



Universiteit
Leiden
The Netherlands

The role of civil society in investment treaty arbitration : status and prospects

El Hosseiny, F.F.

Citation

El Hosseiny, F. F. (2016, May 26). *The role of civil society in investment treaty arbitration : status and prospects*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/42075>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/42075>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/42075> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: El Hosseney F.F.

Title: The role of civil society in investment treaty arbitration : status and prospects

Issue Date: 2016-05-26

SAMENVATTING

DE ROL VAN HET MAATSCHAPPELIJK MIDDENVELD IN INTERNATIONALE INVESTERINGSARBITRAGE: STATUS EN VOORUITZICHTEN

Inleiding

Wereldwijd zijn er meer dan 3,000 bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten (IBO's) en internationale investeringsovereenkomsten (IIO's) van kracht. Deze overeenkomsten hebben gedurende een lange tijd slechts geringe aandacht besteedt aan milieubescherming, volksgezondheid, mensenrechten en overige kwesties van overheidsbeleid die beïnvloed kunnen worden door buitenlandse investeringsactiviteiten.. Arbitragetribunalen hebben in feite al erkend -mogelijkerwijs te laat-, dat er *'ongetwijfeld een publiek belang'* speelt in internationale investeringsarbitrage en dat *'de inhoud van de geschillen verder strekt dan in de gebruikelijke transnationale arbitrage tussen commerciële partijen'*. In één van de investeringsgeschillen in de nasleep van de Argentijnse financiële crisis erkende het arbitragetribunaal dat het waterdistributiesysteem dat aan de basis lag van het geschil *'elementaire openbare diensten aan miljoenen mensen levert en bijgevolg verschillende complexe publiekrechtelijke en internationaalrechtelijke vragen met zich meebrengt, waaronder vragen van mensenrechtelijke aard'*. Een vertegenwoordiger van het Argentijnse maatschappelijk middenveld trachtte in te grijpen in deze arbitrage als *amicus curiae* op grond van *'het recht van eenieder om deel te nemen en hun stem te laten horen wanneer uitspraken hun rechten kunnen beïnvloeden'*.

Door buitenlandse investeringen te promoten en te beschermen onder internationaal recht, proberen staten het nodige kapitaal aan te trekken voor hun economieën, en in het bijzonder voor belangrijke sectoren zoals de ontginning van natuurlijke hulpbronnen, energie, of waterzuivering en –distributie – sectoren met potentieel nadelige effecten voor lokale (inheemse) gemeenschappen in de gastlanden. Investeringstribunalen hebben de noodzaak erkend om rekening te houden met de complexiteit van publieke belangen in hun beslissing omtrent de aansprakelijkheid van een staat ten opzichte van buitenlandse investeerders onder internationaal recht. Sommige

arbitragetribunalen werd verweten dat zij niet verder gingen dan het louter handhaven van de bevordering en bescherming van buitenlandse investeringen. Er werd aangevoerd dat dit voornamelijk het gevolg was van een éézijdige analyse van, enerzijds, de feiten die leidden tot de vermeende schendingen van de rechten van buitenlandse investeerders, en anderzijds, de tekst zelf van IBO's en IIO's die geïnterpreteerd werd zonder rekening te houden met andere relevante internationale rechtsnormen.

De context waarin buitenlandse investeerders in de gastlanden opereren is vaak zeer complex en arbitragetribunalen worden in toenemende mate geconfronteerd met uiterst moeilijke vraagstukken. De staat is niet meer de enige vertegenwoordiger van het publieke belang. De belangen van de staat en deze van het maatschappelijk middenveld – met inbegrip van de groepen en gemeenschappen die pretenderen het te vertegenwoordigen – zijn niet langer systematisch identiek. Maatschappelijke groeperingen omvatten, bijvoorbeeld, internationale en lokale NGO's, op geloofsovertuiging gebaseerde verenigingen, inheemse verenigingen of organisaties, gendergerichte verenigingen, epistemische gemeenschappen of onderzoeksinstellingen, vakbonden, en andere organisaties gericht op het vertegenwoordigen van lokale gemeenschappen of groepen, zoals kleine en middelgrote landbouwers. Er kan bijgevolg behoefte zijn voor het maatschappelijk middenveld om feiten en argumenten in verband met het publiek belang op te werpen met het oog op de evenwichtige beslechting van investeringsgeschillen tussen investeerders en staten.

Probleemstelling en Onderzoeksdoel

Als er behoefte bestaat aan een rol voor het maatschappelijk middenveld in internationale investeringsarbitrage met betrekking tot publiek belang, luidt de vraag voor dit onderzoek als volgt: *Welke procedurele capaciteit zou het maatschappelijk middenveld toegekend kunnen worden en onder welke voorwaarden zou het kunnen deelnemen?*

Dit onderzoek richt zich eerst op de recent erkende rol van *amicus curiae* voor het maatschappelijk middenveld om het bredere *publiek belang* op te werpen in investeringsarbitrage. Hiermee beoogt dit onderzoek een volledig overzicht te bieden van deze rol zoals het maatschappelijk middenveld die tot dusver vervuld heeft. Vervolgens

wordt er gekeken of een dergelijke rol ook kan volstaan wanneer investeringsarbitrage betrekking heeft op de bescherming van het milieu, volksgezondheid, mensenrechten of andere aspecten van overheidsbeleid die invloed zouden kunnen hebben op de *directe belangen* van bepaalde gemeenschappen of derden in de arbitrageprocedure.

Structuur

Dit onderzoek heeft gepoogd de rol van het maatschappelijk middenveld in investeringsarbitrage te waarderen en, vervolgens, te reflecteren op de status van het maatschappelijk middenveld hierin in drie delen. Deel I behandelt de ‘Functie en Modaliteiten van de Deelname van het Maatschappelijk Middenveld in Investeringsarbitrage’. Deel II bevat de rechtsvergelijkende analyse van dit onderzoek en kijkt naar de ‘Functie en Modaliteiten van het Maatschappelijk Middenveld in Andere Rechtsgebieden’. Tot slot behandelt Deel III de volgende vraag: ‘Een Grotere Rol voor het Maatschappelijk Middenveld in Investeringsarbitrage?’.

De Functie en Modaliteiten van de Deelname van het Maatschappelijk Middenveld in Investeringsarbitrage

Procedureel gezien kan een *amicus* rol voor het maatschappelijk middenveld ervoor zorgen dat *bredere* publieke belangen gehoord worden in investeringsgeschillen. Dit is het resultaat van een progressieve en aanzienlijke ontwikkeling in de voorbije vijftien jaar. Bezorgdheid omtrent transparantie en legitimiteit hebben geleid tot de formele introductie van procedurele regels inzake *amicus curiae* tussenkomsten in investeringsarbitrage. Tribunalen gingen van het aanvaarden van deze tussenkomsten op grond van hun inherente discretionaire bevoegdheid naar het toepassen van duidelijk gedefinieerde criteria onder de relevante arbitrageregels en –verdragen. Alvorens het maatschappelijk middenveld toe te laten als *amicus curiae* beoordelen arbitragetribunalen veelal of voldaan is aan de volgende voorwaarden: (a) er is sprake van een publiek belang in de arbitrage; (b) de *amicus* verzoekers hebben voldoende belang bij de uitkomst van de zaak; (c) hun tussenkomst moet een invalshoek of specifieke kennis bieden die verschillend is van die van de partijen in het geschil en die zou helpen bij het beslechten van een feitelijke of juridische vraag met betrekking tot de arbitrage; (d) hun tussenkomst

mag de partijen betrokken bij het geschil niet benadelen. Investeringsarbitragetribunalen hebben systematisch benadrukt dat ‘de noodzaak om de integriteit van de arbitrale procedure te waarborgen vereist dat er *geen procedurele rechten of privileges van welke aard ook toegekend worden aan de niet in het geschil betrokken partijen*’; met andere woorden, een *amicus* tussenkomst leidt niet tot enig recht als derde partij, inbegrepen voor het maatschappelijk middenveld, en is volledig onderworpen aan de discretie van het tribunaal. Vanuit praktisch oogpunt zal een *amicus* meestal de mogelijkheid krijgen om een korte nota in te dienen, waarna de *amicus* al dan niet toegang krijgt tot de procedurestukken, alsmede de conclusies van de partijen in het geschil, en een generieke toegang tot publieke hoorzittingen als deze plaatsvinden.

Dit zijn zonder meer positieve ontwikkelingen, maar toegang als *amicus curiae* volstaat mogelijks niet wanneer de *directe* belangen van derde partijen op het spel staan. Investeringsgeschillen van publiek belang kunnen sterk gelinkt zijn aan bescherming van het milieu, volksgezondheid, mensenrechten of andere kwesties van overheidsbeleid die mogelijk gevolgen kunnen hebben voor de *directe belangen* van bepaalde gemeenschappen of groepen die derde partijen zijn bij een arbitrageprocedure. Om deze reden heeft het maatschappelijk middenveld getracht deze groepen te vertegenwoordigen in een aantal zaken door arbitragetribunalen te verzoeken om de mogelijkheid om *in rechte op te treden*, m.a.w. op de treden als een partij in het geschil. Deze hadden onder meer betrekking op de betwisting door benadeelde gemeenschappen van een verhoging van de waterprijs ten gevolge van de toekenning van een waterdistributie-concessie aan een buitenlandse investeerder door de staat, omdat hiermee hun recht op toegang tot water ondermijnd werd. In dergelijke gevallen klinken de argumenten voor een uitgebreidere toegang tot investeringsarbitrage en het recht om gehoord te worden des te overtuigender.

De Functie en Modaliteiten van het Maatschappelijk Middenveld in Andere Rechtsgebieden

Het maatschappelijk middenveld is in feite op ietwat vergelijkbare wijze actief bij internationale mensenrechteninstanties waar het in rechte kan optreden in naam van de slachtoffers van mensenrechtenschendingen. De vergelijking met internationale

mensenrechteninstanties is van belang. Internationale mensenrechten en het internationaal recht inzake buitenlandse investeringen zijn, met de woorden van Rechter Bruno Simma, geen ‘aparte werelden’. Beiden trachten ze het *individu* – als het ‘ultieme’ subject van internationaal recht – te beschermen tegen onrechtmatig handelen van de staat. De jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), of zelfs van de meer liberale Afrikaanse Commissie voor Mensenrechten (ACHPR), met betrekking tot de mogelijkheid voor het maatschappelijk middenveld om in rechte op te treden werpt licht op een wezenlijk punt - de mogelijkheid voor het maatschappelijk middenveld om in rechte op te treden is gestoeld op het beoordelen van de mensenrechten van de slachtoffers enerzijds, en de verplichtingen van hun staten anderzijds, op grond van een internationaal verdrag, zoals het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden of het Afrikaans Handvest voor de Rechten van de Mens en Volken.

De vergelijking met andere rechtsprekende instanties, zoals het geschillenbeslechtsmechanisme van de Wereldhandelsorganisatie en nationale geschillenbeslechting in ‘common law’ systemen, werpt licht op de fundamentele beperkingen van de *amicus curiae* procedure. Het is duidelijk dat een *amicus* geen recht heeft om door een rechtbank of een tribunaal *gehoord te worden*. Hoewel het maatschappelijk middenveld deze mogelijkheid niet heeft bij internationale rechtsprekende instanties, kan de procedure voor tussenkomst van een derde zoals die bij het Internationaal Gerechtshof (IGH) bestaat inspiratie bieden. Voor het IGH mag een staat tussenbeide komen als derde partij. Deze procedure is inderdaad bekend binnen het gebied van internationale investeringsarbitrage. Tal van IIO’s en IBO’s erkennen expliciet een recht om tussenbeide te komen voor verdragsluitende staten die geen partij zijn bij het geschil zonder dat ze door die tussenkomst partij worden bij het geschil. Wezenlijk is dit een verbeterde vorm van *amicus curiae*. Deze procedure verschilt fundamenteel van tussenkomst van een derde partij (of samenvoeging van zaken), wat zou neerkomen op optreden in rechte – zoals de praktijk is in internationale commerciële arbitrage.

Een Grotere Rol voor het Maatschappelijk Middenveld in Investeringsarbitrage?

Het maatschappelijk middenveld verzocht om in rechte op de treden aangezien ‘... de uitspraak van het Tribunaal de rechten van de verzoekers zal bepalen. Als zodanig is het essentieel dat de verzoekers de mogelijkheid krijgen om gehoord te worden door het Tribunaal’. Niettegenstaande de overtuigende argumenten van het maatschappelijk middenveld in het voordeel van toegang tot de rechtsgang, is de huidige architectuur van investeringsarbitrage niet geschikt om het maatschappelijk middenveld in rechte te laten optreden. Het is wezenlijk opgebouwd als een *eenzijdige* vorm van geschillenbeslechting waar buitenlandse investeerders optreden als eisers en gastlanden als verweerders. Het internationaal recht aangaande buitenlandse investeringen omvat de rechten van buitenlandse investeerders, zoals het recht op een eerlijke en billijke behandeling of snelle, adequate en effectieve compensatie in geval van onteigening, die gastlanden op grond van een internationale verplichting moet respecteren. Een oproep om het maatschappelijk middenveld in rechte te laten optreden als procespartij in investeringsarbitrage zou dus bedrieglijk zijn. De tussenkomst van het maatschappelijk middenveld of een andere derde als een partij niet betrokken bij het geschil door middel van een betere, meer uitgebreide rol als *amicus curiae* kan beschouwd worden als een procedureel haalbaar alternatief, mogelijk op voorwaarde dat ‘er een *direct en aanzienlijk belang is bij de uitkomst van de arbitrage*’. Dit zou met zich meebrengen dat er een recht is om alle hoorzittingen bij te wonen, om schriftelijke en mondelinge conclusies in te dienen bij het tribunaal, en om de schriftelijke conclusies van de partijen in het geschil te ontvangen.

Conclusie

Ondanks de duidelijke erkenning dat de *amicus* procedure niet leidt tot een recht als derde partij, en het eerder gezien wordt als een kwestie van procedurele discretie afhankelijk (onder meer) van het arbitragetribunaal, is de *amicus* procedure nu volledig erkend in geschillen tussen een investeerder en een staat als een procedureel middel om ‘bredere’ publieke belangen te kunnen behartigen. Dit onderzoek heeft getracht te bestuderen of het maatschappelijk middenveld zou kunnen deelnemen aan internationale investeringsarbitrage op een uitgebreidere wijze, dat wil zeggen buiten de *amicus*

procedure en het loutere *bijstand verlenen* aan tribunalen. Tenzij het gehele regime van internationale investeringsarbitrage herdacht wordt, is een status als derde partij voor het maatschappelijk middenveld niet haalbaar, en wellicht ook niet wenselijk. Een tussenkomst als derde partij niet betrokken bij het geschil – zoals voorzien in de Regels van het Internationaal Gerechtshof en in talrijke IIO's en IBO's – zou echter een realistisch alternatief zijn. Een dergelijke tussenkomst zou verbonden kunnen worden aan de voorwaarde van een '*direct en aanzienlijk belang bij de uitkomst van het geschil*'.

Of de toegang van het maatschappelijk middenveld toereikend is, zal onverbiddelijk afhankelijk zijn van de feiten en omstandigheden van elk geschil – het moet niet als een *droit acquis* worden beschouwd. Arbitragetribunalen zouden een beter begrip krijgen van de complexe kwesties van publiek belang in het geding, wat het tribunaal op zijn beurt in staat zou stellen om evenwichtige, minder omstreden, beslissingen te nemen. Als instrumenten van *global governance* zouden deze tribunalen meer legitimiteit verkrijgen en zich ontdoen van hun associatie met anti-globaliseringsleuzen zoals '*mondialisering in één richting*'. Het recht van tussenkomst voor derden met '*een rechtstreeks en actueel belang bij de uitkomst van een geschil*' is een onderdeel van het voorstel van de Europese Commissie voor de hervorming van investeringsarbitrage en zal expliciet opgenomen worden in de toekomstige investeringsverdragen van de EU. De tussenkomst van derden is inderdaad een van de vele hervormingen die zouden kunnen zorgen voor de duurzaamheid van geschillenbeslechting tussen gastlanden en buitenlandse investeerders door middel van arbitrage als een niet-gepolitiseerd, eerlijk, efficiënt, en grotendeels succesvol instrument voor geschillenbeslechting.