering tot nieuwe of versterkte handel met de gaststaat leiden.²⁵⁴

81. In theorie heeft de gaststaat vrij spel bij het bepalen van de voorwaarden om een investering toe te laten in haar grondgebied, maar in de praktijk verkeert de gaststaat in een onevenwichtige positie tijdens het onderhandelingsproces. De gaststaat is meestal financieel zwakker, waardoor zij geneigd is veel aandacht te besteden aan investeerdersbelangen.²⁵⁵ Dit creëert een zogenaamde *race to the bottom* in de relaties tussen de staten, waarin ontwikkelingslanden strijden om de meest aantrekkelijke investeringen.²⁵⁶ Deze *race to the bottom* wordt gekenmerkt door (absurd) gunstige voorwaarden voor investeerders waarbij staten hun eisen aan de kant schuiven voor die van investeerders. Dit fenomeen doet zich voor op verschillende manieren. Zo vechten gaststaten onder elkaar om de meest gunstige fiscale voorwaarden voor buitenlandse bedrijven. Zo bemerken we in eigen land bijvoorbeeld de notionele

²⁵² C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 47.

²⁵³ C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 48; T-H. CHENG, "Power, Authority and International Investment Law", *American University International Law Review* 2005, 471.

²⁵⁴ C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 48-49.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ *Ibid.*

interestaf trek. Vroeger één van de bekendste lokmiddelen, die vooral buitenlandse investeerders serieus begunstigde.²⁵⁷ De gaststaten verwachtten met deze aanpak een sterkere economische groei die de ontwikkeling van het land bevoordeelt. Helaas is het bestaan van zo'n positieve correlatie twijfelachtig.²⁵⁸ De zwakke positie in combinatie met de afwezigheid van burgerlijke belangengroepen veroorzaakt vaak een ondervetegenwoordiging van de fundamentele belangen van de gaststaat. Staten schieten als gevolg te kort in de waarmaking van een degelijk mensenrechtenbeleid.

2. Zuid-Afrikaans investeringsbeleid: de Foresti case

2.1. Verloop van de situatie

82. Een goed voorbeeld hiervan vinden we terug in Zuid-Afrika. Het apartheidsregime dwong Zuid-Afrika in een neerwaartse spiraal van ongelijkheid. Buitenlandse investeerders hadden vrij spel en respect voor mensenrechten was ver te zoeken.²⁵⁹ Het land beroept zich hevig op FDI en stortte zich zonder verpinken in BIT's met kapitaal-exporterende landen. De bewoordingen in BIT's waren vaak enorm ruim met weinig ruimte voor enige vorm van beleidsvrijheid aan Zuid-Afrika.²⁶⁰ De Foresti zaak situeert zich in het post-apartheid tijdperk in Zuid-Afrika. Na de afschaffing van het apartheidsregime kwam een democratische regering aan de macht, die met allerhande maatregelen de discriminatie ten aanzien van de zwarte meerderheid tegen wou gaan. Een van deze maatregelen onder de zogenaamde *Black Economic Empowerment provisions* betrof de *Mineral and Petroleum Resources Development Act* (MPRDA). Door de nieuwe wet verkreeg de overheid de eigendom over alle natuurlijke rijkdommen in Zuid-Afrika. Een van de doelstellingen van de MPRDA beoogde de kansen voor historisch benadeelde personen, hieronder begrepen vrouwen en gemeenschappen, substantieel en betekenisvol uit te breiden. Op deze manier zouden ook zij kunnen werken in de mineralen-en petroleumindustrie, en zou de ontginning van deze bronnen hen gelijkerwijs bevoordelen.

²⁵⁷ P. TIMMERMANS, "Maak van België weer een magneet voor buitenlandse investeerders", *Knack*, 12 april 2017, <https://trends.knack.be/economie/beleid/maak-van-belgie-weer-een-magneet-voor-buitenlandse-investeerders/article-opinion-839937.html>, laatst bezocht op 7 maart 2019.

²⁵⁸ *Supra* nr. 41.

²⁵⁹ L. VERDONCK, *The International Legal Framework on Business and Human Rights and its Domestic Operationalisation*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2017, 114-115.

²⁶⁰ F. MOROSINI, "Making the Right to Regulate in Investment Law and Policy Work for Development: Reflections from the South African and Brazilian experiences", *IISD*, 30 juli 2018, <https://www.iisd.org/itn/2018/07/30/making-the-right-to-regulate-in-investment-law-and-policy-work-for-development-reflections-from-the-south-african-and-brazilian-experiences-fabio-morosini/>.

Een recht op exploitatie van mineralen was sindsdien enkel mogelijk aan de hand van een licentie. Ondernemingen die over private rechten beschikten, waren gedwongen deze te vervangen door zo'n licentie.²⁶¹ Italië en Luxemburg besloten om onder het toepasselijk BIT Zuid-Afrika voor het ICSID te slepen gebaseerd op gronden van onteigening, de principes van FET en *national treatment*. Zij meenden dat de nieuwe licenties niet dezelfde rechten inhielden die zij op basis van het voorgaand systeem genoten. Bovendien was de nieuwe licentie onderhevig aan heel wat voorwaarden en beperkingen, ter bevordering van de participatie van de zwarte bevolking.²⁶²

83. De intentie van de Zuid-Afrikaanse regering is ongetwijfeld van goede wil. De zwarte bevolking is meer dan een halve eeuw systematisch slechter behandeld dan de blanke bevolking, met alle gevolgen van dien. Volgens cijfers van het VN-ontwikkelingsprogramma leefde in 2003 62% van de zwarte Zuid-Afrikanen nog steeds onder de nationale armoedegrens, terwijl dit voor de blanke Zuid-Afrikanen slechts 1,5% bedroeg.²⁶³ De sociale onrechtvaardigheid uitroeien is een nobel doel, maar is een plotse ommezwaai in vergelijking met de vroegere wetgeving. Het ICSID-tribunaal had met deze zaak de kans om zich uit te spreken over een delicate discussie, nl. kan een BIT in de weg staan van een beleid dat de mensenrechten wil beschermen?

2.2. Non-disputing parties

84. Helaas heeft het tribunaal deze discussie niet beslecht. De partijen gingen over tot een schikking waardoor de procedure werd stopgezet. Eerdere zaken over de fijne lijn tussen mensenrechten en investeringsrecht werden zelden goed beargumenteerd, waardoor de Foresti case wel een mooie opportuniteit bood.²⁶⁴ Wat wel boeiend is aan voorliggend dispuut is dat derde partijen het dossier mochten inkijken en vrijblijvende suggesties konden maken. Enkele internationale en Zuid-Afrikaanse NGO's werden toegelaten tot de arbitragezaak aan de hand van *amicus curiae*

²⁶¹ ICSID No. ARB(AF)/07/1 Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa, 4 augustus 2010, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>; C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 202; A. FRIEDMAN, "Flexible Arbitration for the Developing World: *Piero Foresti* and the Future of Bilateral Investment Treaties in the Global South", *Brigham Young International Law and Management Review* 2011, 2.

²⁶² C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 202.

²⁶³ A. FRIEDMAN, "Flexible Arbitration for the Developing World: *Piero Foresti* and the Future of Bilateral Investment Treaties in the Global South", *Brigham Young International Law and Management Review* 2011, 5.

²⁶⁴ C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 202.

brieven.²⁶⁵ Deze non-disputing parties (NDP's) of *amici curiae* kunnen waardevolle informatie en advies verstrekken aan het tribunaal.²⁶⁶ Ze beschikken over een eigen expertise en bestuderen de zaak vanuit diverse invalshoeken. Het Mensenrechtencomité van de VN erkende zo dat het principe van gelijkheid soms vereist dat staten positieve acties ondernemen tegen omstandigheden die discriminatie veroorzaken en verboden zijn door het BUPO-verdrag.²⁶⁷ Daarenboven kunnen de NDP's waarheidsgetrouwe informatie geven aan het tribunaal, gebaseerd op de realiteit van het beleid in de kapitaal-importerende natie. Het gemiddelde arbitragetribunaal zetelt immers in pakweg Den Haag of Genève, ver weg van de problematiek.²⁶⁸ De ICSID-conventie bevat nu een aangepaste regeling omtrent de NDP's. Zij worden toegelaten tot de procedure, tenzij een van de partijen bezwaar heeft.²⁶⁹

2.3. Alternatieve uitkomsten voor de zaak

85. In het geval van de *Foresti* case zou het bijvoorbeeld een goed idee zijn een aangepaste onteigeningstest te hanteren, die staten op een flexibele wijze toelaat om positieve verandering te implementeren.²⁷⁰ Deze test bestaat uit drie stappen:

- 1) Is er een internationaal erkend beleidsdoel voor de betwiste wetgeving?
- 2) Kan dit doel bereikt worden op manier die minder discriminatie inhoudt?
- 3) Kan het doel op een manier bereikt worden zodat de effecten voor de benadeelde partijen en de investeerders minimaliseert?

86. De penibele situatie in de *Foresti* case is veroorzaakt door een wetswijziging van Zuid-Afrika. De staat werd wakker geschud na deze claim en revalueerde haar investeringsbeleid grondig, met als resultaat een nieuwe nationale investeringswet. De *Protection of Investment Act* uit 2015 is het Zuid-Afrikaans antwoord op de opzegging van de toenmalige BIT's.²⁷¹ De nadruk was te geconcentreerd op bescherming van de investeerder, en niet van de statelijke

²⁶⁵ J. BRICKHILL, M. DU PLESSIS, "Two's Company, Three's a Crowd: Public Interest Intervention in Investor-State Arbitration (*Piero Foresti v. South Africa*)", *South African Journal on Human Rights* 2011, 153-158.

²⁶⁶ J.D. FRY, "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity", *Duke Journal of Comparative & International Law* 2007, 109-110.

²⁶⁷ A. FRIEDMAN, "Flexible Arbitration for the Developing World: *Piero Foresti* and the Future of Bilateral Investment Treaties in the Global South", *Brigham Young International Law and Management Review* 2011, 13.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ Art. 32(2) ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings van 18 maart 1965, *United Nations Treaty Series*, vol. 575, 159.

²⁷⁰ A. FRIEDMAN, "Flexible Arbitration for the Developing World: *Piero Foresti* and the Future of Bilateral Investment Treaties in the Global South", *Brigham Young International Law and Management Review* 2011, 13-14.

²⁷¹ *Infra* nr. 133.

belangen. In de wet wordt het soevereine *right to regulate* met stip bevestigd. In het bijzonder mag de staat dit recht toepassen ter verwezenlijking van socio-economische rechten. Buitenlandse investeerders hebben volgens de nieuwe wet ook recht op eigendom, maar moet steeds overeenstemmen met de Zuid-Afrikaanse grondwet.²⁷² De situatie zou echter helemaal anders zijn als er geen investeerders aanwezig waren voor de wetswijziging. Dit gebeurde in Bolivia. In 2000 was het een van de armste landen ter wereld met een percentage van 66,4% van de bevolking dat onder de armoedegrens leefde.²⁷³ Toen president Morales aan de macht kwam, zwoer hij de ongelijkheid aan te pakken, met succes.²⁷⁴ Een nieuwe grondwet gaf de controle over natuurlijke rijkdommen, zoals aardgas en kostbare metalen, in het land terug aan het volk. Lithium is rijkelijk aanwezig in Bolivia en een bron van inkomsten voor de bevolking. De nieuwe wetgeving heeft tot dusver geen conflicten veroorzaakt met de BIT's afgesloten door Bolivia. We hoeven de reden hiervoor echter niet ver te zoeken, in tegenstelling tot de Foresti zaak, waren er geen buitenlandse investeerders die rechten bezaten op de natuurlijke rijkdommen voor de invoering van de wetgeving.²⁷⁵

Afdeling V. Interactie van het mensenrechten-en investeringsbeleid

87. De relatie tussen de twee rechtsdomeinen is aldus zeer complex.²⁷⁶ Kunnen we op basis van deze informatie dan besluiten dat buitenlandse investeerders steeds in de weg staan van een behoorlijk mensenrechtenbeleid? Neen, dit zou wellicht te kort door de bocht zijn. Het tegendeel wordt zelfs beargumenteerd, namelijk dat buitenlandse investeringen bijdragen aan de ontwikkeling van de mensenrechten.²⁷⁷ Indien dit waar zou zijn, hebben staten er alle belang bij FDI aan te trekken. Een universeel gedeelde visie bestaat niet. Aan de ene kant beweren sommigen dat FDI als een motor voor mensenrechten dient, aan de andere kant zijn er critici die deze opinie sterk veroordelen en menen dat MNO's juist verantwoordelijk zijn voor de mensenrechtenschendingen in de gaststaat.²⁷⁸

²⁷² L. VERDONCK, *The International Legal Framework on Business and Human Rights and its Domestic Operationalisation*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2017, 120-121; art. 12 Protection of investment Act 22 of South Africa of 2015, *Government Gazette* No. 39514.

²⁷³ The World Bank, <https://data.worldbank.org/country/bolivia>, laatst geraadpleegd op 4 maart 2019.

²⁷⁴ A. FRIEDMAN, "Flexible Arbitration for the Developing World: *Piero Foresti* and the Future of Bilateral Investment Treaties in the Global South", *Brigham Young International Law and Management Review* 2011, 18-19.

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ J.D. FRY, "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity", *Duke Journal of Comparative & International Law* 2007, 77.

²⁷⁷ C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 63-70.

²⁷⁸ *Ibid.*, W.H. MEYER, "Human Rights and MNCs: Theory Versus Quantitative Analysis", *Human Rights Quarterly* 1996, 375-379.

88. Dit brengt ons terug tot twee mogelijkheden.²⁷⁹ Een eerste stelling beweert dat autocratische regeringen het best geplaatst zijn om een efficiënt en economisch investeringsbeleid uit te werken. De regulering in deze landen is minder stringent voor de investeerders dan in landen die een sterk en omvattend wetgevend kader hebben. Indien dit waar is, dragen de investeerders mogelijks bij aan het *race to the bottom* fenomeen dat alvast niet gunstig is voor een vrij beleid. Een tweede stelling sluit meer aan bij ons hoopgevend en optimistisch wereldbeeld. Het zou weleens kunnen dat investeerders zich naar landen laten lokken waar mensenrechten en democratie hoog in het vaandel worden gedragen.²⁸⁰ Dit impliceert immers een veilige en politiek stabiele situatie. Daarenboven zijn multinationals zich steeds meer bewust van hun reputatie. Een MNO wil niet gelinkt worden aan een schandalige mensenrechtenschending. Na onderzoek is gebleken dat investeerders niet eerder geneigd zijn te investeren in een staat met een autocratische of ondemocratische regering. Dit is dus goed nieuws, investeerders gaan op zoek naar een staat die individuele vrijheid en een brede bescherming van politieke rechten biedt.²⁸¹ Desondanks moeten we nog steeds realistisch blijven. Het democratisch regime waar mensenrechten een evidentie zijn weerhoudt niet alle investeerders ervan dit regime vlekkeloos na te leven.²⁸²

89. Tevens is het logisch dat MNO's de locatie van hun investering zeer strategisch uitkiezen. De investeerders willen het liefst een gunstig fiscaal klimaat, voordelige vennootschapswetgeving en houden soms zelfs rekening met mensenrechten.²⁸³ De investeringsgroei in de gaststaat kan op die manier ook ontwikkeling voortbrengen, wat de mensenrechten voor de gehele lokale bevolking evenzeer ten goede doet.²⁸⁴ Zo'n implicaties heten spillover-effecten. Investeringsgezinde mensenrechtendeskundigen geloven sterk in de positieve spillover-effecten van FDI.²⁸⁵ Hoe beter onderwijs, arbeidsomstandigheden en gezondheidsvoorzieningen geregeld zijn door de gaststaat, hoe meer de

²⁷⁹ C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 68-69.

²⁸⁰ P. HARMS & H. URSPRUNG, "Do Civil and Political Repression Really Boost Foreign Direct Investment?" *Independent Institute Working Paper Number 36* 2001, http://www.independent.org/pdf/working_papers/36_docivil.pdf.

²⁸¹ M. BUSSE, "Transnational Corporations and Repression of Political Rights and Civil Liberties: An Empirical Analysis", *Kyklos* 2004, 45-66.

²⁸² C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 69.

²⁸³ J.D. FRY, "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity", *Duke Journal of Comparative & International Law* 2007, 106.

²⁸⁴ *Ibid*; N. KLEIN, "Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right", *Goettingen Journal of International Law* 2012, 185.

²⁸⁵ Een spillover-effect is een economische term waarbij een economische gebeurtenis in een context zich voordoet door een andere gebeurtenis in een op het eerste zicht niet-gerelateerde context; N. KLEIN, "Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right", *Goettingen Journal of International Law* 2012, 185.

productiviteit van het geleverde werk op evenredige manier zal stijgen.²⁸⁶ Dit is het belangrijkste argument om een positieve link tussen mensenrechten en investeringsrechten te verdedigen, maar het blijft slechts een van de vele factoren.²⁸⁷ We kunnen bijgevolg stellen dat FDI het potentieel heeft om mensenrechten te bevorderen. Of dit effectief en altijd gebeurt is dan weer een brug te ver. In elk geval is een vernieuwde invalshoek aangaande deze materie de belangrijkste, eerste stap in de goede richting.

HOOFDSTUK II. DUURZAAMHEID

Afdeling I. Algemeen

1. Groeiende aandacht en bewustwording

90. Een tweede actueel thema dat nauw in aanraking komt met het *right to regulate* is duurzaamheid. Deze veelgebruikte term kan meerdere ladingen dekken. Het is een ruim begrip dat algemeen bekend staat onder de drie P's: *People, Planet* en *Profit*. Mens, aarde en resultaat in harmonie. De *International Law Association* (ILA) ontwikkelde in 2002 de volgende omvattende definitie in de *New Delhi Declaration on Principles of International Law Relating to Sustainable Development*:²⁸⁸

"The objective of sustainable development involves a comprehensive and integrated approach to economic, social and political processes, which aims at the sustainable use of natural resources of the Earth and the protection of the environment on which nature and human life as well as social and economic development depend and which seeks to realize the right of all human beings to an adequate living standard on the basis of their active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of benefits resulting therefrom, with due regard to the needs and interests of future generations".

²⁸⁶ J.D. FRY, "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity, *Duke Journal of Comparative & International Law* 2007, 106.

²⁸⁷ N. KLEIN, "Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right, *Goettingen Journal of International Law* 2012, 185-186.

²⁸⁸ ILA New Delhi Declaration on Principles of International Law Relating to Sustainable Development, *ILA Resolution 3/2002*, Annex, 3 (UN Doc. A/57/329), https://digitallibrary.un.org/record/475817/files/A_57_329-EN.pdf.

De *Declaration* zet zeven principes van duurzaamheid in het internationaal recht uiteen. Het gaat voornamelijk om plichten die staten moeten verzekeren om een globale duurzaamheidsstandaard na te streven.²⁸⁹ Idealiter is een investeringsregime in lijn met de principes uit de *Declaration*. Duurzaamheid in het kader van internationaal investeringsrecht kunnen we simpelweg als volgt omschrijven: mensenrechten en milieu in evenwicht met de gemaakte investeringsbeloftes en de verwachte winsten van buitenlandse investeerders. Het impliceert eveneens verantwoord ondernemen, een standaard die elke zichzelf respecterende onderneming hoog in het vaandel zou moeten dragen. De concepten (verantwoord) ondernemen en duurzaamheid zijn dan ook onlosmakelijk verbonden. Als regelgevende toezichthouder bepalen regeringen de spelregels voor de ondernemingen. Statelijke regelgeving heeft het potentieel in handen dat investeerders tot duurzaam ondernemen stimuleert. Maar doen zij dit effectief, en hoe wordt dat dan geïmplementeerd?

91. Investeringsverdragen zijn mogelijks een instrument dat bewustwording opwekt bij buitenlandse ondernemingen inzake verantwoordelijk ondernemen, werkbare arbeidsomstandigheden, milieubescherming, anti-corruptie en mensenrechten.²⁹⁰ Deze bewustwording is broodnodig. Het is immers nog niet zo lang dat duurzaamheidsstandaarden en verantwoord ondernemingsgedrag in investeringsakkoorden werden opgenomen. In de periode 2008-2013 hadden meer dan drie vierden van de gesloten investeringsverdragen dergelijke bepalingen. Nog recenter ging het in 2012-2013 om praktisch alle verdragen.²⁹¹ Het besef groeit nu meer en meer dat duurzaamheidsgeoriënteerde taal en nieuwe elementen die regelgevende vrijheid verzekeren tot de fundamentele onderdelen van een investeringsverdrag behoren.²⁹² Het is de laatste jaren de nieuwste drijfveer achter de hervorming van investeringsakkoorden. Voornamelijk ontwikkelingslanden hebben behoefte aan duurzame ontwikkeling. Zij hebben nood aan kwaliteitsvolle investeringen en daarbij horende kapitaalstromen. Tegenstrijdig genoeg zijn dat ook de landen die daarin tekortschieten. Een land met onvoldoende waarborgen, zoals een democratisch overheidsapparaat, degelijke infrastructuur, banken, transport, telecommunicatie, zal niet de meeste investeringen aantrekken.²⁹³ De relatie tussen

²⁸⁹ A. NEWCOMBE, "Sustainable Development and Investment Treaty Law", *Journal of World Investment & Trade* 2007, 359-407; M-C. CORDONIER SEGGER & A. NEWCOMBE, "Chapter 6: An Integrated Agenda for Sustainable Development in International Investment Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 114.

²⁹⁰ K. GORDON, J. POHL & M. BOUCHARD, "Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey", *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/101, OECD Publishing, Paris, 5.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² K. NOWROT, "How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law", *Journal of World Investment & Trade* 2014, 624; UNCTAD, "Recent Developments in International Investment Agreements", May 2018, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d1_en.pdf.

²⁹³ N. BERNASCONI-OSTERWALDER, A. COSBEY, L. JOHNSON & D. VIS-DUNBAR, "Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Questions & Answers", *ISD* 2012, 1.

duurzaamheid en investeringsrecht is er dus een van liefde en haat.²⁹⁴ Het is dus meer dan nodig om duurzaamheid in het investeringsbeleid van de gaststaat te implementeren. Desalniettemin blijkt dit nog steeds lastig.

2. Hot topic: een leefbaar milieu

92. Een leefbaar milieu is een basisvereiste en kernelement van het doel 'duurzaamheid' op zich en de laatste tijden ook een brandend actueel onderwerp. Kritiek en weerstand tegen het klimaatbeleid komt vanuit alle hoeken, van academici tot jonge studenten. Er wordt gevraagd naar een vernieuwend en doortastend beleid van de staten, dat in lijn is met de ambitieuze klimaatdoelstellingen. Men moet immers ook rekening houden met een waaier aan internationale normen van het milieurecht, die aan de staten eveneens verplichtingen kunnen opleggen.²⁹⁵ Het is algemeen geweten dat winst (dat ontegensprekelijk het hoofddoel van een onderneming uitmaakt) en duurzaamheid een moeizame relatie kennen. Zeker in ontwikkelingslanden kan dit weleens problemen veroorzaken. MNO's investeren graag in ontwikkelingslanden waar ze winsten kunnen behalen die niet mogelijk zouden zijn in hun thuisstaten door de stringente wetgeving.²⁹⁶

93. Sommige basisvoorzieningen worden beter uitgevoerd door een buitenlandse investeerder dan door de staat. In publieke diensten zoals watervoorziening, vuilnisophaling of riolering geeft de staat dan een concessie of leasecontract aan de investeerder.²⁹⁷ Laten we als voorbeeld eens kijken naar water- en rioleringsconcessies. In ontwikkelingslanden brengt dit een onnoemelijk voordeel met zich mee voor de inwoners. Waar de staat in de onmogelijkheid verkeerde om dit voor haar burgers te voorzien, kan de buitenlandse investeerder nu drinkbaar water voorzien en een uitgebreid netwerk van rioleringen. Dit is goed nieuws voor de bevolking, maar zulke positieve perceptie slaat echter snel om in een negatieve wanneer blijkt dat diezelfde buitenlandse investeerder, om uiteenlopende redenen en al dan niet gerechtvaardigd, een hogere prijs vraagt.²⁹⁸

²⁹⁴ M. GEHRING & A. NEWCOMBE, "An Introduction to Sustainable Development in World Investment Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. GEHRING & A. NEWCOMBE, *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, 3-4; T. GAZZINI, "Bilateral Investment Treaties and Sustainable Development", *Journal of World Investment & Trade* 2014, 936.

²⁹⁵ J. VINALES, *Foreign investment and the environment in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 32-35.

²⁹⁶ M. F. SWEIFY, "Investment-Environment Disputes: Challenges and Proposals", *DePaul Business and Commercial Law Journal* 2015, 138.

²⁹⁷ E. DE BRABANDERE, "Human Rights and International Investment Law", in M. KRAJEWSKI & R. HOFFMANN (ed.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 19.

²⁹⁸ J. VINALES, *Foreign investment and the environment in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 25.

94. Vervuiling en excessieve exploitatie van natuurlijke rijkdommen (voornamelijk in ontwikkelingslanden) zijn een ongewild gevolg van globalisering.²⁹⁹ Negatieve spillover-effecten dragen bij aan klimaatsverandering en biodiversiteitsverlies.³⁰⁰ De globalisering dwingt staten om hun soevereiniteit in het beslissingsproces over te dragen naar het internationaal niveau in ruil voor FDI. FDI op zijn beurt wakkert aan de hand van kapitaalstromen de economie aan. In deze *race to the bottom* wedijveren staten voor het aantrekkelijkste beleid waarbij serieus aan afdoende milieucondities wordt ingeboet.³⁰¹ Een negatieve link tussen de slechte condities en investeringsbeleid is ontegensprekelijk. Daarbij komt nog eens dat er geen centrale instelling of geschillenbeslechtingeninstituten die zich enkel toespitsen op milieudisputen bestaan op internationaal vlak. Coherentie en uniformiteit ontbreken volledig. De (gast)staten zijn nu aan zet om regelgevende activiteit te ontwikkelen die de kwestie kunnen opknappen.³⁰²

Afdeling II. Uitdaging voor staten

95. Staten nemen een verantwoordelijkheid op zich om een beleidskader uit te werken dat aan de eisen van duurzame ontwikkeling tegemoetkomt. Door hun inzet ontstaat groei die houdbaar blijft op lange termijn.³⁰³ Als dit goed gedaan is, zullen buitenlandse bedrijven aangespoord worden om bij te dragen aan duurzaamheid en afzien van initiatieven die ertegen ingaan.³⁰⁴ Versterkte investeringsregels zijn nodig om duurzame ontwikkeling te ondersteunen zodat beide rechtsdomeinen elkaar kunnen stimuleren. Dit is noodzakelijk, omdat internationaal investeringsrecht al te vaak de neiging vertoont een geïsoleerd rechtsdomein te zijn.³⁰⁵ Als ware deskundige in het internationaal investeringsrecht, omschreef SORNARAJAH het zo:

²⁹⁹ S. DI BENEDETTO, *International Investment Law and the Environment*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 3-4.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ M. F. SWEIFY, "Investment-Environment Disputes: Challenges and Proposals", *DePaul Business and Commercial Law Journal* 2015, 133-134; S. DI BENEDETTO, *International Investment Law and the Environment*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 5.

³⁰² *Ibid.*; K. GORDON, J. POHL & M. BOUCHARD, "Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey", *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/101, OECD Publishing, Paris, 20.

³⁰³ M-C. CORDONIER SEGGER & A. NEWCOMBE, "Chapter 6: An Integrated Agenda for Sustainable Development in International Investment Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 102.

³⁰⁴ K. GORDON, J. POHL & M. BOUCHARD, "Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey", *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/101, OECD Publishing, Paris, 5.

³⁰⁵ M-C. CORDONIER SEGGER & A. KENT, "Chapter 30: Promoting Sustainable Investment through International Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 771-772.

*"I call it (international investment law) the law of greed simply because of the fact that it is built on accentuating only one side of the picture of foreign investment so as to benefit the interests of multinational corporations which exist to seek profits for their shareholders."*³⁰⁶

Dikwijls werd het algemeen belang verlaten voor de winstverwachtingen van investeerders. Investeringsrecht schonk onvoldoende aandacht aan duurzaamheidsbepalingen. Recentelijk werden staten zich echter bewuster van de kracht die zij bezitten om hier verandering in te brengen. Ook arbitrale colleges lijken mee te gaan in deze nieuwe tendens.³⁰⁷ De eerste stappen naar hervorming worden stilaan algemeen aanvaard.³⁰⁸ Zo lopen staten met gedateerde investeringsverdragen meer risico, want zonder aanpassingen is de kans reëel dat de oudere, vage regelgeving discriminatoir of incompatibel wordt bevonden met nieuwe duurzaamheidsdoelstellingen.³⁰⁹ De staat betaalt vervolgens de prijs: en die is niet mals. De arbitrale uitspraken gaan gepaard met duizelingwekkende bedragen, die staten in een zogenaamde *regulatory chill* dwingt.³¹⁰ In zo'n toestand zet de staat de rem op belangrijke hervormingen, uit angst voor een claim, en de uiteindelijke compensatie waarin zij de investeerder tegemoet komen. In dit opzicht kunnen we ook even recapitulieren naar het gebrek aan inspraak dat aangehaald is in het onderdeel 'mensenrechten'.³¹¹ De procedures achter gesloten deuren en de beperktheid aan participatie van belangengroepen spelen hierin mee. Een nieuwe generatie investeringsverdragen met meer transparantie in investeerder-staat arbitrage en behoorlijk gedefinieerde investeringsverplichtingen kunnen het huidige systeem bevorderen.³¹²

96. Het *United Nation's Conference on Development and Trade (UNCTAD) Investment Policy Framework on Sustainable Development* biedt de staten een hulpmiddel.³¹³ Het zet onder meer een kader uiteen waarbinnen staten

³⁰⁶ M. SORNARAJAH, "A law for need or a law for greed: restoring the lost law in the international law of foreign investment", *International Environmental Agreements* 2006, 331.

³⁰⁷ M. SORNARAJAH, "A law for need or a law for greed: restoring the lost law in the international law of foreign investment", *International Environmental Agreements* 2006, 331-332.

³⁰⁸ T. GAZZINI, "Bilateral Investment Treaties and Sustainable Development", *Journal of World Investment & Trade* 2014, 940.

³⁰⁹ M-C. CORDONIER SEGGER & A. KENT, "Chapter 30: Promoting Sustainable Investment through International Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 772.

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ *Supra* nr. 84.

³¹² A. NEWCOMBE, "Sustainable Development and Investment Treaty Law", *Journal of World Investment & Trade* 2007, 359; M-C. CORDONIER SEGGER & A. NEWCOMBE, "Chapter 6: An Integrated Agenda for Sustainable Development in International Investment Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 102.

³¹³ UNCTAD, *Investment Policy Framework on Sustainable Development*, 2015, 157 p., https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf.

een duurzaam nationaal beleid kunnen ontwikkelen, steeds hun rechten in gedachten houdend. In deze tijden is het mobiliseren van investeringen, met een oog voor duurzaamheid tegelijkertijd, een *hot topic*.

Afdeling III. Substantiële wijzigingen in het licht van duurzaamheid

1. Begrippen

97. Om die reden moeten de duurzame belangen van staten deel uitmaken van de investeringsakkoorden. Het draftingsproces van een investeringsakkoord biedt de regelgevende instantie talloze opties om duurzamere standaarden op te nemen.³¹⁴ Daarnaast moet interpretatie van de investeringsconcepten correct, maar wel overeenkomstig de evoluties gebeuren.³¹⁵ De ambiguïteit van investeringsstandaarden versterkt de nood aan solide interpretatiemethoden.³¹⁶ Deze praktijken dragen daadwerkelijk bij aan een duurzamer investeringskader, het is dan ook ten voordele het statelijk oogpunt indien dit een gangbare praktijk zou worden.³¹⁷

1.1. National treatment

98. De buitenlandse investeerders zijn onder deze standaard gerechtigd dezelfde competitieve gelijkheid te genieten als nationale investeerders uit de gaststaat.³¹⁸ Als de regelgeving van de gaststaat de nationale investeerder meer begunstigt dan de buitenlandse investeerder, schendt de staat de *national treatment*-standaard.³¹⁹ Deze bepaling laat echter een waaier aan interpretatiemogelijkheden open voor de arbiter. Zeker de term 'gelijkaardige omstandigheden', dat gehanteerd wordt om tot een besluit over de competitieve gelijkheid te komen, is op zijn minst een ruime term te noemen.³²⁰ Indien het tribunaal enkel focust op de commerciële doeleinden van de investeerder zullen

³¹⁴ K. NOWROT, "How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law", *Journal of World Investment & Trade* 2014, 629-630.

³¹⁵ M-C. CORDONIER SEGGER & A. KENT, "Chapter 30: Promoting Sustainable Investment through International Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 778.

³¹⁶ K. GORDON & J. POHL, "Investment Treaties over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World", *OECD Working Papers on International Investment* 2015/02, OECD Publishing, Paris, 12, <http://dx.doi.org/10.1787/5js7rhd8sq7h-en>.

³¹⁷ A. NEWCOMBE, "Sustainable Development and Investment Treaty Law", *Journal of World Investment & Trade* 2007, 359.

³¹⁸ *Supra* nr. 26; M. F. SWEIFY, "Investment-Environment Disputes: Challenges and Proposals", *DePaul Business and Commercial Law Journal* 2015, 145.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ M-C. CORDONIER SEGGER & A. KENT, "Chapter 30: Promoting Sustainable Investment through International Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 778; R. DOLZER & C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, 180; A. K. BJORKLUND, "National Treatment" in A. REINISCH, *Standards of Investment Protection*, New York, Oxford University Press, 2008, 38.

bepaalde duurzaamheidsdoelstellingen hierbij inschieten.³²¹ De arbiter let er best op om het begrip 'gelijkaardige omstandigheden' voorzichtig te hanteren. Het is immers niet de bedoeling dat men buitenlandse en binnenlandse investeerder vergelijkt zoals appels met peren.

99. Het arbitrage-tribunaal zal dientengevolge een cruciale rol spelen in het bevorderen en impliceren van duurzaamheidsstandaarden. Zij beoordelen het belang van het doel van de maatregel en de binnenlandse vergelijkingsfactor, de binnenlandse investeerder.³²² Het doel kan een belangrijke factor zijn in het voordeel van de gaststaat. Gelukkig lijkt die trend recent ook gezet. Bij het analyseren van 'gelijkaardige omstandigheden' merkte het tribunaal in de Parkerings-zaak op dat impact op het milieu en culturele omstandigheden evenzo in rekening worden gehouden.³²³ In de zaak S.D. Myers, en later ook in Pope & Talbot, paste het tribunaal een tweestappen test toe.³²⁴ De behandeling van de buitenlandse investeerder moet vooreerst vergeleken worden met de behandeling van een binnenlandse investeerder in dezelfde sector, in de juridische context van het investeringsverdrag, in dit geval NAFTA. Daarnaast moet het tribunaal milieuoverwegingen in acht nemen. Het tribunaal houdt zo rekening met de omstandigheden die de staat ertoe aangezet heeft een afwijkend beleid in het algemeen belang te voeren.³²⁵ Aan de hand van de tweestappen test wordt aldus een vergelijking gemaakt van de economische belangen en overwegingen van algemeen belang.³²⁶ Net zoals de interpretatie van gelijkaardige omstandigheden, is ook 'algemeen belang' redelijk ruim waardoor duurzaamheid of de nood om het milieu te beschermen onder dit begrip vallen.³²⁷

³²¹ M-C. CORDONIER SEGGER & A. KENT, "Chapter 30: Promoting Sustainable Investment through International Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 778.

³²² N. BERNASCONI-OSTERWALDER, A. COSBEY, L. JOHNSON & D. VIS-DUNBAR, "Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Questions & Answers", *ISD* 2012, 20.

³²³ ICSID No. ARB/05/8, *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, 11 september 2007, paras. 375-396, <https://www.italaw.com/documents/Pakerings.pdf>; J. VINALES, *Foreign investment and the environment in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 328-329.

³²⁴ M-C. CORDONIER SEGGER & A. KENT, "Chapter 30: Promoting Sustainable Investment through International Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 778-779; J. VINALES, *Foreign investment and the environment in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 328; UNCITRAL, *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, 10 april 2001, *Award on the Merits of Phase 2*, para. 78, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>.

³²⁵ UNCITRAL *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, 13 november 2000, *Partial Award*, para. 250, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>.

³²⁶ M-C. CORDONIER SEGGER & A. KENT, "Chapter 30: Promoting Sustainable Investment through International Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 778-779.

³²⁷ UNCITRAL *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, 13 november 2000, *Partial Award*, para. 250, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>.

Het blijkt nog niet duidelijk te zijn hoe tribunalen deze test precies gaan toepassen.³²⁸ Hoe dan ook is het een (kleine) stap vooruit voor staten die een beleid nastreven dat duurzaamheid stimuleert. De tweestappen test kan immers de lacune opvullen die een puur economische test achterlaat.

1.1.1. Pre-establishment clause

100. Een *pre-establishment* clause is een soort verfijning van de *national treatment*-standaard. Deze clause kent een potentiële, dus toekomstige, buitenlandse investeerder minstens dezelfde voorwaarden toe als een potentiële, binnenlandse investeerder die eenzelfde investering op het oog heeft.³²⁹ De clause manifesteert zich zelden in investeringsverdragen. Met deze clause geeft een staat immers een groot deel van haar regelgevende vrijheid uit handen. Ze is met name niet langer bij machte de toegang en controle van buitenlandse individuen en entiteiten te reguleren. Het vrijhandelsverdrag tussen Canada en Peru neemt de bewoording van deze clause op in de *national treatment*-standaard.³³⁰ In de definitie van investeerder wijs ze evenzeer op de *pre-establishment* bescherming. Zo wordt de investeerder dat *'seeks to make... an investment'* reeds in de definitie inbegrepen.³³¹

"Article 803: National Treatment

*Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the **establishment**, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments in its territory"*

1.1.2. Problematiek bij deze clauses

101. Het zwaard snijdt aan twee kanten. In een poging om zoveel mogelijk buitenlandse investeerders aan te trekken is het inderdaad niet ondenkbaar dat een staat zich laat verleiden tot dergelijke uiterst gunstige voorwaarden. Zo'n clause levert mogelijks aanzienlijk meer nadelen op dan voordelen. Als de regering werkelijk tot een legitieme

³²⁸ M-C. CORDONIER SEGGER & A. KENT, "Chapter 30: Promoting Sustainable Investment through International Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 778-779.

³²⁹ N. BERNASCONI-OSTERWALDER, A. COSBEY, L. JOHNSON & D. VIS-DUNBAR, "Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Questions & Answers", *ISD* 2012, 21.

³³⁰ Art. 803 Free Trade Agreement between Canada and Peru, August 2009, <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/aqr-acc/peru-perou/fta-ale/08.aspx?lang=eng>.

³³¹ Art. 847 Free Trade Agreement between Canada and Peru, August 2009, <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/aqr-acc/peru-perou/fta-ale/08.aspx?lang=eng>.

wetswijziging of specifieke maatregel gericht aan een buitenlandse investeerder overgaat, wordt de clausule geschonden.³³² We kunnen nooit voorspellen hoe het tribunaal zal oordelen, maar we hebben ondertussen wel ontdekt dat verscheidene benaderingen de inconsistentie van de beslissingen benadrukken. Indien een benadering wordt gehanteerd die uitsluitend op de impact van de maatregel of wetswijziging focust, is de staat eraan voor de moeite. Daarnaast is de clausule niet zo voordelig voor welbepaalde landen.³³³ Sommige landen bieden een zwakker wetgevend kader aan wat betreft milieuwetgeving of andere duurzaamheidsstandaarden. Als zulke wetten ontbreken, zal de staat een hoge gedragsstandaard opleggen aan de investeerder. De investeerder kan in dat geval argumenteren dat de gaststaat haar beloftes onder de *national treatment*-clausule niet is nagekomen omdat de binnenlandse investeerder niet aan de hogere standaard maar aan de lagere binnenlandse standaard onderworpen is. Tenslotte doet de gaststaat aanzienlijke toegevingen met een *pre-establishment* clausule. Ze creëert een zeer aantrekkelijk investeerdersklimaat door een stukje van haar eigen *right to regulate* af te staan. Een staat springt dus hier dus best voorzichtig mee om. Zo'n toegeving is wel nuttig in een welomschreven sector die onvoldoende ontwikkeld is in de gaststaat.³³⁴ De ruime garanties hebben het potentieel om FDI aan te trekken en de sector te helpen groeien. Of de clausule effectief volstaat om een gehele sector uit zijn kinderschoenen te trekken is echter onduidelijk.³³⁵

1.2. FET

102. Het FET-principe is een zeer brede standaard waarover we eindeloos kunnen uitweiden. Het is verworden tot een soort *catch-all* bepaling.³³⁶ Internationale arbitrale rechtspraak wakkert de evolutie van het principe aan, en introduceert een voorzichtige overstap naar een duurzamere interpretatie. De rechtspraak is vaak inconsistent, en meermaals ten koste van de staat.³³⁷ In het verleden leidde deze standaard per slot van rekening tot vele claims tegen wetgeving van gaststaten, die wederom de vooruitstrevende wetgeving van de gaststaat ondergroeven. Claims vanwege investeerders op basis van FET ontstaan regelmatig als gevolg van algemeen geldende wijzigingen in wetten of

³³² N. BERNASCONI-OSTERWALDER, A. COSBEY, L. JOHNSON & D. VIS-DUNBAR, "Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Questions & Answers", *ISD* 2012, 19-23.

³³³ *Ibid.*

³³⁴ De staat kiest bijvoorbeeld bepaalde sectoren uit aan de hand van een positieve lijst, of sluit ze juist uit aan de hand van een negatieve lijst; UNCTAD, Investment Policy Framework on Sustainable Development, 2015, 80, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf.

³³⁵ *Ibid.*; P. MUCHLINSKI, "Negotiating New Generation International Investment Agreements: New Sustainable Development Oriented Initiatives", in S. HINDELANG & M. KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 48.

³³⁶ *Supra* nr. 27.

³³⁷ R. KLÄGER, "Revising Treatment Standards – Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development", in S. HINDELANG & M. KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 67.

voorschriften van de gaststaat.³³⁸ De vage betekenis van FET dwingt arbiters tot een voorwerp-en-doel analyse die sterk leunt op de taal van de preambule, en die de bescherming van investeerder en investering vooropstelt.³³⁹ In meerdere zaken meenden de arbiters immers dat de stabiliteit van het wetgevend regime in een staat deel uitmaakt van het voorwerp en doel van investeringsbescherming.³⁴⁰ Arbiters vragen hoge inspanningen van de gaststaat en stellen een stringent toegepaste FET-standaard voorop.

103. Zo kwam het tribunaal in *Tecmed v. Mexico* (een case die veel gevolg heeft gekregen in andere zaken) dat een staat de FET-standaard schendt als zij niet aan een reeks voorwaarden voldoet.³⁴¹ De gaststaat dient de buitenlandse investeerder consistent, ondubbelzinnig en transparant te behandelen, zodat de investeerder op de hoogte is van elke nieuwe vorm van beleid. Daarnaast mag de gaststaat de basisverwachtingen die hij had bij het aangaan van de investering, niet schenden. Het spijtige gevolg van deze strenge arbitrale rechtspraak brengt een zware last mee voor de gaststaat en impliceert een verlies aan soevereiniteit.³⁴² Zeker ontwikkelingslanden volbrengen de strenge vereisten moeilijk tot een goed einde.³⁴³ Staten benaderen de ruime omvang van de FET-standaard immers op twee manieren, die in mijn opinie nog steeds niet de ideale oplossing belichamen.³⁴⁴ Sommige investeringsakkoorden laten het principe gewoon helemaal weg, zoals het vrijhandelsverdrag tussen Singapore en India.³⁴⁵ Het probleem negeren, in plaats van behandelen lijkt mij echter niet de meest geschikte aanpak. Andere akkoorden – deze aanpak vindt meer navolging – verankeren het FET-principe aan de minimumstandaard *treatment of aliens*, dat evenzeer meerdere vragen oproept. Wat precies gewaarborgd wordt, is niet echt duidelijk. De richting van de interpretatie wordt opnieuw bepaald door het tribunaal. *Treatment of aliens* kan enerzijds geïnterpreteerd in de zin dat het flagrante schendingen verbiedt, wat voordeliger is voor staten. Anderzijds kan de minimumstandaard net meer inspanningen vereisen van de gaststaat, wat uiteraard nadeliger is. Ook de *treatment of aliens* dat deel uitmaakt van het immer evoluerende en veeleisende

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ *Ibid.* M. H. HULME, "Preambles in Treaty Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review* 2016, 1314-1315.

³⁴⁰ Een voorbeeld van zo'n zaak betreft de eerder geziene *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*.

³⁴¹ ICSID No. ARB (AF)/00/2 Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, 29 mei 2003, para. 154, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>.

³⁴² N. BERNASCONI-OSTERWALDER, A. COSBEY, L. JOHNSON & D. VIS-DUNBAR, "Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Questions & Answers", *ISD* 2012, 12.

³⁴³ M. H. HULME, "Preambles in Treaty Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review* 2016, 1316; N. BERNASCONI-OSTERWALDER, A. COSBEY, L. JOHNSON & D. VIS-DUNBAR, "Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Questions & Answers", *ISD* 2012, 13.

³⁴⁴ N. BERNASCONI-OSTERWALDER, A. COSBEY, L. JOHNSON & D. VIS-DUNBAR, "Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Questions & Answers", *ISD* 2012, 14-15.

³⁴⁵ Van het FET-principe is in dit verdrag geen sprake, wel wordt er verwezen naar *national treatment*, zie Comprehensive Economic Cooperation Agreement between the Republic of India and the Republic of Singapore, 29 June 2005, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2707>.

internationaal gewoonterecht is dus niet de beste oplossing. Een betere optie lijkt mij aldus om bepalingen omtrent de FET-standaard specifiek uit te werken en af te lijnen. Staten werken dusdanig naar een standaard toe die enkel werkelijk buitensporige schendingen bestraft. Op die manier verhoogt regelgevende flexibiliteit de comptabiliteit met duurzaamheid.³⁴⁶

1.2.1. In de kijker: FET en hernieuwbare energie

104. De overstap naar hernieuwbare energie is een onontbeerlijk element in de weg naar een duurzamere leefwereld. Meerdere staten nemen hun verantwoordelijkheid, aan de hand van gemoderniseerde wetgeving of de verwelkoming van FDI. Daarvoor geven de staten onder meer subsidies en doen ze fiscale toegevingen aan investeerders.³⁴⁷ Enerzijds is de kracht van buitenlandse investeerders een belangrijke tool om de hernieuwbare energie te verwezenlijken.³⁴⁸ Anderzijds is zij jammer genoeg ook het ongewenst obstakel dat de omschakeling evenwel vertraagt of soms zelfs tegenhoudt. Buitenlandse investeerders in de energiesector klaagden reeds meermaals staten aan voor hun progressieve wetgeving. Een voorbeeld hiervan is *Eiser v. Spanje*, een van de talloze claims tegen Spanje.³⁴⁹ Spanje is wereldwijd leider wat betreft zonne-energie. *Concentrated Solar Power* (CSP) is een techniek om de hitte van de zon om te zetten in stoom. Die stoom drijft vervolgens turbines aan. CSP bezit vele voordelen voor het milieu. Om deze techniek te stimuleren en competitie op de markt te verhogen, besloot Spanje om subsidies uit te geven aan investeerders in de CSP-sector.³⁵⁰ De buitenlandse onderneming Eiser, met hoofdzetel in Londen, investeerde daarop in de aantrekkelijke techniek. De subsidieschema's die de Spaanse regering introduceerde stonden op dat moment nog in hun kinderschoenen.³⁵¹ In het licht van de globale financiële crisis en met het oog op duurzaamheidsdoelstellingen

³⁴⁶ M-C. CORDONIER SEGGER & A. KENT, "Chapter 30: Promoting Sustainable Investment through International Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 779-780; K. NOWROT, "International Investment Law and the Republic of Ecuador: From Arbitral Bilateralism to Judicial Regionalism", *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2010, 33-36.

³⁴⁷ S. SCHACHERER, N. BERNASCONI-OSTERWALDER & M. DIETRICH BRAUCH, "International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s", *International Institute for Sustainable Development* 2018, 11.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ ICSID No. ARB/13/36 *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain*, 4 mei 2017, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9050.pdf>.

³⁵⁰ ICSID No. ARB/13/36 *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain*, 4 mei 2017, paras. 94-98, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9050.pdf>.

³⁵¹ S. SCHACHERER, N. BERNASCONI-OSTERWALDER & M. DIETRICH BRAUCH, "International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s", *International Institute for Sustainable Development* 2018, 12.

besloot Spanje vervolgens om de schema's te wijzigen.³⁵² De verwachte winsten van Eiser waren opeens gezakt waardoor het bedrijf onder meer schending van de FET-standaard aanvoerde onder het ECT-verdrag.³⁵³

105. Het tribunaal erkende de regelgevende vrijheid van de gaststaat en voegde daaraan toe dat investeerders er niet van mogen uitgaan dat zij recht hebben op een soort van regelgevende stabiliteit.³⁵⁴ Toch vond het arbitragepanel dat de veranderingen in het beleid binnen redelijke grenzen moeten blijven en niet overdreven mogen zijn.³⁵⁵ In voorliggende zaak waren er echter zodanig veel drastische beleidswijzigingen met zware financiële gevolgen voor de investeerder dat redelijkheid absoluut niet aanwezig was.³⁵⁶

106. Eiser is maar een van de vele gevallen waarin de staat veroordeeld wordt tot miljoenensommen. Desalniettemin steunt de investeerder een nobel doel: duurzame en hernieuwbare energie. Daarin zit het verschil met de zaak Vattenfall (II). Vattenfall is een Zweeds bedrijf dat in Duitsland in kernenergie investeert. Enkele jaren geleden diende het bedrijf een eerste claim in tegen Duitsland tegen gewijzigde milieuwetgeving. Dit geschil werd uiteindelijk geschikt.³⁵⁷ Een tijd nadien diende Vattenfall echter een tweede claim in op grond van het ECT. Aan de orde van de dag stond de beslissing van de Duitse overheid om kernenergie versneld uit te faseren tegen 2022 na de kernramp in Fukushima.³⁵⁸ Nog steeds is er geen oordeel geveld. Het bedrijf schat een verwacht verlies van miljoenen. De claim van Vattenfall van 4,7 miljard euro stoot op veel onbegrip en vergroot de verontwaardiging over het huidig ISDS-systeem. De zaak is een uitstekend voorbeeld dat illustreert hoezeer de *right to regulate* onderworpen is aan de ruime macht van investeerders onder ISDS.³⁵⁹ In het hart van deze zaak liggen de legitieme verwachtingen, deel van de goede trouw, en uitgegroeid tot een diepgewortelde component van de FET-standaard.³⁶⁰ De verwachtingen van een investeerder worden

³⁵² ICSID No. ARB/13/36 Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain, 4 mei 2017, paras. 114-154, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9050.pdf>.

³⁵³ *Ibid*, para.155.

³⁵⁴ *Ibid*, para. 362.

³⁵⁵ *Ibid*, para. 364.

³⁵⁶ *Ibid*, para. 365.

³⁵⁷ Deze zaak staat bekend onder de naam Vattenfall I.

³⁵⁸ N. BERNASCONI-OSTERWALDER & R. T. HOFFMAN, "The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II)", *ISD Brief Series* 2013, 2.

³⁵⁹ D. GAUKRODGER, "The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties, a scoping paper", *OECD Working Papers on International Investment*, 2017/02, 6.

³⁶⁰ ICSID No. ARB(AF)/11/2 Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, 4 april 2016, para. 546, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7194.pdf>; L. Y. ZIELINSKI, "Legitimate Expectations in the Vattenfall Case: At the Heart of the Debate over ISDS", *Kluwer Arbitration Blog*, 10 januari 2017, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/01/10/legitimate-expectations-in-the-vattenfall-case-at-the-heart-of-the-debate-over-isds/>, laatst bezocht op 9 april 2019; K. NADAKAVUKAREN SCHEFFER, *International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 251.

als legitiem omschreven als de gaststaat expliciete of impliciete beloftes doet aan de investeerder, waarop de investeerder vertrouwt, maar die later verbroken worden.

107. In afwachting van het oordeel van de arbiters velde het Duits Grondwettelijk Hof reeds een arrest.³⁶¹ Het Hof bestudeerde het concept *Vertrauensschutz* uit het binnenlands recht. De *Atomic Energy Act* (AEA), die de termijn voorzag om kernenergie uit te faseren, werd in 2010 vertraagd. Enkele bedrijven, waaronder Vattenfall, besloten daarop om opnieuw te investeren. Publieke aandacht na de kernramp in Fukushima dwong de Duitse regering tot een bocht van 360 graden, zich beroepend op overwegingen in het belang van de volksgezondheid en het milieu. Twee kernreactoren van Vattenfall moesten onmiddellijk sluiten.³⁶² Dit tegen de verwachtingen in van Vattenfall want door verklaringen van de Duitse regering en een ontwerpwet vertrouwde de Zweedse investeerder er namelijk op dat de kernreactoren nog even open mochten blijven. Het Hof oordeelde echter dat deze ontwerpwet en verklaringen de legitieme verwachtingen gecreëerd door de AEA niet teniet kunnen doen. De legitieme, compenseerbare verwachtingen houden derhalve niet op van zodra er sprake is van een versnelling van het proces. Het Hof baseerde haar redenering op het onderscheid tussen een wetsontwerp of verklaring en een wet, die aangenomen is door het parlement. Een intentieverklaring of wetsontwerp daarentegen kan geen legitieme verwachtingen scheppen.³⁶³

Tenslotte erkent het Hof eveneens een zeer ruime regelgevende macht voor de staat, om redenen van volksgezondheid of het milieu. Ze volgt een gelijkaardige wijze als het tribunaal in *Philip Morris v. Uruguay*. Daarbij voegt het Hof dat deze macht nog steeds proportioneel uitgeoefend dient te worden. Disproportionele onteigening zoals deze in *Vattenfall (II)* verdient aldus een adequate compensatie.³⁶⁴

108. De redenering van het Duitse Grondwettelijk Hof bewijst mogelijks zijn nut voor investeringsarbitrage. Verschillende moderne, rechtsvergelijkende inzichten kunnen de vage begrippen nieuw leven inblazen. Het wordt afwachten hoe het internationaal arbitragepanel in *Vattenfall II* zal beslissen. De Duitse regering kondigde in navolging van de beslissing van het Grondwettelijk Hof aan dat het zal voorzien in een financiële compensatie voor de schending

³⁶¹ BVerfG, Judgment of the First Senate of 06 December 2016, 1 BvR 2821/11, http://www.bverfg.de/e/rs20161206_1bvr282111en.html.

³⁶² N. BERNASCONI-OSTERWALDER & M. DIETRICH BRAUCH, "The State of Play in *Vattenfall v. Germany II*: Leaving the German public in the dark, *Institute for Sustainable Development* 2014, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/state-of-play-vattenfall-vs-germany-ii-leaving-german-public-dark-en.pdf>, 2.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ N. LAVRANOS, "The German Constitutional Court Judgment in the *Vattenfall* case: Lessons for the ECT *Vattenfall* Arbitral Tribunal", *Kluwer Arbitration Blog*, 29 december 2016, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/12/29/german-constitutional-court-judgment-vattenfall-case-lessons-ect-vattenfall-arbitral-tribunal/?_ga=2.105763331.1690605529.1554818091-680513937.1552148646.

van de eigendomsrechten van de investeerders.³⁶⁵ De miljardenclaim die Duitsland boven het hoofd hangt brengt publieke oproer en ongerustheid met zich mee. Gelukkig zij echter het welvarende Duitsland geprezen. Het kan zich sterk verdedigen, en dat is nodig, want de juridische kosten lopen hoog op. Een land met minder toereikende middelen staat minder sterk in zijn schoenen. Voor hen is het veel moeilijker om op te boksen tegen de machtige investeerders. Tenslotte is de kans reëel dat de staat uit angst voor reusachtige claims zich terughoudend gedraagt ten opzichte van wetgeving in het algemeen belang. Alhoewel dit niet de bedoeling zou mogen zijn, is dit geen eenmalig verschijnsel. De FET-standaard zit vol verrassingen, vaak met onaangename afloop voor staten. Het gezegde 'wie de doos van Pandora opent, staat in voor de gevolgen' is ironisch genoeg heel toepasbaar in deze materie.

2. Goed begonnen is half gewonnen: de preambule

109. De recente trend tot inclusie van duurzame ontwikkeling in investeringsverdragen komt vaak tot uiting in de preambule van het akkoord.³⁶⁶ De verdragspartijen drukken hun wil uit om op constructieve wijze – onder andere – duurzame ontwikkeling te bewerkstelligen.³⁶⁷ Niet zelden duiken een verwijzing naar duurzaamheid en het *right to regulate* gecombineerd op. Het recent geconcludeerd vrijhandelsverdrag CETA heeft bijvoorbeeld een extensieve verwijzing naar duurzame ontwikkeling en beleidsautonomie van de gaststaat opgenomen in de preambule:

“REAFFIRMING their strong attachment to democracy and to fundamental rights as laid down in The Universal Declaration of Human Rights, done at Paris on 10 December 1948, and sharing the view that the proliferation of weapons of mass destruction poses a major threat to international security;

RECOGNISING the importance of international security, democracy, human rights and the rule of law for the development of international trade and economic cooperation;

RECOGNISING that the provisions of this Agreement preserve the right of the Parties to regulate within their territories and the Parties' flexibility to achieve legitimate policy objectives, such as public health, safety, environment, public morals and the promotion and protection of cultural diversity;

³⁶⁵ “Duitse regering compenseert energiebedrijven voor kernexit”, *De Tijd*, 24 mei 2018, <https://www.tijd.be/nieuws/archief/Duitse-regering-compenseert-energiebedrijven-voor-kernexit/10014910>, laatst bezocht op 9 april 2019.

³⁶⁶ *Supra* nr. 17; een voorbeeld van inclusie van duurzame ontwikkeling in de preambule is o.m. in het Japan-Papua New Guinea BIT van 2011 terug te vinden, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1732>.

³⁶⁷ M-C. CORDONIER SEGGER & A. NEWCOMBE, “Chapter 6: An Integrated Agenda for Sustainable Development in International Investment Law”, in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 112.

AFFIRMING their commitments as parties to the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, done at Paris on 20 October 2005, and recognising that states have the right to preserve, develop and implement their cultural policies, to support their cultural industries for the purpose of strengthening the diversity of cultural expressions, and to preserve their cultural identity, including through the use of regulatory measures and financial support;

RECOGNISING that the provisions of this Agreement protect investments and investors with respect to their investments, and are intended to stimulate mutually-beneficial business activity, without undermining the right of the Parties to regulate in the public interest within their territories;

REAFFIRMING their commitment to promote sustainable development and the development of international trade in such a way as to contribute to sustainable development in its economic, social and environmental dimensions;

ENCOURAGING enterprises operating within their territory or subject to their jurisdiction to respect internationally recognised guidelines and principles of corporate social responsibility, including the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, and to pursue best practices of responsible business conduct;

IMPLEMENTING this Agreement in a manner consistent with the enforcement of their respective labour and environmental laws and that enhances their levels of labour and environmental protection, and building upon their international commitments on labour and environmental matters;

RECOGNISING the strong link between innovation and trade, and the importance of innovation to future economic growth, and affirming their commitment to encourage the expansion of cooperation in the area of innovation, as well as the related areas of research and development and science and technology, and to promote the involvement of relevant public and private sector entities"

110. Deze preambule verwijst naar diverse denkbare duurzaamheidsstandaarden en specifieke wetgeving. De opstellers hebben werkelijk aan elk mogelijk scenario gedacht, uit aversie tegen de inconsistentie van reeds gewezen arbitrageoordelen.³⁶⁸ Recentere BIT's nemen vaker dergelijke standaarden op, al zijn deze niet altijd zo uitgebreid.³⁶⁹

³⁶⁸ K. NOWROT, "How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law, *Journal of World Investment & Trade* 2014, 634.

³⁶⁹ Zie bijvoorbeeld de preambules van het US Model BIT of het Norway Model BIT.

Alhoewel die uitdrukkingen in de preambule geen bindende verdragsverplichtingen scheppen, helpen ze wel het voorwerp en doel van het verdrag en de bredere context te begrijpen.³⁷⁰ Arbitrale colleges maken hiervan frequent gebruik bij de interpretatie van een akkoord.³⁷¹ Desondanks rest er onduidelijkheid en controverse over de interpretatie van preambules in het internationaal recht. De algemene verwachting van een zeer investeerdersvriendelijke benadering zet zich ook hier verder, want ondanks de dynamische, teleologische interpretatie, blijven de meeste arbiters beslissingen in het voordeel van de investeerder vellen omdat er niets bepaald is over het *right to regulate* van de gaststaat.³⁷² Het komt namelijk meermaals voor dat de preambule enkel verwijst naar bepalingen in de zin van 'bevordering en wederzijdse bescherming van investeringen' en het 'uitwerken en behouden van gunstige condities van de investeerder'.³⁷³

111. Daarom gaan aan de andere kant de tegenstanders niet akkoord met de investeerdersgezinde aanpak die teveel interpretatieve macht toekent aan de preambule. Critici argumenteren dat de voorwerp-en-doel analyse incorrect wordt toegepast.³⁷⁴ Volgens hen dient het investeringsverdrag geanalyseerd te worden aan de hand van de intentie van de verdragsluitende partijen.³⁷⁵ Het kamp van de tegenstanders redeneert dat het nooit de bedoeling kan geweest zijn van de gaststaten om hun soevereine autoriteit over interne zaken opzij te zetten, enkel en alleen als zij hiervan een expliciete verklaring hebben ingeschreven.³⁷⁶ Een dergelijke gedachtewijze volgen zou de bedoeling van de partijen gewoonweg tegengaan.³⁷⁷ Uiteraard behoeft deze benadering ook nuancering. De tekstuele interpretatie voorgeschreven door het WWV stipuleert dat de tekst de meest betrouwbare en recente uitdrukking is van de bedoeling van de partijen,

³⁷⁰ K. GORDON, J. POHL & M. BOUCHARD, "Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey", *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/101, OECD Publishing, Paris, 15-16; H. MANN, "International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities", *International Institute for Sustainable Development* 2008,

³⁷¹ K. NOWROT, "How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law", *Journal of World Investment & Trade* 2014, 630.

³⁷² J. KLEINHEISTERKAMP, "Investment Treaty Law and the Fear for Sovereignty: Transnational Challenges and Solutions", *The Modern Law Review* 2015, 803-804; M. H. HULME, "Preambles in Treaty Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review* 2016, 1322.

³⁷³ *Ibid.*, K. NOWROT, "How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law", *Journal of World Investment & Trade* 2014, 624-626.

³⁷⁴ M. H. HULME, "Preambles in Treaty Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review* 2016, 1317-1320.

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ O.E. GARCIA-BOLIVAR, "Sovereignty vs. Investment Protection: Back to Calvo?", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 2009, 29; dit standpunt verdedigde de VS ook in UNCITRAL Methanex Corp v. United States of America, 7 augustus 2002, *First Partial Award*, para. 103, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0518.pdf>.

omdat het net de authentieke verwoording is van de intentie van de partijen.³⁷⁸ De ILC waarschuwt dan ook voor een interpretatie die enkel op zoek gaat naar de oorspronkelijke intenties van de partijen.³⁷⁹

112. Mijns inziens zal de meest wenselijke aanpak voor het interpretatieprobleem daarom niet puur zwart of wit zijn. De aard van artikel 31(3)(c) WWV vergt een gecombineerde aanpak. Het artikel tracht immers meerdere regels en principes in de context van verdragsinterpretatie met elkaar te verzoenen. Dit proces wordt ook wel systemische integratie genoemd, BIT's worden uit hun 'isolement' gehaald.³⁸⁰ Waar relevant dient het panel niet enkel het BIT te bekijken maar ook andere internationale verdragen, gewoonterecht of algemene rechtsbeginselen.³⁸¹ Dit impliceert eigenlijk dat het arbitragepanel investeringsverdragen tegen een algemene achtergrond van o.a. mensenrechten, milieu, arbeidsomstandigheden of gezondheidsregelen moet interpreteren en toepassen.³⁸² Daarenboven is naar mijn mening een uitgebreide bewoording in de preambule, zoals in CETA, enkel voordelig. Het biedt een grotere garantie dat de gestipuleerde uitzonderingen en voorbehouden niet restrictief worden geïnterpreteerd, nu de doelstellingen in het begin van het verdrag uitdrukkelijk geformuleerd zijn. Indien we duurzaamheid gerealiseerd willen zien in de praktijk, kunnen we bijgevolg stellen dat een gematigde aanpak zich opdringt. Een afweging tussen tekstuele interpretatie en een zekere overweging van het doel lijkt mij zodoende de ideale oplossing om het onevenwicht in de preambule te herstellen. Onderzoek vanuit de OESO wees bovendien uit dat ongeveer 26% van 1113 geobserveerde arbitragebeslissingen ruimere overwegingen in acht namen, zoals het milieu, mensenrechten, corruptie, omkoping en arbeidsomstandigheden.³⁸³

³⁷⁸ Report of the International Law Commission to the General Assembly, *Extract from the Yearbook of the International Law Commission* 1966, vol. II, 220, http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_cn4_191.pdf.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ Report of the Study Group of the International Law Commission, "Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law", *United Nations* 2006, 208; K. GORDON, J. POHL & M. BOUCHARD, "Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey", *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/101, OECD Publishing, Paris, 21.

³⁸¹ K. GORDON, J. POHL & M. BOUCHARD, "Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey", *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/101, OECD Publishing, Paris, 21-22.

³⁸² *Ibid.*; G. SACERDOTTI, "Investment Protection and Sustainable Development", in S. HINDELANG & M. KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 39.

³⁸³ K. GORDON, J. POHL & M. BOUCHARD, "Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey", *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/101, OECD Publishing, Paris, 23.

Afdeling IV. Preventie: impact assessments

113. De impact assessments zijn een tool om de al dan niet schadelijke effecten van ondernemingen op vlak van o.a. milieu, duurzame ontwikkeling, mensenrechten, en andere in te schatten op lange termijn.³⁸⁴ Afhankelijk van het domein, heet dit dan *environmental impact assessment* (EIA), *sustainability impact assessment* (SIA) of de eerder gezien HRIA.³⁸⁵ De investeerder wordt verplicht om aan de hand van verschillende criteria na te gaan of zijn investering in lijn is met de door de staat vooropgestelde doelen. Het is een extra last voor de gaststaat en de investeerder, maar brengt ongetwijfeld meer voordelen met zich mee dan nadelen.³⁸⁶ Zo stimuleren de mechanismen een betere bewustwording over de impact van FDI en investeringsverdragen.³⁸⁷ De *impact assessments* waarschuwen de staten voor mogelijke gevaren, schatten de voordelen in en laten de staat op die manier toe accuratere en geschikte preventieve of alternatieve maatregelen te voorzien waar nodig.³⁸⁸ Ze behoren gebaseerd te zijn op wetenschappelijke kennis en redelijkheid, want nafhankelijke experts kunnen bijdragen aan objectiviteit en een transparant beslissingsproces.³⁸⁹ Het is dan ook een goede zaak dat dergelijke analyses veelvoorkomend geworden zijn en dat investeringsverdragen het belang ervan erkennen.³⁹⁰ Uiteraard garanderen zij niet dat alle verdragen onderworpen aan een *assessment* duurzaam zijn. Wel zullen dankzij hun preventieve hulp investeringsbeslissingen bedachtzamer gemaakt worden.³⁹¹

³⁸⁴ M-C. CORDONIER SEGGER & A. KENT, "Chapter 30: Promoting Sustainable Investment through International Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 774; M. F. SWEIFY, "Investment-Environment Disputes: Challenges and Proposals", *DePaul Business and Commercial Law Journal* 2015, 197-198.

³⁸⁵ *Supra* nr. 74.

³⁸⁶ P. MUCHLINSKI, "Negotiating New Generation International Investment Agreements: New Sustainable Development Oriented Initiatives", in S. HINDELANG & M. KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 60.

³⁸⁷ M-C. CORDONIER SEGGER & A. KENT, "Chapter 30: Promoting Sustainable Investment through International Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 774-775.

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ M. F. SWEIFY, "Investment-Environment Disputes: Challenges and Proposals", *DePaul Business and Commercial Law Journal* 2015, 197.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ A. NEWCOMBE, "Sustainable Development and Investment Treaty Law", *Journal of World Investment & Trade* 2007, 403.

HOOFDSTUK III. BESLUIT OVER MENSENRECHTEN, DUURZAAMHEID EN RIGHT TO REGULATE

114. Het primair economische doel van de internationale investeringsverdragen komt weer om de hoek loeren, maar investeringsdisputen op zich draaien dikwijls om meer dan het puur financiële plaatje. FDI aantrekken, faciliteren en daaruit winst halen is nog steeds de grootste drijfveer. Het blijft daarom een uitdaging voor staten om minimumstandaarden werkelijk te vervullen. Toch is een nieuw tijdperk aangebroken. Meerdere vernieuwingen laten staten toe om hun regelgevende vrijheid door te trekken in gevoelige gebieden.³⁹² Regeringen mogen maatregelen nemen tegen buitenlandse bedrijven die noodzakelijk zijn om mensen- en dierenrechten, gezondheid, de natuur en dergelijke te beschermen, op voorwaarde dat dit geen discriminatie inhoudt ten opzichte van binnenlandse ondernemingen. Een grondige herziening en aanpassing van de huidige investeringsverdragen is daarom aan de orde.

115. Deze domeinen zijn in essentie niet juridisch. Opdat deze verandering dus effectief zijn vruchten afwerpt, is het naar mijn mening noodzakelijk om tijdens dit proces beroep te doen op gespecialiseerde derden. Daarenboven kan gekwalificeerde inbreng tijdens de wetgevende procedure reeds heel wat kritiek verhelpen die het gehele systeem van investeringsarbitrage moet slikken.³⁹³ De *New Delhi Declaration* neemt bijvoorbeeld expliciet een principe op dat publieke participatie verzekert met betrekking tot duurzaamheid.³⁹⁴ Artikel 5 stelt publieke participatie en goed bestuur als een essentiële voorwaarde voor duurzame ontwikkeling. Het roept op tot transparantie en verantwoordelijkheid vanuit regeringen en een actief engagement van maatschappelijke organisaties, waaronder industriële belangen en vakbonden.³⁹⁵ Claims waar publieke belangen op het spel staan worden grondiger en deskundiger onderbouwd. NDP's vervullen een waardevolle rol in een vernieuwd investeringsrecht.³⁹⁶ De rechten van staten zijn in mijn opzicht immers actueler bijgeschaafd, en bereiken zo hun optimaal potentieel, als zij dichter bij de perceptie van de bevolking aanleunen. Het vijfde principe van de *New Delhi Declaration* oppert een interessant voorstel: overheden zouden met name

³⁹² A. GILLESPIE, *The Long Road to Sustainability*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 213.

³⁹³ A. NEWCOMBE, "Sustainable Development and Investment Treaty Law", *Journal of World Investment & Trade* 2007, 365-392; H. MANN, "International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities", *International Institute for Sustainable Development* 2008, 29.

³⁹⁴ Art. 5 IIA New Delhi Declaration on Principles of International Law Relating to Sustainable Development, *ILA Resolution 3/2002*, Annex, 3 (UN Doc. A/57/329), https://digitallibrary.un.org/record/475817/files/A_57_329-EN.pdf.

³⁹⁵ M-C. CORDONIER SEGGER & A. KENT, "Chapter 30: Promoting Sustainable Investment through International Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 775-776.

³⁹⁶ K. NOWROT, "How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law", *Journal of World Investment & Trade* 2014, 619.

voorstellen of wijzigingen van wetgeving die de investeerders affecteren aan hen moeten melden.³⁹⁷ Ondernemingen komen op die manier niet plotseling voor onaangename verrassingen te staan. Dergelijke clausules zijn in het verleden al in verscheidene investeringsakkoorden opgenomen zoals het BIT tussen Canada en Kroatië of tussen Argentinië en de VS.³⁹⁸ Het principe maakt daarnaast deel uit van goed bestuur, het zesde principe van de *Declaration*.³⁹⁹ Zulke voorstellen bewerkstelligen de constructieve omgeving van waaruit zowel staat als investeerder hun belangen verwezenlijkt zien.

³⁹⁷ *Ibid*; A. NEWCOMBE, "Sustainable Development and Investment Treaty Law", *Journal of World Investment & Trade* 2007, 395.

³⁹⁸ Zie o.a. art. XIV Canada-Croatia BIT: "Each Contracting Party shall, to the extent practicable, ensure that its laws, regulations, procedures, and administrative rulings of general application respecting any matter covered by this Agreement are promptly published or otherwise made available in such a manner as to enable interested persons and the other Contracting Party to become acquainted with them.", <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/604>; art. II(7) Argentina-US BIT: "Each Party shall make public all laws, regulations, administrative practices and procedures, and adjudicatory decisions that pertain to or affect investments.", <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/127>; of art. 10 US-Uruguay BIT: "Each Party shall ensure that its: (a) laws, regulations, procedures, and administrative rulings of general application; and (b) adjudicatory decisions respecting any matter covered by this Treaty are promptly published or otherwise made publicly available.", <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2380>.

³⁹⁹ Art. 6 ILA New Delhi Declaration on Principles of International Law Relating to Sustainable Development, *ILA Resolution 3/2002*, Annex, 3 (UN Doc. A/57/329), https://digitallibrary.un.org/record/475817/files/A_57_329-EN.pdf; A. NEWCOMBE, "Sustainable Development and Investment Treaty Law", *Journal of World Investment & Trade* 2007, 395.

DEEL III. EFFECTIEVE OPLOSSINGEN DIE DE RECHTEN VAN STATEN GARANDEREN

HOOFDSTUK I. DE NOOD IS HOOG

116. In de voorgaande delen maakten we kennis met specifieke oplossingen in actuele maar gevoelige domeinen. De voornoemde, voorgestelde benaderingen leiden ons naar algemenere methoden, waaruit we zekere conclusies kunnen trekken en inspiratie opdoen om staten een optimale oplossing voor te stellen in de zoektocht naar beleidsvrijheid. In dit onderdeel onderzoeken we welke stappen vandaag het meest aan te raden zijn in hun zoektocht naar soevereiniteit, zowel op materieel als op (hoewel in mindere mate) procedureel vlak, zowel preventief als repressief. Dit onderdeel zal derhalve frequent terugkoppelen naar oplossingen aangehaald bij de specifiekere thema's.

117. In de literatuur wordt gesproken van een verschuiving van de tweede generatie investeringsverdragen naar de derde generatie.⁴⁰⁰ De legitimiteitscrisis van het investeringsrecht woedt verder en dringt de nood aan een vernieuwd kader op.⁴⁰¹ Opdat staten het maximum aan rechten zouden bekomen, behoeven de investeringsverdragen een opknappingsbeurt. Het zou niet logisch zijn dat investeringsverdragen ongewijzigd de evolutie doorstaan. Staten staan meer stil bij dit feit dan vroeger, en gaan over tot een hernieuwing of beëindiging van het verouderde verdrag.⁴⁰² Zo onderworpen landen als Australië, Turkije, de VS, Noorwegen en Zuid-Afrika hun BIT's reeds aan een grondige analyse.⁴⁰³ De landen gaan na of een geschikte balans wordt nagestreefd in de verdragen, tussen de bepalingen die de investeerder beschermen en de regelgevende vrijheid van de gaststaat. Indien het verdrag verouderd is, worden de nodige aanpassingen uitgevoerd, of worden BIT's zelfs beëindigd. In 2017 oversteeg het aantal beëindigde BIT's voor het eerst het aantal nieuw afgesloten verdragen. Deze nieuwe of aangepaste BIT's bevatten bovendien opvallend meer verwijzingen naar duurzame ontwikkeling, behoud van het *right to regulate* en een hernieuwd kader voor ISDS.⁴⁰⁴

⁴⁰⁰ De eerste generatie BIT's vangt aan eind jaren '50. Vanaf de jaren 2000 worden steeds meer BIT's vervangen door nieuwe overeenkomsten; K. NOWROT, "Termination and Renegotiation of International Investment Agreements", in S. HINDELANG & M. KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 230; S. A. SPEARS, "The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements", *Journal of International Economic Law* 2010, 1037-1075.

⁴⁰¹ D. SCHNEIDERMAN, "International Investment Law's Unending Legitimation Project", *Loyola University Chicago Law Journal* 2017, 232.

⁴⁰² UNCTAD, "Recent Developments in International Investment Agreements", May 2018, 7, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d1_en.pdf.

⁴⁰³ S. A. SPEARS, "The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements", *Journal of International Economic Law* 2010, 1043-1044; UNCTAD, "Recent Developments in International Investment Agreements", May 2018, 7, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d1_en.pdf.

⁴⁰⁴ UNCTAD, "Recent Developments in International Investment Agreements", May 2018, 2-3, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d1_en.pdf.

HOOFDSTUK II. MATERIËLE OPLOSSINGEN

118. Tijdens het verdragssluitend proces bevinden de verdragssluitende partijen, de staten, zich een machtvolle positie. Als makers van het beleid kunnen zij met een ruime discretionaire vrijheid nieuwe regelen scheppen of oude regelen omvormen.⁴⁰⁵ Deze veranderingen zijn momenteel nodig. De belangrijkste minimumstandaarden in investeringsverdragen beschikken over veel potentieel, maar krijgen steevast de kritiek overdreven breed geformuleerd te zijn.⁴⁰⁶ Met wat moeite en oog voor detail kunnen de staten de minimumstandaarden ombouwen van een vaag tot een krachtig instrument, zoals in de eerdere delen besproken. Substantiële verfijningen en toevoegingen van nieuwe clauses dragen bij aan een evenwichtiger verdragsnetwerk, waarin meer gewicht wordt toegekend aan de rechten van staten.

Afdeling I. Stabilisatieclausule

119. Stabilisatieclausules beschermen de buitenlandse investeerder tegen eenzijdige, toekomstige wetwijzigingen vanwege de gaststaat. Meestal incorporeert het contract tussen de staat en investeerder een stabilisatieclausule, in plaats van het geldende investeringsverdrag, omdat dergelijk contract vaak een specifiek project op lange termijn omvat.⁴⁰⁷ Voor deze (kapitaalintensieve) projecten is de staat geneigd de investeerder een meer toereikende bescherming te gunnen. De staat kan hiertoe een algemene verbintenis aangaan, of een specifieke, bijvoorbeeld voor bepaalde fiscale voordelen of douanerechten.⁴⁰⁸ De meningen over het gebruik van deze clausule zijn verdeeld. Enerzijds wordt gezegd dat de clausule de investeerder een ongelofelijk ruim recht toekent aan de investeerder, en dat dit de soevereiniteit van de gaststaat serieus beperkt. Anderzijds wordt beweerd dat dergelijke clausule een 'vals gevoel van zekerheid' creëert bij de investeerder en geen ware garanties biedt.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ A. KULICK, *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 41-42.

⁴⁰⁶ S. LESTER, "Reforming the International Investment Law System", *Journal of International Law* 2015, 80-81.

⁴⁰⁷ N. BERNASCONI-OSTERWALDER, A. COSBEY, L. JOHNSON & D. VIS-DUNBAR, "Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Questions & Answers", *IISD* 2012, 33; M. J. LUQUE MACIAS, "Reliance on Alternative Methods for Investment Protection through National Laws, Investment Contracts, and Regional Institutions in Latin America", in S. HINDELANG & M. KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 298.

⁴⁰⁸ UNCTAD, "Investment Laws: A Widespread Tool for the Promotion and Regulation of Foreign Investment", November 2016, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d5_en.pdf.

⁴⁰⁹ D. E. OMUKORO, "Examining Contractual Stability Measures in Light of Emerging Risks: Revisiting the Stabilisation Clause Debate", *Sri Lanka Journal of International Law* 2012-2015, 91-92.

120. Hoe dan ook is, naar mijn mening, voorzichtigheid steeds geboden. Zoals het tribunaal in *Parkerings v. Lithuania* bepaalde kan de stabilisatieclausule immers aanleiding geven tot schending van legitieme verwachtingen, gewaarborgd onder de FET-standaard.⁴¹⁰ In deze redenering zal de gaststaat bij schending van de stabilisatieclausule ook de FET-standaard breken. Zodoende kan de investeerder compensatie zoeken op grond van ISDS. Opdat toch voldoende aandacht naar de beleidsdoelen van de gaststaat uitgaat, is het belangrijk dat de staat deze clausules grondig onderzoekt. Waar nodig stelt ze clausules dan restrictiever op, of incorporeert ze haar *bona fide*regelgevende inspanning die het algemeen belang bewerkstelligen.⁴¹¹ Door bijvoorbeeld de draagwijdte te beperken, worden slechts de afgesloten contracten en licenties onder de clausule begrepen. De gast garandeert op die manier enkele essentiële waarborgen zonder de kern van haar regelgevende vrijheid af te staan.

Afdeling II. Umbrella clausule

121. Een staat die een groot deel van haar regelgevende vrijheid graag beschermd ziet, vermijdt best de zogenaamde *umbrella clause*. De clausule beoogt de investeerder te beschermen tegen opportunistisch gedrag van de gaststaat en geldt enkel in de relatie tussen een staat en een investeerder, nooit in de private relatie tussen investeerders onderling.⁴¹² De *umbrella clause* brengt naast de verdragsverbintenissen ook contractuele verbintenissen tussen staat en investeerder onder het materieel toepassingsgebied van het BIT.⁴¹³ Een schending van een contractsbepaling impliceert bijgevolg een schending van het BIT. Daardoor beschikt de investeerder over de verruimde mogelijkheid om zijn claim bij een internationaal arbitragetribunaal in te dienen.⁴¹⁴ De clausule heeft bijgevolg eerder een procedurele finaliteit. Ter illustratie volgt de clausule uit het Duitse model BIT.⁴¹⁵

⁴¹⁰ N. BERNASCONI-OSTERWALDER, A. COSBEY, L. JOHNSON & D. VIS-DUNBAR, "Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Questions & Answers", *ISD* 2012, 33; ICSID No. ARB/05/8 *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, 11 september 2007, para. 332, <https://www.italaw.com/documents/Pakerings.pdf>.

⁴¹¹ M. J. LUQUE MACIAS, "Reliance on Alternative Methods for Investment Protection through National Laws, Investment Contracts, and Regional Institutions in Latin America", in S. HINDELANG & M. KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 299.

⁴¹² W. SCHILL, "Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties", *Minnesota Journal of International Law* 2009, 8-36.

⁴¹³ I. REMELS, *Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 22; UNCTAD, Investment Policy Framework on Sustainable Development, 2015, 102, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf.

⁴¹⁴ N. BERNASCONI-OSTERWALDER, A. COSBEY, L. JOHNSON & D. VIS-DUNBAR, "Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Questions & Answers", *ISD* 2012, 32; T-H. CHENG, "Power, Authority and International Investment Law", *American University International Law Review* 2005, 472-473.

⁴¹⁵ Art. 7(2) German Model BIT, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2865>.

“Each Contracting State shall fulfil any other obligations it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting State.”

122. Zoals steeds in de internationale investeringsverdragen, duikt ook de *umbrella clause* in verschillende bewoordingen op die wederom verschillende interpretaties omvatten.⁴¹⁶ In het geval de arbiter de clausule restrictief benadert, kan de *umbrella clause* slechts ingeroepen worden als de schending van de contractuele verplichting resulteert uit een soevereine handeling van de staat.⁴¹⁷ De vraag stelt zich dan of dit wel nuttig is en de *umbrella clause* op die manier geen zoveelste, vage verdragsbepaling belichaamt. Hiervoor bestaan inderdaad al meerdere substantiële waarborgen. De *umbrella clause* verliest zodoende zijn beoogd nut. In dat opzicht is het niet denkbaar dat een staat werkelijk elk commercieel dispuut aan een internationaal forum wil voordragen.

123. De staat krijgt het lastiger om af te wijken van een verdragsverplichting in het openbaar belang, dan van een contractuele verplichting.⁴¹⁸ Dergelijke zware beknotting van haar soevereiniteit is in feite overbodig, aangezien tot dusver meermaals gebleken is dat buitenlandse investeerders een zeer extensieve bescherming genieten, o.a. op grond van FET en waarborgen tegen onteigening. Daarenboven is nog geen consensus bereikt omtrent de interpretatie, wat juridische onzekerheid met zich meebrengt. Dat uit zich in de recente statistieken. Afgezien van één verdrag, lieten alle herziene investeringsverdragen in 2017 de *umbrella clause* weg.⁴¹⁹ Daarom laat een staat die niet geconfronteerd wil worden met een nieuw juridisch vraagstuk de *umbrella clause* bij voorkeur links liggen.⁴²⁰ Dit betekent dat buitenlandse investeerders de claim mogen indienen op grond van een verdragsbepaling, maar niet langer op grond van een contractuele bepaling. Dit is mijns inziens de meest geschikte oplossing om verwarring, maar vooral onterechte claims te voorkomen. De verdragspraktijken van Colombia zijn bijvoorbeeld zeer consistent. Zelden duikt een *umbrella clause* op. Waar toch een *umbrella clause* overeengekomen is, geven beide verdragspartijen voor het desbetreffend dispuut geen toestemming voor investeerder-staatarbitrage.⁴²¹

⁴¹⁶ W. SCHILL, “Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties”, *Minnesota Journal of International Law* 2009, 7-8.

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ C. DAELMAN, *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 119.

⁴¹⁹ UNCTAD, “Recent Developments in International Investment Agreements”, May 2018, 4-5, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d1_en.pdf.

⁴²⁰ UNCTAD, *Investment Policy Framework on Sustainable Development*, 2015, 102, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf.

⁴²¹ J. A. RIVAS, “Colombia”, in C. BROWN, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 241-242.

Indien de staat de clause toch in zijn pure vorm wil behouden, lijnt ze die best af. De staat bepaalt dan dat enkel handelingen die de uitoefening zijn van soevereine machten van de gaststaat een rechtmatige grond tot inroepen van de *umbrella clause* vormen. Tenslotte kan de staat duidelijk stipuleren dat alleen schriftelijk aangegane verplichtingen een schending constitueren. Zo sluit zij mondelinge beloftes uit.⁴²²

Afdeling III. UNCTAD Policy Framework

124. Opdat het verdrag aangepast is aan hedendaagse noden evolueert de gaststaat bij voorkeur elke standaard apart. Een handig instrument hierbij is het *UNCTAD Policy Framework*. Dit document schrijft verschillende aanbevelingen voor die de omvang van de minimumstandaarden grondiger aflijnen. Het *national treatment*-principe bijvoorbeeld kan beperkt worden aan de hand van criteria, specifieke voorbeholden in belang van het land in kwestie, of het nauwkeuriger omschrijven van de draagwijdte van het principe.⁴²³ De verfijning van substantiële principes in het kader van duurzaamheid, zoals eerder besproken, kunnen evenzeer in het licht van elke andere doelstelling van de staat toegepast worden. Dit gebeurde bijvoorbeeld in CETA. Het verdrag wil een te brede interpretatie van de FET-standaard vermijden en stipuleert daarom een exhaustieve lijst handelingen die het principe schenden.⁴²⁴ Opdat nieuwe evoluties in rekening gebracht worden, vereist CETA dat de verdragspartijen deze lijst bovendien tijdig moeten herzien.

Afdeling IV. Verplichtingen voor de buitenlandse investeerder

125. Het is niet langer eerlijk om alle last bij de staten te leggen. Ook de investerende ondernemingen moeten hun steentje bijdragen, en een stuk van die last op zich nemen. Dit is een van de meest significante veranderingen in de nieuwe generatie investeringsverdragen. Het is tijd dat zij verantwoordelijkheid nemen voor hun ondernemingsbeslissingen.⁴²⁵ Op voorhand maken de investerende ondernemingen een businessplan en weten zij zeer goed welke landen meer of minder risico inhouden.

⁴²² UNCTAD, Investment Policy Framework on Sustainable Development, 2015, 102, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf.

⁴²³ UNCTAD, Investment Policy Framework on Sustainable Development, 2015, 95-97, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf.

⁴²⁴ L. PUCCIO, "CETA: Investment and the right to regulate", February 2017, European Parliament, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/599265/EPRS_ATA\(2017\)599265_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/599265/EPRS_ATA(2017)599265_EN.pdf).

⁴²⁵ S. LESTER, "Reforming the International Investment Law System", *Journal of International Law* 2015, 80.

1. Specifieke verplichtingen

126. Op ongeveer elk vlak kunnen specifieke verplichtingen in het investeringsverdrag worden opgenomen. Omdat dit zo nieuw is, bestaat hierrond nog redelijk wat controverse.⁴²⁶ Dit deels omdat er weinig toepassingen bestaan en de vraag zich stelt hoe deze 'nieuwe' verplichtingen in de praktijk ten uitvoer worden gebracht, en deels uit ideologische overwegingen. Het internationaal investeringsrecht is immers van in den beginne sterk op de bescherming van de kwetsbare investeerder gericht, met zo weinig mogelijk vereisten of verplichtingen. De specifieke verplichtingen verwijzen meestal naar internationaal erkende normen. Deze normen zijn terug te leiden tot één kernbegrip: duurzame ontwikkeling. Het is werkelijk een zeer actueel thema dat enorm de kop opsteekt in de nieuwe generatie investeringsverdragen. Zo heeft de *International Finance Corporation* verschillende bijvoorbeeld internationale minimumstandaarden uitgevaardigd op vlak van milieu en sociale impact, natuurlijke rijkdommen, inheemse volkeren, cultureel erfgoed, gezondheid, biodiversiteitsbescherming enzovoort.⁴²⁷ Genoemde normen zijn vooral van belangen in staten waar nationale wetgeving ontoereikend is.⁴²⁸ Mijns inziens zouden vooral ontwikkelingslanden het gebruik ervan moeten aanmoedigen in hun verdragen. Alwaar zij geen middelen hebben voor een ingrijpende administratieve, wettelijke en institutionele verandering in hun nationale rechtsorde, kunnen zij zich wel makkelijker verbinden onder bestaande internationale normen.

2. Legaliteitsvereisten

127. Een recente ontwikkeling betreft de zogenaamde 'legaliteitsvereisten' of bepalingen 'overeenkomstig het recht', die worden toegevoegd aan de investeringsovereenkomst. Deze vereisten houden in dat de buitenlandse investeerder zich ertoe verbindt de nationale wetten van de gaststaat te respecteren. De nationale wetgeving van de gaststaat wordt op die manier 'geïnternationaliseerd'. De buitenlandse investeerder zal slechts genieten van de beschermingsbepalingen onder het BIT als hij de nationale wetgeving gehoorzaamt.⁴²⁹ Het is een *renvoi* effect naar *nationaal* recht, een veeleer zeldzaam mechanisme in verdragen, waarvan het niet-naleven evenwel een *internationaal*

⁴²⁶ H. MANN, "Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development", *Lewis & Clark Law Review* 2013, 540-541.

⁴²⁷ IFC Performance Standards on Environmental and Social Sustainability, 1 January 2012, https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/c8f524004a73daeca09afdf998895a12/IFC_Performance_Standards.pdf?MOD=AJPERES.

⁴²⁸ H. MANN, "Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development", *Lewis & Clark Law Review* 2013, 540-541.

⁴²⁹ K. DIEL-GIGLOR & R. HENNECKE, "Investment in Accordance with the Law", in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE & A. REINISCH, *International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, 566; R. MOLOO & A. KACHATURIAN, "The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law", *Fordham International Law Journal* 2011, 1476.

juridisch effect heeft.⁴³⁰ De legaliteitsvereisten verschijnen in de definities van investeringsverdragen, of in een apart artikel.⁴³¹ Het BIT tussen Frankrijk en China neemt de legaliteitsvereiste op in de definities van artikel 1:⁴³²

“Aucune modification de la forme d’investissement des avoirs n’affecte leur qualification d’investissement, à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la Partie contractante.”

Daarnaast is het ook mogelijk om een apart artikel in te voegen voor de legaliteitsvereiste, zoals we in het BIT tussen Kazachstan en Oezbekistan kunnen zien.⁴³³ Het Draft Model BIT van Indië is nog specifiek, en verwijst naar nationale wetgeving zoals consumentenbescherming, arbeidsrecht, corporate governance standaarden en mensenrechten.⁴³⁴ Het is nog niet duidelijk hoe succesvol Indië zal zijn in de effectieve onderhandelingen van deze bepalingen, aangezien ze nog verder gaan dan andere nieuwe investeringsverdragen, zoals CETA.⁴³⁵

128. Het doel van de legaliteitsvereisten is het toepassingsgebied van het verdrag duidelijk afbakenen zodat de staat beter beschermd is tegen schendingen van hun wetgeving door de investeerders. De verplichtingen voor de investeerder breiden uit door de vereiste: enkel investeringen die overeenstemmen met de nationale wetgeving zijn ontvankelijk voor een arbitrage-tribunaal. Uiteindelijk wil de clause voorkomen dat het BIT illegale investeringen zou beschermen.⁴³⁶ Wat gebeurt er indien een dergelijke clause niet voorhanden is? Impliceert dit dan dat de investeerder ongebreideld te werk mag gaan? Dit zou een te verre gaand en pervers effect van de clause inhouden. Ondanks de afwezigheid van legaliteitsvereisten, zal het tribunaal nog steeds de toepasselijke standaarden van internationaal en

⁴³⁰ ICSID No. ARB/03/25 Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, 16 augustus 2007, para. 394, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0340.pdf>.

⁴³¹ M. POLKINGHORNE & S-M. VOLKMER, “The Legality Requirement in Investment Arbitration”, *Journal of International Arbitration* 2017, 1; enkele voorbeelden van BIT's waarin de legaliteitsvereisten verschijnen zijn

⁴³² Art. 1 Accord entre le gouvernement de la république française et le gouvernement de la république populaire de Chine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 26 novembre 2007, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3342>.

⁴³³ Art. 12 Agreement between the Government of the Republic of Kazakhstan and the Government of the Republic of Uzbekistan on the promotion and protection of investments, Almaty, 2 June 1997, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5009>.

⁴³⁴ Art. 12 Draft Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, 2015, https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf

⁴³⁵ A. KULICK, *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 244-245.

⁴³⁶ E. DE BRABANDERE, “Human Rights and International Investment Law”, in M. KRAJEWSKI & R. HOFFMANN (ed.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 1-16; R. MOLOO & A. KACHATURIAN, “The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law”, *Fordham International Law Journal* 2011, 1478; K. DIEHL-GIGLOR & R. HENNECKE, “Investment in Accordance with the Law”, in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE & A. REINISCH, *International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, 566.

nationaal recht in achtung nemen.⁴³⁷ Onder meer in de Plama-zaak oordeelde het tribunaal ten gunste van de staat. Het is niet omdat het investeringsverdrag geen legaliteitsvereisten bevat dat de gedane investering zonder twijfel overeenkomstig de wetgeving is, en zeker niet als de investering in gaat tegen nationaal of internationaal recht.⁴³⁸ In het recente arrest *Kim and Others v. Oezbekistan* werd geoordeeld dat de naleving van de legaliteitsvereisten bovendien beoordeeld moet worden in het licht van het proportionaliteitsprincipe.⁴³⁹ Het tribunaal maakte de afweging tussen de economische motieven en de absolute ontzegging van beschermingsbepalingen van een BIT door miskenning van de legaliteitsvereisten. Die ontzegging is slechts toegelaten als een wet geschonden is dat een significant belang van de staat vertegenwoordigt.

3. Denial of benefits clause

129. Een *denial of benefits* clause wil wederkerigheid tussen staat en investeerder verzekeren. De investeerder, met negatieve connotatie de *'free-rider'* genoemd, kan niet genieten van de bescherming onder het verdrag als hij geen substantiële zakendoet in de gaststaat, of gecontroleerd wordt door ingezetenen uit een andere staat dan de thuisstaat.⁴⁴⁰ De clause wil *treaty shopping* voorkomen, zoals dat bijvoorbeeld gebeurde in *Philip Morris v. Australië*.⁴⁴¹ Het US Model BIT koppelt hier bovendien nog extra voorwaarden aan. Een staat die geen diplomatieke relaties heeft met, of economische sancties toepast tegenover de VS zal geen voordelen kunnen ondervinden van het toepasselijk investeringsverdrag.⁴⁴² Ook CETA nam een gelijkaardige, uitgebreidere benadering over.⁴⁴³

130. Over de toepassing in de tijd heerst commotie. Als de *denial of benefits* immers voor een arbitragezaak door de staat moet ingeroepen worden, zou zij constant alle stromen aan FDI in de gaten dienen te controleren. Dit zou de inhoud van dergelijke clause nutteloos maken. Recente rechtspraak oordeelde echter dat de staat de clause mag inroepen

⁴³⁷ R. MOLOO & A. KACHATURIAN, "The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law", *Fordham International Law Journal* 2011, 1483; DIEL-GIGLOR & R. HENNECKE, "Investment in Accordance with the Law", in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE & A. REINISCH, *International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, 568.

⁴³⁸ *Ibid.*, ICSID No. ARB/03/24 *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, 27 augustus 2008, para. 138, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf>.

⁴³⁹ ICSID No. ARB/13/6 *Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan*, 8 maart 2017, *Decision on Jurisdiction*, para. 413, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8549.pdf>.

⁴⁴⁰ A. K. HOFFMANN, "Denial of Benefits", in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE & A. REINISCH, *International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, 598.

⁴⁴¹ *Supra* nr. 42.

⁴⁴² Art. 17 US Model Bilateral Investment Treaty, 2012, <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

⁴⁴³ Art. 8.16 CETA.

nadat de investeerder een claim heeft ingediend. Dit houdt natuurlijk ook een risico in voor de investeerder, omdat hij door de verschillende zienswijzen er niet op kan vertrouwen of de clause al dan niet toegelaten wordt. Het investeringsverdrag moet daarom uitdrukkelijk voorzien dat de staat de *denial of benefits* ook na het indienen van de claim mag invoeren.⁴⁴⁴

Afdeling V. A BIT too much? Het einde van BIT's

131. Het internationaal investeringsrecht navigeert door woelige tijden. Claims zoals Philip Morris bereiken groeiende publieke aandacht. We zagen daarnaast dat de arbitrale rechtspraak vaak niet mals is voor de staat, en minimumstandaarden extensief interpreteert. Afhankelijk van hun gedrevenheid om substantiële rechten terug te winnen, kiezen staten soms om de investeringsverdragen volledig te beëindigen. Indonesië is hiervan een perfect voorbeeld. Lang was het land sterk afhankelijk van buitenlandse investeerders, tientallen bilaterale investeringsverdragen dienden de stroom aan FDI te faciliteren. Buitenlandse ondernemingen stonden natuurlijk te springen voor dit aanbod. Maar al te graag breidden ze hun werkveld uit tot de Indonesische eilanden, die bruisen van de natuurlijke rijkdommen. Na een aantal jaren, geconfronteerd met enkele grote arbitrageclaims, ziet de Indonesische staat echter meer nadelen dan voordelen in de verdragen. De staat wil haar soevereiniteit terugwinnen. Ze is daarenboven niet meer afhankelijk van eender welke som geld. De Indonesische regering besloot daarom recent om de investeringsverdragen – een zestigtal – een voor een te laten aflopen.⁴⁴⁵ Het land is niet de enige in het rijtje, ook economische grootmachten zoals Brazilië of Australië gaven reeds te kennen dat zij de BIT's zouden herzien. Dat wil zeggen, beëindigen of heronderhandelen.⁴⁴⁶ Die trend wordt tot op vandaag nog steeds doorgezet.⁴⁴⁷

132. Ook het Zuid-Amerikaanse continent is niet langer fan van het investeringssysteem. Onder andere de vele zaken tijdens de Argentijnse crisis brachten heel wat ontevredenheid met zich mee. Negatieve neveneffecten en gevolgen van

⁴⁴⁴ J. A. VANDUZER, P. SIMONS & G. MAYEDA, *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators*, London, Commonwealth Secretariat, 2013, 85-86.

⁴⁴⁵ M. GARSCHAGEN, "Indonesië wil weer baas in eigen huis zijn", *NRC*, 12 maart 2015, <https://www.nrc.nl/nieuws/2015/03/12/indonesie-wil-weer-baas-in-eigen-huis-zijn-1469893-a1399595>; H. LAMPUNG UNIVERSITY, "Bilateral Investment Treaties (BITs) in Indonesia: A Paradigm Shift, Issues and Challenges", *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues* 2018, 1; D. PRICE, "Indonesia's Bold Strategy on Bilateral Investment Treaties: Seeking an Equitable Climate for Investment?", *Asian Journal of International Law* 2016, 134-135.

⁴⁴⁶ H. LAMPUNG UNIVERSITY, "Bilateral Investment Treaties (BITs) in Indonesia: A Paradigm Shift, Issues and Challenges", *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues* 2018, 4.

⁴⁴⁷ UNCTAD, "Recent Developments in International Investment Agreements", May 2018, 9, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d1_en.pdf.

de verdragen veroorzaken ophef. Protest tegen BIT's vloeit voort uit wantrouwen ten opzichte van investeerder-staat arbitrage.⁴⁴⁸ Enkele staten doen daarom beroep op nationale wetten.⁴⁴⁹ Brazilië gaf in dit opzicht de toon aan. Toen de periode aanbrak waarin BIT's significant groeiden, hield Brazilië voet bij stuk en weigerde het een investeringsverdrag te sluiten.⁴⁵⁰ Ook andere landen, zoals Ecuador, Venezuela en Zuid-Afrika, volgen het voorbeeld van Brazilië.⁴⁵¹

1. Beëindiging BIT's

133. Staten sluiten BIT's normaliter af voor een minimum periode van tien jaar, die bijna altijd stilzwijgend vernieuwd wordt. De ratio ligt voor de hand. De staat wil de investeerder een zeker niveau van voorzienbaarheid voorschotelen.⁴⁵² Anno 2019 lijken staten echter een ander doel na te streven. Ze trekken zich steeds meer terug uit investeringsverdragen. Hoe gaat dit in zijn werk en kan dit zomaar? In het algemeen zien we twee redenen die aanleiding geven tot de beëindiging van een investeringsverdrag. De eerste is ontevredenheid en vrees voor beroving van hun soevereiniteit. De tweede heeft daarentegen een geheel andere reden, nl. de bevoegdheidsoverdracht van de EU-lidstaten naar de Europese Unie.⁴⁵³ Sinds het Verdrag van Lissabon ligt de exclusieve bevoegdheid over FDI bij de EU. BIT's zijn niet meer nodig voor de materie begrepen onder een Europese overeenkomst bestaat. In dergelijk voorval kan de Europese Commissie vragen om de getroffen BIT's te vervangen.⁴⁵⁴

⁴⁴⁸ Dit wantrouwen groeide voornamelijk nadat aan het licht kwam dat enkele arbiters reeds de positie van raadsman bekleed hadden aan de kant van ondernemingen, in voormalige investeringszaken.

⁴⁴⁹ M. J. LUQUE MACIAS, "Reliance on Alternative Methods for Investment Protection through National Laws, Investment Contracts, and Regional Institutions in Latin America", in S. HINDELANG & M. KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 291-293.

⁴⁵⁰ M. J. LUQUE MACIAS, "Reliance on Alternative Methods for Investment Protection through National Laws, Investment Contracts, and Regional Institutions in Latin America", in S. HINDELANG & M. KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 293-294.

⁴⁵¹ *Ibid.*; J. HARRISON, "The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties", *The Journal of World Investment & Trade* 2012, 929; F. M. LAVOPA, L. E. BARREIROS & M. V. BRUNO, "How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Economic Law* 2013, 871.

⁴⁵² F. M. LAVOPA, L. E. BARREIROS & M. V. BRUNO, "How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Economic Law* 2013, 878-879; J. HARRISON, "The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties", *The Journal of World Investment & Trade* 2012, 933-934.

⁴⁵³ J. HARRISON, "The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties", *The Journal of World Investment & Trade* 2012, 930.

⁴⁵⁴ Art. 207 Consolidated Version of the Treaty for the Functioning of the European Union (TFEU), *Official Journal*, C83/47, 30 March 2010; Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, *OJ L 351*, 20.12.2012, 40-46.

134. In theorie lijkt het vrij eenvoudig om een BIT op te zeggen als het verdrag een beëindigingsclausule voorziet. Toch is de realiteit gecompliceerder. Zo is het ondenkbaar dat de staat meteen van alle verdragsverplichtingen verlost zal zijn. Zelfs als de staat het BIT beëindigd heeft, moet zij nog rekening houden met een latere uitwerking. Onder de zogenaamde *survival clause* of *sunset clause* blijven de investeringen gemaakt voor de datum van beëindiging beschermd voor een overeengekomen periode.⁴⁵⁵ Deze periode bedraagt meestal tien of vijftien jaar.⁴⁵⁶ Zo zal het BIT tussen Nederland en Indonesië, dat Indonesië langs haar kant opzegde, pas vijftien jaar na de formele datum van opzegging geen uitwerking meer hebben ten aanzien van investeerders. Toegepast op het BIT tussen Indonesië en Nederland, met officieel einde in juli 2015, zullen investeringen voltooid voor dat tijdstip nog van de bescherming genieten tot 2030.⁴⁵⁷ Indonesië schendt hier geen bepaling van internationaal recht omdat de opzegging geheel volgens de overeengekomen beëindigingsclausules gebeurt. De situatie is anders als dergelijke clausule onbestaande is in het verdrag.⁴⁵⁸ In dat geval wordt gekeken naar de bepalingen omtrent verdragsbeëindiging in het WVV. Artikel 54(b) WVV bepaalt dat beëindiging altijd mogelijk is met akkoord van alle verdragspartijen.⁴⁵⁹ Unilaterale beëindiging, zonder een clausule, is een stapje moeizamer.⁴⁶⁰ Artikel 56 stipuleert dat eenzijdige beëindiging slechts mogelijk is als de partijen de bedoeling hadden zulks te voorzien, of dit kan afgeleid worden uit de aard van het verdrag.⁴⁶¹ Steeds zal dit onderworpen zijn aan een opzeggingstermijn van twaalf maanden. Ten laatste zou de staat beroep kunnen doen op de bepalingen van artikel 60 tot en met 62 WVV, indien het om een materiële schending, onmogelijkheid van uitvoering of fundamentele wijziging van omstandigheden gaat. Enkel de laatste optie zal evenwel een realistische beëindigingsmogelijkheid behelzen.⁴⁶² Hoe dan ook zal een staat deze optie nog steeds niet kunnen invoeren om controle over haar regelgevende vrijheid terug te winnen. De praktische toepasbaarheid van beëindigingsmogelijkheden zonder een gestipuleerde clausule in het verdrag is mijns inziens als gevolg verwaarloosbaar.

⁴⁵⁵ H. LAMPUNG UNIVESITY, "Bilateral Investment Treaties (BITs) in Indonesia: A Paradigm Shift, Issues and Challenges", *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues* 2018, 9-10; I. REMELS, *Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 72.

⁴⁵⁶ F. M. LAVOPA, L. E. BARREIROS & M. V. BRUNO, "How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Economic Law* 2013, 879-880

⁴⁵⁷ D. PRICE, "Indonesia's Bold Strategy on Bilateral Investment Treaties: Seeking an Equitable Climate for Investment?", *Asian Journal of International Law* 2016, 141.

⁴⁵⁸ A. KULICK, *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 218.

⁴⁵⁹ Art. 54(b) WVV.

⁴⁶⁰ K. NOWROT, "Termination and Renegotiation of International Investment Agreements", in S. HINDELANG & M. KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 228; J. HARRISON, "The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties", *The Journal of World Investment & Trade* 2012, 930-941.

⁴⁶¹ Art. 56 WVV.

⁴⁶² J. HARRISON, "The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties", *The Journal of World Investment & Trade* 2012, 940-941.

135. Een tweede probleem schuilt in de wijze van opzegging. De verdragspartijen kunnen het BIT unilateraal – eenzijdig – of multilateraal opzeggen. Zuid-Afrika begon in 2009 met een grondige herziening van haar bestaande investeringsverdragen. Sindsdien heeft het land BIT's met onder meer België en Luxemburg, Spanje, Duitsland, Zwitserland en Nederland opgezegd of kennis gegeven het BIT op te zeggen.⁴⁶³ Het nadeel is wel dat een unilaterale opzegging niet meteen een positief signaal geeft aan bestaande en toekomstige investeerders.⁴⁶⁴

136. Voorts heerst een discussie of BIT's al dan niet deel uitmaken van het internationaal gewoonterecht.⁴⁶⁵ Indien het antwoord 'ja' zou zijn, stelt de vraag zich hoe nuttig het is om zich terug te trekken uit de BIT's. Dit is naar mijn mening een stap te ver. We spreken nu al van het *spaghetti bowl* effect van BIT's, omwille van de immer groeiende hoeveelheid. Daarenboven heeft elke staat over de inhoud van het BIT diverse zienswijzen. Met resultaat in de rechtspraak, die inconsistent is en snel evolueert. Om van internationaal gewoonterecht te spreken, is er vooreerst statenpraktijk en *opinio juris* nodig. Ondanks we zeker kunnen besluiten dat statenpraktijk aanwezig is, gaat eenzelfde bewering niet op voor *opinio juris*. Er is nog onvoldoende eensgezindheid over minimumstandaarden, en alhoewel talloze verdragen de principes codificeren lijkt dit mijns inziens niet genoeg om van een algemene, uniforme overtuiging te spreken.⁴⁶⁶ Daarom dienen BIT's naar mijn mening beschouwd te worden als een *lex specialis* ten opzichte van het algemeen internationaal recht.⁴⁶⁷

2. Beëindiging ICSID-Conventie

137. Terugtrekken uit BIT's is niet de enige optie. Een alternatieve (intuïtieve) reactie van de staat is de opzegging van de ICSID-Conventie. Een aantal staten, waaronder Bolivia, Ecuador en Venezuela, trok zich recentelijk reeds terug.⁴⁶⁸ Zij beschuldigen ICSID ervan 'biased' te zijn, ten voordele van grote ondernemingen. Ze kaarten het gebrek aan beroepsmogelijkheden aan en brengen weinig begrip op voor enerzijds de vertrouwelijkheid van de procedures terwijl

⁴⁶³ K. NOWROT, "Termination and Renegotiation of International Investment Agreements", in S. HINDELANG & M. KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 234.

⁴⁶⁴ F. M. LAVOPA, L. E. BARREIROS & M. V. BRUNO, "How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Economic Law* 2013, 879.

⁴⁶⁵ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 175-176.

⁴⁶⁶ Voor een gedetailleerde bespreking van investeringsrecht en internationaal gewoonterecht wordt verwezen naar Harrison. Hij haalt nauwgezette argumenten aan voor beide kanten; J. HARRISON, "The International Law Commission and the Development of International Investment Law", *George Washington International Law Review* 2013, 101-128.

⁴⁶⁷ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 176-177.

⁴⁶⁸ K. NOWROT, "Termination and Renegotiation of International Investment Agreements", in S. HINDELANG & M. KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 233.

de geschillen zich anderzijds in context van het openbaar belang afspelen.⁴⁶⁹ Vooraleer de staat een claim voorgeschoteld krijgt, moet zij immers partij zijn onder de ICSID-Conventie. In feite moeten drie cumulatieve, formele vereisten vervuld zijn.⁴⁷⁰ Ten eerste moeten beide partijen in het geschil instemmen met de jurisdictie van de ICSID-Conventie. Ten tweede moet de verwerende partij (de staat) een verdragssluitende partij zijn onder de ICSID-Conventie. Als laatste moet ook de staat waarvan de buitenlandse investeerder de nationaliteit bezit een verdragssluitende partij zijn onder de conventie. Zonder de vervulling van de tweede reden bezit een ICSID-tribunaal simpelweg niet de bevoegdheid om over een investeerder-staat geschil te beslissen.

138. Op grond van artikel 71 ICSID-Conventie heeft de opzegging zes maanden na de formele ontvangst uitwerking.⁴⁷¹ De opzegging heeft geen invloed op rechten en verplichtingen die voortvloeien uit beslissingen voor de ontvangst van kennisgeving.⁴⁷² Dit is een factor die de staat in overweging moet nemen bij het maken van de beslissing. Rechtszaken kunnen als gevolg ook nadat zij niet langer verdragspartij onder de ICSID-Conventie zijn, aanslepen. Daarnaast is ICSID niet de enige vorm van arbitrage op internationaal investeringsniveau. UNCITRAL, het orgaan vanuit de Verenigde Naties, is evenzeer veelvoorkomend.⁴⁷³ De investeerder kan derhalve – op grond van het BIT – beroep doen op andere instrumenten om de staat aan te klagen. Voorts kan de andere verdragssluitende staat – waarvan de investeerder de nationaliteit heeft – de staat aanklagen voor het verbreken van haar verbintenis.⁴⁷⁴ Voorts is een MFN-clausule, waar toepasselijk, problematisch. De clausule laat niet enkel toe om substantiële bepalingen van investeringsbescherming te importeren. Procedurele bepalingen kunnen evenzeer uit andere BIT's geïmporteerd

⁴⁶⁹ C. TIETJE, K. NOWROT, C. WACKERNAGEL, "Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID", *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2008, 5.

⁴⁷⁰ F. M. LAVOPA, L. E. BARREIROS & M. V. BRUNO, "How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Economic Law* 2013, 874.

⁴⁷¹ Art. 71 ICSID-Conventie.

⁴⁷² Art. 72 ICSID-Conventie.

⁴⁷³ Naast ICSID (het populairste forum), geniet UNCITRAL nog een zekere bekendheid. Resterende internationale fora zijn minder gekend, zoals de regelen van de *International Chamber of Commerce* (ICC) of het Afrikaanse *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA); UNCTAD, "Investment Laws: A Widespread Tool for the Promotion and Regulation of Foreign Investment", November 2016, 11, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d5_en.pdf; F. M. LAVOPA, L. E. BARREIROS & M. V. BRUNO, "How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Economic Law* 2013, 878.

⁴⁷⁴ F. M. LAVOPA, L. E. BARREIROS & M. V. BRUNO, "How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Economic Law* 2013, 878.

worden.⁴⁷⁵ Interpretatie van arbiters vertoont tot nog toe geen coherentie. Soms wordt aanvaard dat procedurele bepalingen deel uitmaken van het MFN-principe, soms ook niet.⁴⁷⁶

139. In elk geval omvat de opzegging van de ICSID-Convention enkel een uitweg van het ISDS-systeem. Het laat staten niet toe om materiële verplichtingen ten aanzien van haar investeerders te omzeilen.⁴⁷⁷ Regelgevende controle terugwinnen via deze weg is daarom naar mijn mening evenzeer ontoereikend.

3. Heronderhandeling van BIT's

140. Een BIT opzeggen of zich terugtrekken uit de ICSID-Convention, is een doortastende beslissing. Een minder ingrijpende wijziging is bijvoorbeeld het BIT heronderhandelen. De heronderhandelingsrondes verzekeren overeenstemming vanuit beide partijen. Het aangepaste investeringsverdrag zal daarenboven meteen van kracht zijn. Loutere aanpassingen aan het BIT zijn immers niet onderhevig aan de macht van de survival clause.⁴⁷⁸ Staten moeten uiteraard wel bereidwillig zijn om het BIT te wijzigen. Indien de andere verdragsluitende partij niet wil meewerken, zal de staat die vastberaden is geen andere uitweg zien dan het verdrag op te zeggen. Tenslotte moeten we wederom aandachtig zijn voor de valkuilen van de MFN-clausule.⁴⁷⁹ Zolang deze clausule ongewijzigd blijft, zal de investeerder via MFN zich nog steeds op voordeligere clausules uit oudere investeringsverdragen beroepen.⁴⁸⁰ De MFN-clausule alsmede wijzigen is de enige oplossing. Retroactieve toepassing wordt uitgesloten door te bepalen dat het MFN-principe enkel van toepassing is voor investeringsovereenkomsten die in werking getreden zijn na de datum van het aangepaste verdrag in kwestie. Op die manier kunnen de investeerders slechts beroep doen op MFN voor navolgende verdragen.

141. Radicale handelingen zoals het zich terugtrekken uit BIT's en de ICSID-Convention lijken instinctief een goede oplossing. Toch zijn er enkele addertjes onder het gras die het gewenste effect van de beslissing weleens teniet zouden

⁴⁷⁵ C. TIETJE, K. NOWROT, C. WACKERNAGEL, "Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID", *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2008, 30.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ A. KULICK, *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 219-229.

⁴⁷⁸ *Supra* nr. 134; F. M. LAVOPA, L. E. BARREIROS & M. V. BRUNO, "How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Economic Law* 2013, 882-883

⁴⁷⁹ *Supra* nr. 25.

⁴⁸⁰ S. H. NIKIEMA, "The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties", *IISD Best Practices Series* 2017, 21-22; F. M. LAVOPA, L. E. BARREIROS & M. V. BRUNO, "How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Economic Law* 2013, 890.

doen. Het sterke signaal dat een staat wil uiten, bereikt zo niet het beoogde doel. En dat doel blijft nog steeds een optimale waarborg van haar eigen rechten. De meest geschikte oplossing is in mijn opinie het heronderhandelen van BIT's. Het bewerkstelligt een constructieve sfeer tussen beide partijen, waarin FDI nog altijd gefaciliteerd wordt en de rechten van staten het nieuwe elan krijgen dat ze verdienen.

Afdeling VI. Nationaal investeringskader

142. Als er geen BIT voorhanden is, door een bewuste of onbewuste keuze, kunnen we nog altijd terugvallen op het nationaal wetgevend kader of het internationaal recht. De staat kiest vrij in haar beleid hoe en of zij zo'n investeringswet aanneemt. Het merendeel van staten heeft al enige tijd een dergelijk kader uitgewerkt. Het is in het belang van de staat dat haar eigen investeringswetten overeenstemmen met de BIT's. Samen met investeringsverdragen is het per slot van rekening de belangrijkste bron voor de regeling van investeringen tussen landen onderling.⁴⁸¹

143. Een nationale investeringswet kent ongeveer dezelfde opbouw als een investeringsverdrag. Een gedetailleerde bespreking van de algemene kenmerken is in deze masterproef echter niet aan de orde. Evenwel is het aangeraden dat staten de nodige aandacht aan deze investeringswetten schenken. Het UNCTAD voerde onlangs een onderzoek uit waarin werd vastgesteld dat de nationale investeringswetten grotendeels achterophinken.⁴⁸² Actuele kwesties zoals duurzame ontwikkeling en CSR ontbreken in de wetten. Vermelding van facilitering van investeringen, of toegang tot investeringsarbitrage is zeldzaam. Terwijl internationale instrumenten de toegang tot internationale fora beperken, blijft het nationaal kader onaangepast. Incongruentie tussen nationaal en internationaal investeringsbeleid kunnen zo in één knip de inspanningen van staten ongedaan maken, want investeerders kunnen bescherming claimen op basis van het internationale en het nationale instrument. Aan de andere kant zagen we reeds dat nationale wetten ook verplichtingen voor de investeerders kunnen meebrengen.⁴⁸³ Nationale actie is daarom hoognodig.

⁴⁸¹ UNCTAD, "Investment Laws: A Widespread Tool for the Promotion and Regulation of Foreign Investment", November 2016, 2, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d5_en.pdf.

⁴⁸² UNCTAD, "Investment Laws: A Widespread Tool for the Promotion and Regulation of Foreign Investment", November 2016, 11, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d5_en.pdf.

⁴⁸³ K. NOWROT, "Obligations of Investors", in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE & A. REINISCH, *International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, 1170.

Afdeling VII. Verwezenlijking van het algemeen belang

1. Right to regulate clause

144. Een algemene *right to regulate* clause stelt de regelgevende vrijheid van de gaststaat veilig, en is op allerlei vlakken toepasbaar. Het is een mogelijke oplossing om claims van investeerders tegen een niet-discriminerend beleid in het algemeen belang te voorkomen.⁴⁸⁴ BIT's verwijzen meer dan vroeger expliciet naar het behoud van voldoende regelgevende flexibiliteit.⁴⁸⁵ Het *right to regulate* is tegenwoordig een algemeen aanvaardde clause geworden, dat afstamt van de gewoonterechtelijke *police powers* doctrine uit het internationaal recht. Die doctrine wordt gedefinieerd als volgt:

*"The power of the State to place restraints on the personal freedom and property rights of persons for the protection of the public safety, health, and morals or the promotion of the public convenience and general prosperity. The police power is subject to limitations of the federal and State constitutions, and especially to the requirement of due process. Police power is the exercise of the sovereign right of a government to promote order, safety, security, health, morals and general welfare within constitutional limits and is an essential attribute of government."*⁴⁸⁶

145. In de definitie vinden we zekere elementen van algemeen belang terug. Daaruit zouden we kunnen afleiden dat maatregelen genomen in dat algemeen belang niet compenseerbaar zijn ten aanzien van de investeerder.⁴⁸⁷ Zulks aannemen houdt echter het betere giswerk in, want ondanks de algemene consensus over de *police powers* doctrine, bestaat er geen consensus over het verschil tussen een compenseerbare en niet-compenseerbare maatregel voor de buitenlandse investeerder. *Right to regulate* kunnen we in navolging van de definitie gegeven door het IISD omschrijven

⁴⁸⁴ C. HENCKELS, "Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA and TTIP", *Journal of International Economic Law* 2016, 27.

⁴⁸⁵ UNCTAD, "Recent Developments in International Investment Agreements", May 2018, 6, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d1_en.pdf.

⁴⁸⁶ Definitie uit Black's Law Dictionary, Sixth Edition, p. 1156.

⁴⁸⁷ H. MANN, "International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities", *International Institute for Sustainable Development* 2008, 18.

als het soeverein handelen van een staat in het algemeen belang, zonder de plicht tot compensatie aan de investeerder.⁴⁸⁸ In *Chemtura v. Canada* beargumenteerde Canada dit als volgt:⁴⁸⁹

“Fundamentally, this case is about a government banning the use of a dangerous chemical in order to protect public health... In the police powers context, the inquiry is a different one: was the government acting to protect public health in a manner that was non-discriminatory, not excessive, non-arbitrary, and in good faith? If the answer to this question is yes, then the Claimant does not – at international law – have a right to compensation.”

Canada baseert zich op de redenering van het tribunaal in *Saluka v. Czech Republic*. In deze vaak geciteerde zaak werd het volgende bepaald. Het ging om een mogelijke schending van de FET-standaard en onteigening.⁴⁹⁰

“It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare... The determination of a breach of (the FET standard) by the Czech Republic therefore requires a weighing of the Claimant's legitimate and reasonable expectations on the one hand and the Respondent's legitimate regulatory interests on the other.”

146. Het *right to regulate* wordt beschouwd als een recht op zichzelf en geen uitzondering. Dit is een belangrijk onderscheid, want excepties worden restrictief geïnterpreteerd terwijl een bevestigend recht een volwaardige interpretatieve kracht moet worden toegekend.⁴⁹¹ Zoals we verder zullen onderzoeken, blijkt er geen eenvormige interpretatiemethode voor deze clausules. Daarom is klare taal in deze clausules van groot belang.⁴⁹² Een expliciete clause die het *right to regulate* van de gaststaat erkent, kan – wanneer naar behoren opgesteld – een betere balans tussen rechten van staten en ondernemingen bewerkstelligen. In vele investeringsakkoorden blijkt zo'n clause echter

⁴⁸⁸ Het IISD omschrijft *right to regulate* als *states' sovereign right to regulate in the public interest—their policy space*, <https://www.iisd.org/itn/2018/07/30/making-the-right-to-regulate-in-investment-law-and-policy-work-for-development-reflections-from-the-south-african-and-brazilian-experiences-fabio-morosini/>.

⁴⁸⁹ UNCITRAL *Chemtura Corporation v. Canada*, 10 juli 2009, *Respondent's Rejoinder Memorial*, paras. 283, 288, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8260.pdf>.

⁴⁹⁰ UNCITRAL *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, 17 maart 2006, *Partial Award*, paras. 255, 306, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>.

⁴⁹¹ H. MANN, "Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development", *Lewis & Clark Law Review* 2013, 540.

⁴⁹² A. KULICK, *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 235-236.

een lege doos met weinig juridische waarde.⁴⁹³ Zo vinden we in het vrijhandelsakkoord tussen Singapore en de Europese Vrijhandelszone van Liechtenstein, Noorwegen, IJsland en Zwitserland de volgende bepaling terug:⁴⁹⁴

"Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure consistent with this Chapter that is in the public interest, such as measures to meet health, safety or environmental concerns."

Een maatregel in het algemeen belang kan bijgevolg vanalles inhouden, zoals mensenrechten, maar door de vereiste '*consistent with this Chapter*' komt van de verwezenlijking van dit algemeen belang niet veel in huis. Hiermee doelt men op het feit dat de uitzondering enkel wordt toegelaten indien ze overeenstemt met het desbetreffende hoofdstuk. Met andere woorden, overeenkomstig de beschermingsbepalingen van de buitenlandse investeerder voorzien in het akkoord. Een wetwijziging kan door die verwoording enkel legitiem zijn als ze het investeringsverdrag niet schendt. Dergelijke taal is momenteel wijdverspreid en maakt het voor de staat heel wat moeizamer haar rechten uit te oefenen.⁴⁹⁵ Om die reden is een beperking van de draagwijdte van het *right to regulate* nodig. Afhankelijk van hoeveel navigerruimte de staat wenst te bewaren, is het van van belang dat zij een nauwkeurige woordkeuze maakt. '*Necessary*' leidt tot een strikte interpretatie, en minder beleidsvrijheid voor de staat. '*Designed to achieve*', '*aimed at*' of '*related to the public policy*' staan een minder strikte interpretatietest toe. Om twistpunten achteraf te vermijden, denkt de staat dus beter goed na over haar woordkeuze.⁴⁹⁶ CETA geeft het goede voorbeeld. In artikel 8.9 CETA, gewijd aan het *right to regulate*, is de vereiste '*consistent with this Chapter*' niet begrepen. Zo zet het vrijhandelsverdrag een positieve verplichting uiteen.⁴⁹⁷ De wijziging van een wet schendt dus niet meteen de investeringsbepaling. Het eerste lid van het *right to regulate*-artikel uit CETA somt de doelen op van algemeen belang waarin de staat haar regelgevende vrijheid mag benutten. Het artikel luidt als volgt:

⁴⁹³ H. MANN, "International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities", *International Institute for Sustainable Development* 2008, 19.

⁴⁹⁴ Art. 43 Free Trade Agreement between the EFTA States and Singapore, 26 June 2002, <https://www.efta.int/media/documents/legal-texts/free-trade-relations/singapore/EFTA-Singapore%20Free%20Trade%20Agreement.pdf>.

⁴⁹⁵ H. MANN, "International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities", *International Institute for Sustainable Development* 2008, 19.

⁴⁹⁶ UNCTAD, Investment Policy Framework on Sustainable Development, 2015, 102, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf.

⁴⁹⁷ L. PUCCIO, "CETA: Investment and the right to regulate", February 2017, European Parliament, 2, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/599265/EPRS_ATA\(2017\)599265_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/599265/EPRS_ATA(2017)599265_EN.pdf); art. 8.9 CETA.

“1. For the purpose of this Chapter, the Parties reaffirm their right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment or public morals, social or consumer protection or the promotion and protection of cultural diversity.”

2. Exceptions clause

2.1. Algemene uitzondering

147. De *exceptions* clause is ongeveer hetzelfde als een *right to regulate* clause, maar is rechtstreeks geïnspireerd op art. XX van het *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT).⁴⁹⁸ De uitzonderingen geven een signaal aan de arbiter: het doel van dit verdrag, namelijk investeringsbescherming, mag niet ten koste gaan van de openbare orde.⁴⁹⁹ Thema's die aan bod komen betreffen onder andere gezondheid, het milieu en het behoud van natuurlijke rijkdommen. Het gaat voornamelijk om uitzonderlijke situaties waarin de staat maatregelen mag nemen zonder het toepasselijk verdrag te schenden. De maatregelen zijn gerechtvaardigd op voorwaarde dat zij niet discriminatoir of willekeurig worden toegepast in vergelijking met landen die in een gelijke toestand verkeren. Deze optie bevat vele mogelijkheden. Desondanks maken nog niet zoveel staten er gebruik van. Tot op heden is Canada een van de meest vooruitstrevende voorbeelden met de exceptie in het Canadees Model BIT.⁵⁰⁰

“Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary:

(a) to protect human, animal or plant life or health;

(b) to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement; or

⁴⁹⁸ M-C. CORDONIER SEGGER & A. NEWCOMBE, “Chapter 6: An Integrated Agenda for Sustainable Development in International Investment Law”, in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 127;

⁴⁹⁹ C. HENCKELS, “Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions”, *Boston College Law Review* 2018, 2829.

⁵⁰⁰ M-C. CORDONIER SEGGER & A. NEWCOMBE, “Chapter 6: An Integrated Agenda for Sustainable Development in International Investment Law”, in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 127; art. 10 Canada Model Bilateral Investment Treaty, 2004, <https://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>; A. NEWCOMBE, “Sustainable Development and Investment Treaty Law”, *Journal of World Investment & Trade* 2007, 400-401.

(c) for the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.”

148. Het artikel gaat nog verder met een extensieve lijst uitzonderingen. Ook CETA neemt de algemene uitzonderingen van art. XX GATT over en is zeer gedetailleerd.⁵⁰¹ De algemene uitzonderingen komen tegemoet aan de noden van gaststaten. De excepties nemen de illegaliteit weg van acties die puur gezien in strijd zijn met verplichtingen uit het investeringsakkoord.⁵⁰² Het nadeel is dat de clause wel een ontzettend ruime discretionaire bevoegdheid aan het arbitrage-tribunaal laat.⁵⁰³ De arbiter moet naast een proportionaliteitstoets eveneens nagaan of de betwiste maatregel niet discriminerend of willekeurig is. De staat is aan zet om te bewijzen dat hun regelgevende actie niet in strijd is met de vereiste voorwaarden. Er wordt daarom vanuit gegaan dat zij de bewijslast dragen. Hoe exacter de staat de clause aldus omschrijft, hoe beter, want het is uiteraard niet de bedoeling dat de staat deze clause naar believen kan invoeren. Er mag geen perceptie ontstaan bij investeerders dat de staat zulke clauses misbruikt om zich te onttrekken aan haar verdragsverplichtingen.⁵⁰⁴ Een meldingsplicht is eventueel een oplossing. Alvorens de staat een uitzonderlijke maatregel neemt, zou zij de andere verdragsluitende partij op de hoogte kunnen brengen. Op die manier kan de gaststaat zich niet zomaar tijdens een procedure verschuilen achter een *exception* clause.⁵⁰⁵

2.2. Nationale veiligheid

149. De nationale veiligheid is eveneens een legitiem doel. Het is een actueel thema, en dat gaat ook in het investeringsrecht niet onopgemerkt voorbij. In de periode van november 2018 tot februari 2019 constateerde het UNCTAD dat verschillende, ontwikkelde staten de nationale veiligheidscontroles aanscherpten.⁵⁰⁶ België vaardigde laatst een regeling uit ter bescherming van de nationale veiligheid, met name een restrictiever mechanisme dat intervenueert in buitenlandse overnames onder bepaalde voorwaarden.⁵⁰⁷

⁵⁰¹ Art. 28.3 CETA.

⁵⁰² M-C. CORDONIER SEGGER & A. NEWCOMBE, “Chapter 6: An Integrated Agenda for Sustainable Development in International Investment Law”, in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 128.

⁵⁰³ P. MUCHLINSKI, “Negotiating New Generation International Investment Agreements: New Sustainable Development Oriented Initiatives”, in S. HINDELANG & M. KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 56.

⁵⁰⁴ I. REMELS, *Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 68.

⁵⁰⁵ I. REMELS, *Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 69.

⁵⁰⁶ UNCTAD, Investment Policy Monitor No. 21, March 2019, 1.

⁵⁰⁷ UNCTAD, Investment Policy Monitor No. 21, March 2019, 3.

150. Uitzonderingen in het belang van de nationale veiligheid mogen niet verward worden met *jus cogens*. Als de staat maatregelen neemt om schendingen van deze norm te voorkomen, zal dit het investeringsverdrag nooit schenden.⁵⁰⁸ *Jus cogens* is een onaantastbare volkenrechtelijke term die de top van de hiërarchische piramide in het internationaal recht bekleedt. Alle staten aanvaarden deze norm of worden tenminste geacht deze te aanvaarden. De meest ernstige schendingen zoals foltering, genocide of slavernij kunnen op geen enkele manier bescherming genieten.

2.3. Specifieke uitzonderingen of carve-outs

151. Een volgende optie ter beschikking van de gaststaat is het maken van specifieke uitzonderingen of zogenaamde 'carve-outs'. Een geheel beleidsgebied of sector wordt vrijgesteld van de toepassing van het investeringsverdrag.⁵⁰⁹ Het vrijhandelsverdrag tussen Australië en Singapore bijvoorbeeld bevat een 'carve-out' voor de tabaksindustrie.⁵¹⁰ De keuze voor de tabakssector is niet echt verwonderlijk na de reusachtige claims van Philip Morris.

2.4. Voorbehouden

152. Ten derde kan een staat een voorbehoud maken. Een voorbehoud is gelijkaardig aan een specifieke uitzondering, met dat verschil dat de staat het voorbehoud unilateraal maakt. Er wordt derhalve geen akkoord bereikt tijdens de onderhandelingen. De bepaling kan opnieuw een gehele sector beslaan.⁵¹¹ De voorbehouden vervullen allerlei functies, bijvoorbeeld met betrekking tot duurzame ontwikkeling, en zijn er steeds op gericht de regelgevende vrijheid van de gaststaat te bewaren.⁵¹²

3. Interpretatieproblematiek

153. We haalden het eerder bij de bespreking van de *right to regulate* clause aan. Ondanks het potentieel van deze clauses, is het niet duidelijk hoe arbiters het zullen interpreteren. Het begint een kenmerk van investeringsarbitrage

⁵⁰⁸ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 399.

⁵⁰⁹ C. HENCKELS, "Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions", *Boston College Law Review* 2018, 2828.

⁵¹⁰ Art. 22, Chapter 8 Free Trade Agreement between Singapore and Australia, <https://dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/safta/official-documents/Documents/safta-chapter-8-171201.pdf>.

⁵¹¹ C. HENCKELS, "Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions", *Boston College Law Review* 2018, 2828.

⁵¹² M-C. CORDONIER SEGGER & A. NEWCOMBE, "Chapter 6: An Integrated Agenda for Sustainable Development in International Investment Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING, et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 128-129.

te worden: er is geen rode draad doorheen de gevelde arresten. Sommige tribunalen zien het invoeren van de clausules als een grond van noodtoestand, dit zagen we bijvoorbeeld in enkele van de *Argentina cases*.⁵¹³ Anderen beschouwen de uitzonderingen als een fiat om de draagwijdte van de voorziene investeringsbescherming in te perken.⁵¹⁴ Deze laatste interpretatie zet de staat in een sterkere positie, en dat is welkom want de excepties worden vaak restrictief geïnterpreteerd. Daarom is het dermate belangrijk dat de opgelegde verplichtingen genuanceerd, afgewogen en substantieel verrijnd zijn. De staat neemt bij voorkeur haar tijd om te kiezen welke belangen, en hoe zij deze in een investeringsverdrag wil incorporeren. Louter 'copy-pasting' van bepalingen uit andere BIT's kan de staat zuur opbreken.⁵¹⁵

154. Er zou dus een uniforme interpretatiemethode moeten komen die toch nog genoeg flexibiliteit toelaat en de status quo herstelt. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ontwikkelde de doctrine van de '*margin of appreciation*'; oorspronkelijk niet bedoeld voor het investeringsrecht maar wel reeds toegepast in de Philip Morris zaak. Critici waarschuwen als gevolg voor 'het betere knip-en-plakwerk' over de rechtsdomeinen heen.⁵¹⁶ De doctrine laat een zekere beoordelingsruimte toe voor de regelgevende vrijheid van staten.⁵¹⁷ Het bepaalt dat staten zich in een betere positie bevinden om te oordelen over gepaste en geschikte maatregelen in een noodsituatie dan internationale arbiters.⁵¹⁸ Indien dit een gangbare praktijk zou worden in het investeringsrecht, kunnen beslissingen voortaan op een gelijkere manier met beide belangen van de partijen gemaakt worden. Desondanks toetsen arbiters de statelijke maatregelen evenzeer aan het beginsel van goede trouw. Of er dus effectief veel beoordelingsruimte overblijft wordt in vraag gesteld.⁵¹⁹ De *margin of appreciation* gunt de staat manoeuvreerruimte in het nakomen van haar verdragsverplichtingen onder het motto dat statelijke soevereiniteit eerbied verdient, maar de toepassing ervan blijft helaas een discussiepunt.⁵²⁰ Daardoor lijkt de doctrine nog niet geschikt om de arbitragewereld een leidraad te bieden in haar zoektocht naar een uniforme interpretatie.

⁵¹³ *Supra* nrs. 72-79.

⁵¹⁴ C. HENCKELS, "Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions", *Boston College Law Review* 2018, 2831-2834.

⁵¹⁵ C. HENCKELS, "Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions", *Boston College Law Review* 2018, 2843-2844.

⁵¹⁶ I. REMELS, *Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 79.

⁵¹⁷ *Supra* nr. 42.

⁵¹⁸ I. REMELS, *Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 79.

⁵¹⁹ I. REMELS, *Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 69.

⁵²⁰ J. ARATO, "The Margin of Appreciation in International Investment Law", *Virginia Journal of International Law* 2014, 549; G. ZARRA, "Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay", *Brazilian Journal of International Law* 2017, 108-110.

155. Nauw aansluitend bij de doctrine van beoordelingsruimte is de proportionaliteitstest.⁵²¹ Het proportionaliteitsprincipe daarentegen is wel zeer bekend in het internationaal recht, en is zelfs een primaire bron.⁵²² De algemeen aanvaarde proportionaliteitstoets is waarschijnlijk een veiliger instrument om de regelgevende vrijheid van staten te beoordelen, aangezien dit principe vrij van discussie staat. Het arbitraal college maakt in deze toets een balans op van de beperking van de investeerdersrechten ten opzichte van het gewin aan een ruimte voor een statelijk doel in het algemeen belang. De maatregel dient geschikt, noodzakelijk en proportioneel *sensu stricto* te zijn, dat wil zeggen dat zij de rechten van investeerders niet te restrictief mag beperken in verhouding tot het beoogde doel.

156. Zoals eerder besproken speelt ook het WVV een pertinente rol bij het interpreteren van een investeringsverdrag. Aan de hand van artikel 31, 3(c) WVV zou de arbiter alle 'relevante' bepalingen van internationaal recht in acht moeten nemen. We zagen in dit opzicht dat er eveneens verschillende methodes courant waren. Wat interpretatie betreft zijn er dus veel te veel benaderingen, waardoor het niet onwaarschijnlijk is dat de arbiter de bomen door het bos niet meer ziet.

KLEINHEISTERKAMP stelt daarom een rechtsvergelijkend onderzoek voor om een nieuw *soft law* instrument samen te stellen op gebied van investeringsrecht dat, net zoals het Weens Koopverdrag voor het internationaal handelsrecht, de juiste richting wijst in de interpretatiemogelijkheden.⁵²³ Een benadering aangepast aan de derde generatie investeringsverdragen, waarin de rechten van staten en investeerders gebalanceerd is afgewogen, kan zo tot stand komen. Speciale aandacht dient hier logischerwijze uit te gaan naar de legitieme uitoefening van de soevereiniteit van de gaststaat.⁵²⁴ Dergelijk instrument biedt de arbitrale rechtspraak een houvast, zonder het oorspronkelijke doel van het investeringsverdrag te ondergraven.

Een tweede rechtsgeleerde, CONNOLLY, ging eveneens op zoek naar een methode die een uniforme interpretatie realiseert.⁵²⁵ Ze oppert een soort van databank van investeringsterminologie als gids voor verdragsopstellers en arbiters. Iedere staat zou dan een 'woordenboek' van de termen gebruikt in haar model BIT horen in te dienen, met bijbehorende

⁵²¹ Voor een uitgebreide analyse van de *margin of appreciation*, zie G. ZARRA, "Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay", *Brazilian Journal of International Law* 2017, 95-120.

⁵²² G. ZARRA, "Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay", *Brazilian Journal of International Law* 2017, 97.

⁵²³ J. KLEINHEISTERKAMP, "Investment Treaty Law and the Fear for Sovereignty: Transnational Challenges and Solutions", *The Modern Law Review* 2015, 819-820; I. REMELS, *Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 77-78.

⁵²⁴ J. KLEINHEISTERKAMP, "Investment Treaty Law and the Fear for Sovereignty: Transnational Challenges and Solutions", *The Modern Law Review* 2015, 823.

⁵²⁵ K. CONNOLLY, "Say What You Mean: Improved Drafting Resources as a Means for Increasing the Consistency of Interpretation of Bilateral Investment Treaties", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2007, 1583; I. REMELS, *Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 77-78.

uitleg, draagwijdte en connotaties.⁵²⁶ Foute interpretaties van verdragsbepalingen worden vermeden en het geeft de staat een kans om meer inspraak te hebben in het besluitvormingsproces. Op basis van de databank kan de arbiter de belangen van de staat nauwkeuriger vormen. Dit garandeert meer rechtszekerheid en voorkomt onevenwichtige beslissingen. Ook de belangen van minder ontwikkelde staten, die doorgaans in een zwakkere onderhandelingspositie staan, zijn dan in deze databank vervat.⁵²⁷

157. Eventueel kan de staat kan daarnaast een clause opnemen die de interpretatie van de openbare orde-exceptie moet verduidelijken *tijdens* de procedure. Het is een meer verzoenende aanpak. De partijen overleggen dan samen over de draagwijdte van de exceptie. Daarna komen ze tot een bindend gezamenlijk oordeel dat uitmaakt of de maatregel al dan niet binnen de reikwijdte van de exceptie valt.⁵²⁸

Hoofdstuk III. Procedurele oplossingen

Afdeling I. Investor State Dispute Settlement: vloek of zegen?

158. *'Investor State Dispute Settlement'* (ISDS) of investeerder-staat arbitrage is een zeer bekritiseerd systeem van internationale geschillenbeslechting. Private investeerders leggen hun claim voor aan een internationaal arbitragetribunaal waar de aangeklaagde staten onderworpen zijn aan het oordeel van de arbiter. Toegegeven beschikt het systeem niet over alle democratische waarborgen waarover nationale rechtbanken en hoven wel beschikken. Buitenlandse investeerders dwingen hun rechten ten opzichte van de staat af voor een internationale arbiter, op grond van een jurisdictionele clause in het investeringsverdrag waarin de staat haar instemming heeft verleend. Investeringsarbitrage verleent zo een directe toegang tot claims voor soevereine handelingen van de gaststaat. Voorafgaande uitputting van lokale rechtsmiddelen is meestal niet vereist, waardoor de investeerder zich quasi-onmiddellijk in een machtige rechtsomgeving bevindt.⁵²⁹ Het beleid dat ontwikkeld en verdedigd is door nationale parlementen en gerechtshoven wordt aan het vuurpeloton dat het arbitragetribunaal uitmaakt, overgeleverd.

⁵²⁶ K. CONNOLLY, "Say What You Mean: Improved Drafting Resources as a Means for Increasing the Consistency of Interpretation of Bilateral Investment Treaties", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2007, 1605.

⁵²⁷ K. CONNOLLY, "Say What You Mean: Improved Drafting Resources as a Means for Increasing the Consistency of Interpretation of Bilateral Investment Treaties", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2007, 1606.

⁵²⁸ UNCTAD, Investment Policy Framework on Sustainable Development, 2015, 104, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf.

⁵²⁹ A. NEWCOMBE, "Sustainable Development and Investment Treaty Law", *Journal of World Investment & Trade* 2007, 364.

Opperrechter ROBERTS van het Hooggerechtshof in de Verenigde Staten beschreef dit debacle als volgt: 'door te berusten in investeringsarbitrage laat een staat private arbiters toe haar publiek beleid te herzien en gezaghebbende akten van haar wetgevende, uitvoerende, en rechterlijke macht effectief te vernietigen'.⁵³⁰

159. Het is waar dat ISDS een gehekeld punt is in het investeringsrecht. Recentelijk ondernamen staten als gevolg actie. De nieuwe generatie investeringsverdragen wil het democratisch deficit in investeringsarbitrage verkleinen, want het aantal claims tegen staten blijft desondanks de reeds gedane inspanningen hoge pieken scheren.⁵³¹ De meeste claims hebben het bovendien op ontwikkelingsstaten gemunt.⁵³² Een studie van het UNCTAD wees uit dat het merendeel van de investeringsclaims in 2017 op basis van verdragen afgesloten in de jaren '80 en '90 werd gebracht.⁵³³ Naar mijn mening is dit een van de vele tekenen die de dringende vernieuwing van investeringsverdragen benadrukken. Staten brengen zichzelf in een benarde positie door conflicten te anno 2019 te laten beheersen door regels, die ontwikkeld zijn in een geheel verouderde context en tegemoetkomen aan andere noden.

Een gehele bespreking van de benodigde veranderingen aan de procedurele kant van het investeringsrecht die mogelijks de rechten van staten kunnen opwaarderen ligt ver buiten het opzet van deze masterproef. Er is echter één recent fenomeen dat toch een woordje uitleg verdient.

1. Counterclaims

1.1. Algemeen

160. In recente disputen duikt de trend van de counterclaims of tegenvorderingen op. Zulks kwam niet vaak voor in eerder afgesloten BIT's.⁵³⁴ Stilaan maken investeringsverdragen meermaals melding van de mogelijkheid tot een counterclaim en deze trend lijkt in de toekomst enkel te stijgen. Een analyse van deze claims is daarom op zijn plaats. Counterclaims geven het recht aan staten om verplichtingen ten aanzien van investeerders rechtstreeks af te dwingen.

⁵³⁰ Blogpost door Angel Gurría, "The growing pains of investment treaties", 13 oktober 2014, *OECD Insights: Debate the issues*, <http://oecdinsights.org/2014/10/13/the-growing-pains-of-investment-treaties/>.

⁵³¹ UNCTAD, "Recent Developments in International Investment Agreements", May 2018, 3-5, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d1_en.pdf; UNCTAD, "Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017", June 2018, 1-2, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d2_en.pdf.

⁵³² E. OSMANSKI, "Investor-State Dispute Settlement: Is There a Better Alternative?", *Brooklyn Journal of International Law* 2018, 640.

⁵³³ UNCTAD, "Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017", June 2018, 2, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d2_en.pdf.

⁵³⁴ UNCTAD, "Recent Developments in International Investment Agreements", May 2018, 5, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d1_en.pdf.

De claims laten de staat, die slachtoffer van een schending beweert te zijn, toe om investeerders voor een internationale arbiter te slepen wanneer de investeerder zijn verplichtingen niet nakomt en zo een gepaste schadevergoeding te bekomen. Het BIT tussen Colombia en de Verenigde Arabische Emiraten nam bijvoorbeeld een geschillenbeslechtingsslausule op in bijlage waarin de investeerder expliciet instemt met deze mogelijkheid.⁵³⁵ Nicaragua was de eerste staat om een arbitragezaak te beginnen tegen een buitenlandse investeerder. Alhoewel de partijen later overgingen tot een schikking, was het niettemin een primeur.⁵³⁶

161. Alhoewel de meeste arbitrageregelen, waaronder de bekende ICSID-Convention en de *UNCITRAL Arbitration Rules*, melding maken van de mogelijkheid tot counterclaims, blijven arbiters in de praktijk zeer weigerachtig ten opzichte van deze vorderingen.⁵³⁷ Toepassingen zijn zeldzaam en er is nog niet vaak bewustwording van de praktijk. Raadsheren van de statelijke partij zullen hierdoor niet snel geneigd zijn om suggesties met betrekking tot counterclaims te doen.⁵³⁸ Er zijn namelijk twee gewichtige obstakels in de toepassing van de counterclaims. De instemming van de investeerder tot dit mechanisme en de gevoelige kwestie van investeerdersverplichtingen verschuldigd aan de gaststaat brengen niet meteen eensgezindheid met zich mee. Vandaar dat ook de thuisstaat niet happig is om een clause tot gebruik van counterclaims in hun investeringsverdragen op te nemen. Nationale ondernemingen worden immers blootgesteld aan nieuwe vorderingen.⁵³⁹ De visie dat de investeerder aan de hand van BIT's beschermd wordt tegen willekeur vanwege de gaststaat komt beweerdelijk in gedrang.⁵⁴⁰

162. Hieraan willen counterclaims net verhelpen, ze beogen het onevenwicht tussen de investeerder en staat te herstellen door staten dit procedureel recht toe te kennen. We zagen doorheen deze masterproef bijvoorbeeld dat het bijzonder moeizaam is om investeerders tot de nakoming van hun verbintenissen te dwingen. Initiatieven zoals de UNGP's zijn noemenswaardig, maar op niet juridisch bindend. De counterclaims daarentegen zijn wel een juridisch uitvoerbaar mechanisme. De claims zijn van nature uit hoofdzakelijk defensief en trachten in sterke mate de primaire

⁵³⁵ Form 1(a) Annex II Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the United Arab Emirates, 2017, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5728/download>.

⁵³⁶ O.E. GARCIA-BOLIVAR, "Sovereignty vs. Investment Protection: Back to Calvo?", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 2009, 483.

⁵³⁷ H. MANN, "International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities", *International Institute for Sustainable Development* 2008, 14.

⁵³⁸ Y. KRYVOI, "Counterclaims in Investor-State Arbitration", *Minnesota Journal of International Law* 2012, 218.

⁵³⁹ I. REMELS, *Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 75.

⁵⁴⁰ Y. KRYVOI, "Counterclaims in Investor-State Arbitration", *Minnesota Journal of International Law* 2012, 216-217.

claim van de investeerder te ondermijnen.⁵⁴¹ Zulks bespaart betrekkelijk meer tijd en kosten dan alternatieve wegen voor de staat, zoals via de nationale rechtbanken. Indien het finaal arbitraal oordeel tegen het belang van de investeerder gekant is, kan de investeerder zelfs een nieuwe zaak aanhangig maken tegen de staat op grond van een andere bepaling van het BIT.⁵⁴² Tegenvorderingen spelen hierop in en vermijden dubbele kosten en inefficiëntie. Daarenboven zijn counterclaims in mijn opinie het logische gevolg van de nieuwe weg naar procedurele billijkheid. Deze mechanismen bestaan en kunnen effectief verhelpen aan de harde commentaren tegen ISDS. Er moet alleen nog gebruik van worden gemaakt.

1.2. Juridische basis

163. De mogelijkheid om counterclaims in te stellen vindt welzeker haar juridische gronden in het internationaal recht. zo voorziet artikel 46 van de ICSID-Convention dat:⁵⁴³

“Except as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, determine any incidental or additional claims or counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre.”

164. Als er geen specifieke overeenkomst is over de counterclaims vloeit de jurisdictie voor counterclaims derhalve voort uit de bevoegdheid over het onderwerp van het primaire geschil en de toestemming van beide partijen.⁵⁴⁴ Er bestaan weinig voorbeelden van counterclaims die toegelaten zijn onder ICSID. De meeste werden immers afgewezen ten gronde.⁵⁴⁵ In *Roussalis v. Roemenië* diende het tribunaal over de bevoegdheid omtrent counterclaims te beslissen. Die mogelijkheid werd uiteindelijk uitgesloten. Het tribunaal bevond dat de bewoordingen van het toepasselijk BIT enkel verplichtingen op de staat konden leggen, en niet op de investeerder.⁵⁴⁶ Onder de *UNCITRAL Arbitration Rules* is de

⁵⁴¹ Y. KRYVOI, “Counterclaims in Investor-State Arbitration”, *Minnesota Journal of International Law* 2012, 220.

⁵⁴² Y. KRYVOI, “Counterclaims in Investor-State Arbitration”, *Minnesota Journal of International Law* 2012, 221.

⁵⁴³ Art. 46 ICSID-Convention; zie ook art. 40 ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings van 18 maart 1965, *United Nations Treaty Series*, vol. 575, 159.

⁵⁴⁴ M. SASSON, “Dispute Resolution”, in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE & A. REINISCH, *International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, 1336.

⁵⁴⁵ Y. KRYVOI, “Counterclaims in Investor-State Arbitration”, *Minnesota Journal of International Law* 2012, 224.

⁵⁴⁶ ICSID No ARB/06/1 Spyridon Roussalis v. Romania, 7 december 2011, para. 871, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf>.

situatie lichtelijk anders. Artikel 21(3) bepaalt dat een counterclaim toegelaten is zolang het tribunaal bevoegd is. Het is dus niet vereist dat de counterclaim uit het onderwerp van de primaire claim rijst.⁵⁴⁷

"In its statement of defence, or at a later stage in the arbitral proceedings if the arbitral tribunal decides that the delay was justified under the circumstances, the respondent may make a counterclaim or rely on a claim for the purpose of a set-off provided that the arbitral tribunal has jurisdiction over it."

1.3. Toestemming van de investeerder

165. Eerdere rechtspraak wees uit dat zolang de investeerder niet heeft toegestemd met de counterclaims het arbitraal tribunaal weifelachtig zal zijn ten aanzien van deze mogelijkheid. Toestemming blijft immers van essentieel belang in arbitragerecht. Daarenboven moet herinnerd worden aan het feit dat investeringsverdragen enkel verplichtingen kunnen meebrengen voor staten, en niet voor investeerders, omdat zij geen rechtstreekse partij zijn onder het verdrag.⁵⁴⁸ Als het op een arbitragezaak aankomt zal de investeerder toestemming moeten geven. In het geval de clause van toestemming tot arbitrage nauwkeurig maar toch breed omschreven is, zal de kans evenredig stijgen dat het arbitraal college de counterclaim aanvaardt.⁵⁴⁹ Professor REISMAN gaat niet akkoord met deze werkwijze. In zijn *separate opinion* bij de Roussalis v. Roemenië zaak argumenteert hij dat toestemming tot ICSID-jurisdictie *ipso facto* ook toestemming behelst voor artikel 46 van de Conventie, het recht op counterclaims voor de staat en investeerder.⁵⁵⁰ Hij motiveert zijn stelling aan de hand van de doelstellingen van het internationaal investeringsrecht, die erop gericht zijn dergelijke (transactie)kosten en inefficiëntie te vermijden. De claims niet toelaten is volgens hem absurd en ironisch. Hoe dan ook voorkomt een geschillenbeslechtingclausule die voldoende ruim omschreven is eventuele discussies.⁵⁵¹ Het is dan ook beter dat de staat haar voorzorgen neemt.

166. Slechts zeldzaam wordt de tegenvordering van de staat toegelaten. Ecuador is het enige land dat erin slaagde om twee counterclaims door de ontvankelijkheidsfase te loodsen.⁵⁵² Na een grondige analyse bevond het arbitraal

⁵⁴⁷ Art. 21(3) UNCITRAL Arbitration Rules of 15 December 1976, UN Doc. A/RES/31/98.

⁵⁴⁸ Y. KRYVOI, "Counterclaims in Investor-State Arbitration", *Minnesota Journal of International Law* 2012, 226.

⁵⁴⁹ Y. KRYVOI, "Counterclaims in Investor-State Arbitration", *Minnesota Journal of International Law* 2012, 227-228.

⁵⁵⁰ ICSID No ARB/06/1 Spyridon Roussalis v. Romania, 7 december 2011, *Separate Opinion Michael Reisman*, https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/spyridon_roussalis_v_romania_so.pdf.

⁵⁵¹ Y. KRYVOI, "Counterclaims in Investor-State Arbitration", *Minnesota Journal of International Law* 2012, 229-230.

⁵⁵² T. ISHIKAWA, "Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration", *American Journal of International Law* 2019, 37.

college de buitenlandse investeerder Burlington schuldig voor schade aan het milieu en openbare infrastructuur, goed voor zo'n 41 miljoen dollar.⁵⁵³ Counterclaims bezitten dus heel wat potentieel maar hebben dit tot op de dag van vandaag nog niet kunnen ontplooiën. De toekomst zal uitwijzen waarheen de ontwikkeling van dit fenomeen gaat.

⁵⁵³ ICSID No ARB/08/5 Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, 7 februari 2017, *Decision on Counterclaims*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8206.pdf>.

CONCLUSIE

167. Investeringsverdragen en FDI zijn niet meer weg te denken uit een goed functionerend, nationaal economisch stelsel. Het staat vast dat buitenlandse ondernemingen de gaststaat vele voordelen bieden. Voornamelijk ontwikkelingslanden hebben nood aan investeringen uit het buitenland. Toch bemerkten we dat de tussenkomst van deze investeerders ook nadelige gevolgen teweeg kan brengen en de binnenlandse sociale en economische ontwikkeling evenzeer kan tegenhouden in plaats van bevorderen. De toenemende maatschappelijke aandacht benadrukt de soms vijandige houding ten opzichte van investeringsbescherming. Zo dook in het eerste deel al meteen het probleem van de soevereiniteitskosten op. Het is een van de belangrijkste bezorgdheden in de overgang naar de derde generatie investeringsverdragen, dat de regelgevende flexibiliteit en vrijheid wil bewaren op diverse domeinen. Deze problematiek uit zich bijvoorbeeld in het verschil tussen een indirecte onteigening en een niet-compenseerbare maatregel. Er zijn enkele criteria vastgelegd uit rechtspraakanalyses die staten kunnen opnemen in hun investeringsverdragen om discussie over dit onderscheid te vermijden. We vervolgden de zoektocht naar het *right to regulate* met een van de meest fameuze zaken van het recente investeringsrecht: Philip Morris v. Uruguay. Deze zaak bevestigt de eerbied voor een nationaal beleid dat de volksgezondheid wil veiligstellen. Deze overwinning bracht ons dichterbij het volgende thema, met name de verzekering van fundamentele rechten en belangen in verhouding tot het investeringsrecht.

168. Zulke thema's zijn belangrijk. Het gaat dan bijvoorbeeld om mensenrechten, milieu, arbeidsrecht, duurzame ontwikkeling enzovoort. We zouden zelfs kunnen stellen dat het kritisch debat in dit opzicht haar hoogtepunten bereikt, want de publieke opinie laat deze thema's niet onberoerd. Voor elk van deze onderwerpen zal een nauwgezette aanpak vereist zijn. In het geval van mensenrechten zijn de UNGP's absoluut van belang. Ondanks hun *soft law* karakter bezitten ze veel gezag en maken ze de weg vrij voor eventuele toekomstige, bindende initiatieven. Momenteel is het staten aangeraden om specifieke mensenrechtenclausules op te nemen in hun verdragen. Het is immers gebleken dat een investeringstribunaal dan meer rekening houdt met mensenrechtenkwesaties. Uit afgelopen zaken is geen consistente werkwijze af te leiden. Om die reden is het naar mijn mening betekenisvol om de praktijk van de mensenrechtenclausules in de toekomst te volharden zodat na verloop van tijd arbitrage-tribunalen de reflex krijgen een uniforme methode toe te passen die deze kwesaties beslecht.

169. Daarnaast kunnen staten niet meer om het begrip duurzame ontwikkeling heen. In nieuwe investeringsverdragen is de inclusie van dit begrip onvoorkomelijk. Aan de hand van allerlei aanpassingen aan kernbegrippen uit het internationaal investeringsrecht, zoals *national treatment* of FET, bereiken de staten een duurzamer beleid. Indien dit niet gebeurt is de kans groot dat duurzame ontwikkeling met de voeten getreed wordt en tribunalen ten gunste van de investeerder oordelen. Daarom zijn vermeldingen van duurzame doelstellingen in de preambule evenzo een goed idee.

170. Om hun rechten te verzekeren beschikken de staten over talrijke opties, al dan niet reeds toegepast in de verdragen. Doorheen de besproken thema's merken we één kenmerkende, terugkerende factor op. Dit is mijns inziens de nood aan grotere inspanningen om nauwkeurige clausules op te stellen. Substantiële wijzigingen in de verdragen kunnen een aanzienlijk deel van een nationaal soeverein beleid terugwinnen. Dit kan bijvoorbeeld door het weglaten of aanpassen van bepaalde, minder gunstige clausules voor de staat. De meest pertinente wijziging zou het opnemen van een *right to regulate* of *exceptions* clause moeten zijn. Deze clause wijst krachtig naar een gebalanceerd beleid tussen investeerder en staat. Opnieuw dient de staat dit keurig af te lijnen om zo weinig mogelijk interpretatiemoeilijkheden te veroorzaken. Aangezien er (nog) geen uniforme interpretatiemethode gehanteerd wordt, zal het oordeel van het investeringstribunaal immers moeilijk in te schatten zijn. Voorts kan de staat ook verplichtingen opleggen aan de investeerder. Een van de meest drastische oplossingen is waarschijnlijk het beëindigen van BIT's of terugtrekken uit de ICSID-Convention. Heronderhandelingen van BIT's in het licht van de voornoemde materiële wijzigingen lijken mij echter een beter idee.

171. Het investeringsrecht wordt voornamelijk bekritiseerd omwille van haar procedurele asymmetrie. Met initiatieven zoals het Europese *Investment Court System* worden de eerste stappen gezet om dit onevenwicht te herstellen. De procedurele mechanismen die momenteel bestaan kunnen nochtans ook hun steentje bijdragen. De counterclaims besparen dubbel werk en extra kosten. Bovendien vult dit mechanisme de lacune van investeerdersverantwoordelijkheid op dat het huidige systeem nalaat.

172. Voornoemde wijzigingen kunnen effectief helpen een legitiem en geloofwaardig investeringsbeleid te creëren. De wijzigingen veronderstellen een terugname van nationale controle waardoor staten zich minder blootstellen aan de soms pijnlijke gevolgen van het huidige systeem. Argentinië ondervond de gevolgen van haar beperkte regelgevende vrijheid bijvoorbeeld met de vele claims tijdens en na de financiële crisis. De hoge boetes die de staat boven het hoofd hangen zouden de staat niet in een *regulatory chill* mogen dwingen die haar nationaal beleid schikt naar de

verwachtingen van grote investeerders, maar juist in een vernieuwde stimulans om haar investeringsbeleid grondig te herzien. De mogelijkheden zijn aanwezig, er moet alleen nog gebruik van worden gemaakt. Dit proces van herwinning van nationale soevereiniteit is de laatste jaren gestart en belooft in de toekomst alleen maar te groeien.

BIBLIOGRAFIE

WETGEVING

INTERNATIONALE NORMEN

Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States van 18 maart 1965, *United Nations Treaty Series*, vol. 575, 159.

ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings van 18 maart 1965, *United Nations Treaty Series*, vol. 575, 159.

Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, 999 *United Nations Treaty Series* 17, 1966.

Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969, *BS* 25 december 1993, 28.706.

UNCITRAL Arbitration Rules of 15 December 1976, UN Doc. A/RES/31/98.

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (Part Two).

Consolidated Version of the Treaty for the Functioning of the European Union (TFEU), *Official Journal*, C83/47, 30 March 2010.

United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, *Office of the High Commissioner for Human Rights*, 2011.

OECD Guidelines for Multinational Enterprises, *OECD Publishing*, 2011, <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, *OJ L 351*, 20.12.2012, 40–46.

INVESTERINGSVERDRAGEN

Verdrag tussen de Federale Republiek Duitsland en Pakistan voor de Bevordering en Bescherming van Investeringsen, Bonn, 25 november 1959, *United Nations Treaty Series*, vol. 457, 23.

Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 7 October 1988, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3121>.

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, London, 14 March 1994, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1613>.

Agreement between the Government of the Republic of Kazakhstan and the Government of the Republic of Uzbekistan on the promotion and protection of investments, Almaty, 2 June 1997, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5009>.

Free Trade Agreement between the EFTA States and Singapore, 26 June 2002, <https://www.efta.int/media/documents/legal-texts/free-trade-relations/singapore/EFTA-Singapore%20Free%20Trade%20Agreement.pdf>.

Free Trade Agreement between Singapore and Australia, 28 July 2003, <https://dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/safta/official-documents/Documents/safta-chapter-8-171201.pdf>.

Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 1 December 2003, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/736>.

Canada Model Bilateral Investment Treaty, 2004, <https://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>.

Comprehensive Economic Cooperation Agreement between the Republic of India and the Republic of Singapore, 29 June 2005, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2707>.

Treaty between the United States of America and The Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 4 November 2005, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/223/treaty/3069>.

Norway Model BIT, *Draft version 191207*, 2007, <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1031.pdf>.

Accord entre le gouvernement de la république française et le gouvernement de la république populaire de Chine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 26 novembre 2007, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3342>.

Free Trade Agreement between Canada and Peru, August 2009, <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/fta-ale/08.aspx?lang=eng>.

US Model Bilateral Investment Treaty, 2012, <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

Draft Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, 2015, https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf

Accord entre la Confédération suisse et la République de Madagascar concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 7 mai 2015, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4908>.

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Chile, 24 November 2015, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4712>.

Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, *date of signature* 3 December 2016, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5409>.

Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the United Arab Emirates, 2017, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5728/download>.

Agreement between Japan and the State of Israel for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, 5 October 2017, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5575>.

Cooperation and Investment Facilitation Agreement Between The Federative Republic of Brazil and Co-operative Republic of Guyana, *date of signature* 13 December 2018, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5763>.

Comprehensive Economic Trade Agreement between Canada and the European Union, 21 September 2017, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

INVESTERINGSWETTEN

Protection of investment Act 22 of South Africa of 2015, *Government Gazette* No. 39514.

RECHTSLEER

BOEKEN

BOSSUYT, M. J. & WOUTERS, J., *Grondlijnen van internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 1086 p.

BROWN, C., *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 895 p.

BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 742 p.

BUFFARD, I. & HAFNER, G., *International Law Between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerard Hafner*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 1086 p.

BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. & REINISCH, A., *International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, 1952 p.

COHN, T., *Global Political Economy*, New York, Routledge, 2016, 425 p.

DI BENEDETTO, S., *International Investment Law and the Environment*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 250 p.

DOLZER, R. & SCHREUER, C., *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, 456 p.

GEHRING, M. & NEWCOMBE, A., "An Introduction to Sustainable Development in World Investment Law", in M-C. CORDONIER SEGGER, M. GEHRING & A. NEWCOMBE, *Sustainable Development In World Investment Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, 11 p.

GILLESPIE, A., *The Long Road to Sustainability*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 269 p.

GWYNN, M. A., *Power in the International Investment Framework*, International Political Economy Series, Londen, Macmillan Publishers Ltd. London, 2016, 250 p.

HINDELANG, S. & KRAJEWSKI, M., *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 441 p.

KULICK, A., *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 398 p.

REINISCH, A., *Standards of Investment Protection*, New York, Oxford University Press, 2008, 264 p.

REMELS, I., *Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 92 p.

RYNGAERT, C., *Anders globaliseren: Mensenrechten, milieu en international handel*, Leuven, Acco, 2007, 164 p.

SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 556 p.

VINUALES, J., *Foreign investment and the environment in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 423 p.

ARTIKELS

ACEMOGLU, D., JOHNSON, S. & ROBINSON, J., "The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation." *American Economic Review* 2001, 1369-1401.

ARATO, J., "The Margin of Appreciation in International Investment Law", *Virginia Journal of International Law* 2014, 545-578.

BERNASCONI-OSTERWALDER, N. & JOHNSON, L., "Belgium's Model Bilateral Investment Treaty: A review", *International Institute for Sustainable Development* 2011, 31 p.

BUSSE, M., "Transnational Corporations and Repression of Political Rights and Civil Liberties: An Empirical Analysis", *Kyklos* 2004, 45-66.

BRICKHILL, J., & DU PLESSIS, M., "Two's Company, Three's a Crowd: Public Interest Intervention in Investor-State Arbitration (Piero Foresti v. South Africa)", *South African Journal on Human Rights* 2011, 152-166.

CHENG, T-H., "Power, Authority and International Investment Law", *American University International Law Review* 2005, 465-520.

CONNOLLY, K., "Say What You Mean: Improved Drafting Resources as a Means for Increasing the Consistency of Interpretation of Bilateral Investment Treaties", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2007, 1579-1610.

CORDONIER SEGGER, M-C. & NEWCOMBE, A., "Chapter 6: An Integrated Agenda for Sustainable Development in International Investment Law", in CORDONIER SEGGER, M-C. & GEHRING, M. W. et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 101-142.

CORDONIER SEGGER, M-C. & A. KENT, "Chapter 30: Promoting Sustainable Investment through International Law", in CORDONIER SEGGER, M-C. & GEHRING, M. W. et al., *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International 2011, 771-792.

COTULA, L., "Do investment treaties unduly constrain regulatory space?", *Questions of International Law* 2014, 19-31.

DE BRABANDERE, E., "Human Rights and International Investment Law", in M. KRAJEWSKI & R. HOFFMANN (ed.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 22 p.

DOLLAR, D. & KRAAY, A., "Institutions, Trade and Growth" Paper prepared for the Carnegie Rochester Conference on Public Policy, 2002, 45 p.

DOLZER, R., "Indirect Expropriations: New Developments", *New York University Environmental Law Journal* 2002, 64-93.

DUMBERRY, P., "Are BITs Representing the New Customary International Law in International Investment Law", *Penn State International Law Review* 2010, 675-701.

FRIEDMAN, A., "Flexible Arbitration for the Developing World: *Piero Foresti* and the Future of Bilateral Investment Treaties in the Global South", *Brigham Young International Law and Management Review* 2011, 23 p.

FRY, J. D., "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity", *Duke Journal of Comparative & International Law* 2007, 77-149.

GARCIA-BOLIVAR, O. E., "Sovereignty vs. Investment Protection: Back to Calvo?", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 2009, 464-488.

GAZZINI, T., "Bilateral Investment Treaties and Sustainable Development", *Journal of World Investment & Trade* 2014, 929-963.

HARMS, P. & URSPRUNG, H., "Do Civil and Political Repression Really Boost Foreign Direct Investment?" *Independent Institute Working Paper Number 36* 2001, http://www.independent.org/pdf/working_papers/36_docivil.pdf.

HARRISON, J., "The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties", *The Journal of World Investment & Trade* 2012, 928-950.

- HARRISON, J., "The International Law Commission and the Development of International Investment Law", *George Washington International Law Review* 2013, 101-128.
- HENCKELS, C., "Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA and TTIP", *Journal of International Economic Law* 2016, 27-50.
- HENCKELS, C., "Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions", *Boston College Law Review* 2018, 2825-2844.
- HULME, M. H., "Preambles in Treaty Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review* 2016, 1282-1343.
- ISHIKAWA, T., "Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration", *American Journal of International Law* 2019, 33-37.
- KLEIN, N., "Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right", *Goettingen Journal of International Law* 2012, 180-195.
- KRYVOI, Y., "Counterclaims in Investor-State Arbitration", *Minnesota Journal of International Law* 2012, 216-252.
- LAMPUNG UNIVERSITY, H., "Bilateral Investment Treaties (BITs) in Indonesia: A Paradigm Shift, Issues and Challenges", *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues* 2018, 13 p.
- LAVOPA, F. M., BARREIROS, L. E. & BRUNO, M. V., "How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Economic Law* 2013, 869-891.
- LEAL-ARCAS, R., "The Multilateralization of International Investment Law", *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation* 2009, 33-136.
- LESTER, S., "Reforming the International Investment Law System", *Journal of International Law* 2015, 70-81.
- MANN, H., "Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development", *Lewis & Clark Law Review* 2013, 521-544.
- MEYER, W.H., "Human Rights and MNCs: Theory Versus Quantitative Analysis", *Human Rights Quarterly* 1996, 375-379.
- MOLOO, R. & KACHATURIAN, A., "The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law", *Fordham International Law Journal* 2011, 1473-1501.
- NEUMAYER, E. & SPESS, L., "Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?" *World development* 2005, 1567-1585, LSE Research Online, <http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000627>.

- NEWCOMBE, A., "Sustainable Development and Investment Treaty Law", *Journal of World Investment & Trade* 2007, 357-407.
- NOWROT, K., "International Investment Law and the Republic of Ecuador: From Arbitral Bilateralism to Judicial Regionalism", *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2010, 61 p.
- NOWROT, K., "How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law", *Journal of World Investment & Trade* 2014, 612-644.
- OMUKORO, D. E., "Examining Contractual Stability Measures in Light of Emerging Risks: Revisiting the Stabilisation Clause Debate", *Sri Lanka Journal of International Law* 2012-2015, 85-110.
- OSMANSKI, E., "Investor-State Dispute Settlement: Is There a Better Alternative?", *Brooklyn Journal of International Law* 2018, 639-664.
- POLKINGHORNE, M. & VOLKMER, S-M., "The Legality Requirement in Investment Arbitration", *Journal of International Arbitration* 2017, 31 p.
- PRICE, D., "Indonesia's Bold Strategy on Bilateral Investment Treaties: Seeking an Equitable Climate for Investment?", *Asian Journal of International Law* 2016, 124-151.
- REINISCH, A., "Maffezini v Spain Case", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg and Oxford University Press, 2011, 7 p.
- RODRIG, D., SUBRAMANIAN, A. & TREBBI, F., "Institutions Rule: The Primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development", *NBER Working Paper* No. 9305, 2002, 44 p.
- SARMIENTO, M. G., "The UNASUR Centre for the Settlement of Investment Disputes and Venezuela: Will Both Ever See the Light at the End of the Tunnel?", *Journal of World Investment & Trade* 2016, 658-680.
- SCHILL, W., "Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties", *Minnesota Journal of International Law* 2009, 97 p.
- SCHNEIDERMAN, D., "International Investment Law's Unending Legitimation Project", *Loyola University Chicago Law Journal* 2017, 229-269.
- SORNARAJAH, M., "A law for need or a law for greed: restoring the lost law in the international law of foreign investment", *International Environmental Agreements* 2006, 329-357.

SPEARS, S. A., "The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements", *Journal of International Economic Law* 2010, 1037-1075.

STIGLITZ, J., "Towards a Twenty-first Century Investment Agreement", Preface in *Yearbook on International Investment Law and Policy 2015-2016*, JOHNSON, L. & SACHS, L., (eds.), pp. xiii-xxviii, Oxford University Press.

SWEIFY, M. F., "Investment-Environment Disputes: Challenges and Proposals", *DePaul Business and Commercial Law Journal* 2015, 133-208.

TIETJE, C., NOWROT, K., WACKERNAGEL, C., "Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID", *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 2008, 37 p.

WAGNER, M., "Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law", *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2014, 87 p.

ZARRA, G., "Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay", *Brazilian Journal of International Law* 2017, 95-120.

ONDERZOEK (INTERNATIONALE) ORGANISATIES

BERNASCONI-OSTERWALDER, N., COSBEY, A., JOHNSON, L. & VIS-DUNBAR, D., "Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Questions & Answers", *IISD* 2012, 54 p.

BERNASCONI-OSTERWALDER, N. & HOFFMAN, R. T., "The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II)", *IISD Brief Series* 2013, 7 p.

BERNASCONI-OSTERWALDER, N. & DIETRICH BRAUCH, M., "The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark", *IISD* 2014, 7 p.

BLEKER-VAN EYK, S., "Multinational enterprises and human rights", *Amnesty International and Pax Christi International* 1998, Utrecht.

GAUKRODGER, D., "The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties, a scoping paper", *OECD Working Papers on International Investment*, 2017/02, OECD Publishing, Paris, 67 p.

GORDON, K., POHL, J. & BOUCHARD, M., "Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey", *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/01, OECD Publishing, Paris, 76 p.

GORDON, K. & J. POHL, "Investment Treaties over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World", *OECD Working Papers on International Investment* 2015/02, OECD Publishing, Paris, 42 p.

HERTANTI, R. & ARAVENA SONA, A., "Human Rights as a Key Issue in the Indonesia-EU Comprehensive Economic Partnership Agreement", *Briefing Paper*, 2017.

MANN, H., "The Right of States to Regulate and International Investment Law", *Expert Meeting on the Development Dimension of FDI: Policies to Enhance the Role of FDI in Support of the Competitiveness of the Enterprise Sector and the Economic Performance of Host Economies, Taking into Account the Trade/Investment Interface, in the National and International Context*, Geneva, 6-8 November 2002, 9 p.,
http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_right_to_regulate.pdf.

MANN, H., "International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities", *International Institute for Sustainable Development* 2008, 42 p.

OECD, *Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment*, Draft Consolidated Text of 11 February 1998, DAFE/MAI (98)7, 58-64.

PUCCIO, L., "CETA: Investment and the right to regulate", EPRS, European Parliament, February 2017,
[http://www.europarl.europa.eu/ReqData/etudes/ATAG/2017/599265/EPRS_ATA\(2017\)599265_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ReqData/etudes/ATAG/2017/599265/EPRS_ATA(2017)599265_EN.pdf).

PUCCIO, L. & HARTE, R., From Arbitration to the Investment Court System (ICS), EPRS, European Parliament, June 2017,
[http://www.europarl.europa.eu/ReqData/etudes/IDAN/2017/607251/EPRS_IDA\(2017\)607251_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ReqData/etudes/IDAN/2017/607251/EPRS_IDA(2017)607251_EN.pdf).

UNCTAD, "The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries", 2009, 145 p., https://unctad.org/en/Docs/diaeia20095_en.pdf.

UNCTAD, "Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration", *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development* 2010, 129 p., https://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf.

UNCTAD, "Investment Policy Framework on Sustainable Development", 2015, 157 p.,
https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf.

UNCTAD, "Investment Laws: A Widespread Tool for the Promotion and Regulation of Foreign Investment", November 2016, 11 p., https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d5_en.pdf.

UNCTAD, "Recent Developments in International Investment Agreements", May 2018, 10 p.,
https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d1_en.pdf.

UNCTAD, "Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017", June 2018, 38 p., https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d2_en.pdf.

UNCTAD, "Investment Policy Monitor No. 21", March 2019, 22 p., https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d2_en.pdf.

Report of the High Commissioner for Human Rights, *Human Rights, Trade and Investment*, 2 juli 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/9.

Report of the International Law Commission to the General Assembly, *Extract from the Yearbook of the International Law Commission* 1966, vol. II, http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_cn4_191.pdf.

Report of the Study Group of the International Law Commission, "Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law", *United Nations* 2006, 259 p.

YANNACA-SMALL, C., "Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/4, OECD Publishing, Paris, 22 p.

YANNACA-SMALL, K., "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements", *OECD Working Papers on International Investment* 2006/03, OECD Publishing, Paris, 29 p.

ILA New Delhi Declaration on Principles of International Law Relating to Sustainable Development, *ILA Resolution* 3/2002, Annex, 3 (UN Doc. A/57/329), https://digitallibrary.un.org/record/475817/files/A_57_329-EN.pdf.

SCHACHERER, S., BERNASCONI-OSTERWALDER, N. & DIETRICH BRAUCH, M., "International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s", *International Institute for Sustainable Development* 2018, 72 p.

VANDUZER, J. A., SIMONS, P. & MAYEDA, G., *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators*, London, Commonwealth Secretariat, 2013, 553 p.

PROEFSCHRIFTEN

DAELMAN, C., *The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2018, 330 p.

VERDONCK, L., *The International Legal Framework on Business and Human Rights and its Domestic Operationalisation*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2017, 417 p.

WOUTERS, J. & CHANET, L., *Rechten en plichten van (multinationale) ondernemingen in het internationaal recht*, Working Paper nr. 118, Instituut voor Internationaal Recht, Katholieke Universiteit Leuven, 2007, 45 p.

RECHTSPRAAK

ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Judgment, *ICJ Reports* 2012, 324.

EHRM *Sporrong en Lönnroth v. Sweden*, 23 september 1982, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57580"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

European Court of Justice, Opinion 1/17 of Advocate General Bot, 29 January 2019, ECLI:EU:C:2019:72.

BVerfG, Judgment of the First Senate of 06 December 2016, 1 BvR 2821/11, http://www.bverfg.de/e/rs20161206_1bvr282111en.html.

ICSID

ICSID No. ARB/96/3 Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, 11 juli 1997, *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf.

ICSID No. Arb/AF/97/1 Metalclad Corporation v. United Mexican States, 30 augustus 2000, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>.

ICSID No. ARB/97/7, Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, 13 november 2000, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0481.pdf>.

ICSID No. ARB/00/4 Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, 13 juli 2001, *Decision on Jurisdiction*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>.

ICSID No. ARB(AF)/99/1 Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, 16 december 2002, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf>.

ICSID No. ARB/01/8 CMS Gas Transmission Company v Republic of Argentina, 12 mei 2005, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>.

ICSID No. ARB/03/16 ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, 2 oktober 2006, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf>.

ICSID No. ARB/02/1 LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp and LG&E International, Inc v Argentine Republic, 3 oktober 2006, *Decision on liability*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>.

ICSID No. ARB/02/8 Siemens A.G. v. The Argentine Republic, 17 januari 2007, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>.

ICSID No. ARB/02/1 LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp and LG&E International, Inc v Argentine Republic, 25 juli 2007, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0462.pdf>.

ICSID No. ARB/03/25 Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, 16 augustus 2007, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0340.pdf>.

ICSID No. ARB/05/8 Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, 11 september 2007, <https://www.italaw.com/documents/Pakerings.pdf>.

ICSID No. ARB/02/16 Sempra Energy International v. The Argentine Republic, 28 september 2007, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf>

ICSID No. ARB/03/24 Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, 27 augustus 2008, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf>.

ICSID No. ARB/10/7 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, 28 juli 2010, *Expert Opinion: An Analysis of Tobacco Control Measures in the Context of International Investment Law*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0345.pdf>.

ICSID No. ARB/03/19 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic, 30 juli 2010, *Decision on Liability*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0826.pdf>.

ICSID No. ARB(AF)/07/1 Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa, 4 augustus 2010, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>

I

CSID No ARB/06/1 Spyridon Roussalis v. Romania, 7 december 2011, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf>.

ICSID No ARB/06/1 Spyridon Roussalis v. Romania, 7 december 2011, *Separate Opinion Michael Reisman*, https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/spyridon_roussalis_v_romania_so.pdf.

ICSID No. ARB/12/12 Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, 31 mei 2012, <https://www.italaw.com/cases/1654>.

ICSID No. ARB/03/19 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic, 9 april 2015, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4365.pdf>.

ICSID No. ARB/10/7 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, 8 juli 2016, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>.

ICSID No. ARB/07/26 Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, 8 december 2016, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf.

ICSID No ARB/08/5 Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, 7 februari 2017, *Decision on Counterclaims*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8206.pdf>.

ICSID No. ARB/13/6 Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan, 8 maart 2017, *Decision on Jurisdiction*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8549.pdf>.

ICSID No. ARB/13/36 Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain, 4 mei 2017, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9050.pdf>.

UNCITRAL

UNCITRAL Methanex Corporation v. United States of America, 3 december 1999, *Statement of Claim*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9089.pdf>.

UNCITRAL Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, 26 juni 2000, *Interim Award*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0674.pdf>

UNCITRAL S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, 13 november 2000, *Partial Award*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>.

UNCITRAL, Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, 10 april 2001, *Award on the Merits of Phase 2*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>.

UNCITRAL Ronald S. Lauder v. Czech Republic, 3 september 2001, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>.

UNCITRAL Methanex Corp v. United States of America, 7 augustus 2002, *First Partial Award*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0518.pdf>.

UNCITRAL International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, *Separate Opinion of Thomas Wälde*, 1 december 2005, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0432.pdf>.

UNCITRAL Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, 17 maart 2006, *Partial Award*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>.

UNCITRAL Chemtura Corporation v. Canada, 10 juli 2009, *Respondent's Rejoinder Memorial*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8260.pdf>.

UNCITRAL CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, 14 maart 2013, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>.

UNCITRAL No. 2012-12 Philipp Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, *Procedural Order No. 17*, 2 mei 2016, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf.

ONLINE BRONNEN/ACTUALITEIT

United Nations Human Rights Council, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntnc.aspx>, laatst bezocht op 5 maart 2019.

European Commission, "Commission welcomes adoption of negotiating directives for a multilateral investment court", Brussels, 20 March 2018, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1819>.

The World Bank, <https://data.worldbank.org/country/bolivia>, laatst bezocht op 4 maart 2019.

International Institute for Sustainable Development, <https://www.iisd.org/itn/2018/12/21/negotiations-of-a-legally-binding-instrument-on-business-and-human-rights-continue-at-the-united-nations/>, laatst bezocht op 5 maart 2019.

Declaration by the Kingdom of Belgium on the Terms of the Authority Granted to it by the Federal Government and the Federated Entities to sign CETA, 2016, https://www.uniglobalunion.org/sites/default/files/files/news/declaration_du_royaume_de_belgique_en_uni_global_union.pdf

BATSELE, F., "Hoe moet het verder na CETA? Magnette heft juridische slag verloren, maar niet de politieke strijd", *Knack*, 1 mei 2019, https://www.knack.be/nieuws/belgie/ho-moet-het-verder-na-ceta-magnette-heeft-juridische-slag-verloren-maar-niet-de-politieke-strijd/article-opinion-1458763.html?fbclid=IwAR01S9pCbV05NMw_UL2oTrRuaQoPrrTY3z2b152zLDH2P501Ele7_4ncUv8.

BOON, F. "Armoede van het Zilverlandleven in failliet Argentinië", *NRC*, 22 november 2014, <https://www.nrc.nl/nieuws/2014/11/22/armoede-van-het-zilverland-a1420866>, laatst bezocht op 11 maart 2019.

CROISANT, G., "CJEU Opinion 1/17 -AG Bot Concludes that CETA's Investment Court System is Compatible with EU Law", *Kluwer Arbitration Blog* 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/29/cjeu-opinion-117-ag-bot-concludes-that-cetas-investment-court-system-is-compatible-with-eu-law/>.

GARSCHAGEN, M., "Indonesië wil weer baas in eigen huis zijn", *NRC*, 12 maart 2015, <https://www.nrc.nl/nieuws/2015/03/12/indonesie-wil-weer-baas-in-eigen-huis-zijn-1469893-a1399595>, laatst bezocht op 15 april 2019.

LAVRANOS, N., "The German Constitutional Court Judgment in the Vattenfall case: Lessons for the ECT Vattenfall Arbitral Tribunal", *Kluwer Arbitration Blog*, 29 december 2016, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/12/29/german-constitutional-court-judgment-vattenfall-case-lessons-ect-vattenfall-arbitral-tribunal/?_ga=2.105763331.1690605529.1554818091-680513937.1552148646, laatst bezocht op 9 april 2019.

MOROSINI, F., "Making the Right to Regulate in Investment Law and Policy Work for Development: Reflections from the South African and Brazilian experiences", *IISD*, 30 juli 2018, <https://www.iisd.org/itn/2018/07/30/making-the-right-to-regulate-in-investment-law-and-policy-work-for-development-reflections-from-the-south-african-and-brazilian-experiences-fabio-morosini/>.

OLIVET, C., "Who really won the legal battle between Philip Morris and Uruguay?", *The Guardian*, 26 July 2016, <https://www.theguardian.com/global-development/2016/jul/28/who-really-won-legal-battle-philip-morris-uruguay-cigarette-adverts>, laatst bezocht op 26 februari 2019.

TIMMERMANS, P., "Maak van België weer een magneet voor buitenlandse investeerders", *Knack*, 12 april 2017, <https://trends.knack.be/economie/beleid/maak-van-belgie-weer-een-magneet-voor-buitenlandse-investeerders/article-opinion-839937.html>, laatst bezocht op 7 maart 2019.

VAN HAVER, K., "Wie wint wat bij bestand in handelsoorlog tussen VS en EU?", *De Tijd*, 27 juli 2018, <https://www.tijd.be/nieuws/archief/Wie-wint-wat-bij-bestand-in-handelsoorlog-tussen-VS-en-EU/10034665>, laatst bezocht op 5 maart 2018.

ZIARCZYCK, E., "VS 'staan open' voor hervatting TTIP-overleg", *De Tijd*, 31 mei 2017, <https://www.tijd.be/politiek-economie/internationaal-vs/vs-staan-open-voor-hervatting-ttip-overleg/9899438>, laatst bezocht op 5 maart 2019.

ZIELINSKI, L. Y., "Legitimate Expectations in the Vattenfall Case: At the Heart of the Debate over ISDS", *Kluwer Arbitration Blog*, 10 januari 2017, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/01/10/legitimate-expectations-in-the-vattenfall-case-at-the-heart-of-the-debate-over-isds/>, laatst bezocht op 9 april 2019.

"US-EU relations: ambivalent at best, antagonistic at worst", *The Economist*, 28 februari 2017, https://country.eiu.com/article.aspx?articleid=1715169755&Country=-Czech%20Republic&topic=Politics_2, laatst bezocht op 5 maart 2019.

"Duitse regering compenseert energiebedrijven voor kernexit", *De Tijd*, 24 mei 2018, <https://www.tijd.be/nieuws/archief/Duitse-regering-compenseert-energiebedrijven-voor-kernexit/10014910>, laatst bezocht op 9 april 2019.

"Europees handelsverdrag met Indonesië bedreigt mensenrechten", *MO*, 8 september 2017, <https://www.mo.be/nieuws/europees-handelsverdrag-met-indonesi-bedreigt-mensenrechten>, laatst bezocht op 4 maart 2019.