

## VOLKENRECHT

Ige F. Dekker, Nico J. Schrijver

### 1. Internationaal Klimaatrecht en het Bali Actieplan

Op Bali, Indonesië, had van 3 tot en met 15 december 2007 de dertiende VN-Klimaatconferentie plaats. Deze leidde, na moeilijke onderhandelingen, tot het aannemen van het Bali Actieplan. Dit fungeert als leidraad voor het overeenkomen van een nieuw verdrag ter aanvulling en vervanging van het Kyoto Protocol uit 1997 dat een looptijd tot 2012 heeft. Opmerkelijk is dat staten ondanks diepe verdeeldheid in hun opvattingen rondom klimaatveranderingen, nu toch een stap richting een gezamenlijke aanpak hebben weten te zetten. Vertegenwoordigers van 188 landen namen het Bali Actieplan uiteindelijk bij consensus aan. De onderhandelingen over de definitieve tekst van het document dat uit het Bali Actieplan zal voortvloeien moeten afgerond worden aan het einde van 2009 in Kopenhagen.

Het Bali Actieplan is een betrekkelijk kort document dat uit dertien inhoudelijke punten bestaat en een tweejarig tijdspad voor verdere onderhandelingen bevat. Het plan bindt alle ontwikkelde landen tot *'measurable, reportable and verifiable nationally appropriate mitigation commitments or actions, including quantified emission limitation and reduction objectives'*, maar ook ontwikkelingslanden hebben zich verplicht tot het bestrijden van klimaatverandering. Zij zullen daarbij internationale hulp ontvangen. Daartoe zijn regelingen opgenomen over onder meer de overdracht van kennis en technologie, fondsen voor klimaataanpassingen in ontwikkelingslanden en het financieel steunen van ontwikkelingslanden bij het beschermen van hun wouden.

De grootste tegenstander van veel voorstellen tijdens de conferentie waren de Verenigde Staten, die geen partij zijn bij het Kyoto Protocol. Zij wilden zich aanvankelijk niet committeren aan concrete doelstellingen met betrekking tot het terugdringen van

de uitstoot van schadelijke gassen of een extern controlesysteem gericht op activiteiten die vervuiling terug zouden dringen. Daarentegen zette de Europese Unie hoog in op een bindend mechanisme om de uitstoot te reduceren van 25 tot 40 procent in 2020 en zelfs tot 50 procent in 2050. De effectiviteit van het nu overeengekomen hangt nu grotendeels af van de Verenigde Staten, aangezien zij – in de toekomst samen met China – voor de grootste uitstoot van broeikasgassen zorgen.

VN Secretaris-Generaal Ban-Ki-moon stelde na afloop van de conferentie: *'all the 188 countries have recognized that this is the defining agenda for all humanity, for all planet Earth.'* Zie eerder over het internationaal klimaatrecht Katern 44, AA 41 (1992) 9, p. 2012; Katern 50 AA 43 (1994) 3, p. 2362; Katern 67, AA 47 (1998) 6, p. 3272-3273. Zie ook IISD, *Earth Negotiations Bulletin*, vol. 12, no. 354, 18 september 2007 en het themanummer over 'Klimaatverandering, een uitdaging voor juristen', *NJB*, nr. 45/46, 21 december 2007.

### 2 Investeringsgeschillen en financiële crises

Op 25 september 2007 nam een *Annulment Committee* van het Internationaal Centrum voor de beslechting van investeringsgeschillen (ICSID) een rapport aan waarin het principieel stelling nam in de verhouding tussen het internationaal gewonterecht en bilaterale investeringsverdragen ten aanzien van het zogenoemde beginsel van noodzakelijkheid. Dit beginsel kan door een staat worden ingeroepen ter rechtvaardiging van bepaalde maatregelen om vitale belangen te beschermen, als deze maatregelen strijdig zijn met zijn internationale verplichtingen. Staten beroepen zich regelmatig op deze verdedigingsgrond maar zij wordt zelden door internationale rechterlijke instantie gehonoreerd. Dat was ook het geval met één van de vele zaken die buitenlandse bedrijven tegen Argentinië aanspanden naar aanleiding van een aantal Argentijnse maatregelen om de ernstige financiële cri-

sis van 2001-2002 te bezweren. Het afschaffen van met name een wettelijk gegarandeerde en geïndexeerde wisselkoersverhouding tussen Amerikaanse dollars en Argentijnse peso's veroorzaakte grote financiële verliezen bij buitenlandse investeerders. Eén van hen was het Amerikaanse energiebedrijf *CMS Gas Transmission Company*, dat zijn claim voor schadevergoeding voorlegde aan een onder auspiciën van het ICSID ingesteld arbitrage tribunaal. Dit tribunaal bepaalde op 12 mei 2005 dat Argentinië inbreuk had gemaakt op het bilaterale investeringsverdrag (BIT) dat het met de Verenigde Staten had gesloten, en kende *CMS Gas* een schadevergoeding toe van ruim 133 miljoen dollars (ICSID case No. ARB/01/8). Het tribunaal verwierp het Argentijnse beroep op artikel XI van het BIT dat partijen toestaat maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn voor, onder meer, 'de handhaving van de publieke orde' of 'de bescherming van zijn eigen wezenlijke veiligheidsbelangen'.

Gezien ook het grote aantal zaken – 26 – dat tegen Argentinië onder de ICSID-procedure loopt, had Argentinië er alle belang bij de uitspraak van het arbitrage tribunaal ter vernietiging voor te dragen. Hoewel de ICSID-Conventie geen formele hoger beroepsprocedure kent, is het mogelijk om – op zeer beperkte gronden, die zijn neergelegd in de artt. 50-52 van de Conventie – een ICSID-Committee te verzoeken een arbitrage uitspraak nader te interpreteren, te herzien of te vernietigen. Aanvankelijk werd van deze mogelijkheid zeer beperkt gebruik gemaakt maar de laatste jaren neemt het aantal interpretatie-, herzienings- én vernietigingsverzoeken sterk toe en is de Argentijnse zaak op dit punt geen uitzondering meer. Dat geldt overigens ook voor de uit-

slag: het *Annulment Committee* wees het Argentijnse vernietigingsverzoek af, aangezien de uitspraak van het arbitrage tribunaal geen blijk gaf van een '*manifest excess of powers*'. Het *Committee* stelde echter wel vast dat de uitspraak '*errors and lacunas*' bevat en in het bijzonder het eerder genoemde artikel XI van het BIT '*cryptically and defectively*' toepast.

Het belangrijkste defect van de uitspraak van het arbitrage tribunaal is, volgens het *Annulment Committee*, dat daarin de gewoonterechtelijke regeling van het beginsel van noodzaak – zoals gecodificeerd in artikel 25 van de ILC-Artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid – en de verdragsrechtelijke regeling van het beginsel in het BIT met elkaar worden versmolten. Hoewel beide regelingen wel enige overeenkomst hebben – zoals dat de beschermingsmaatregelen 'noodzakelijk' moeten zijn voor het te bereiken resultaat – zijn de verschillen tussen beide regelingen veel groter. In het bijzonder stelt de gewoonterechtelijke regeling veel striktere eisen aan de honorering van deze rechtvaardigingsgrond dan de BIT-bepaling. Volgens het *Annulment Committee* zijn er twee interpretaties mogelijk van de verhouding tussen de BIT-bepaling en de gewoonterechtelijke regeling van het noodzakelijkheidsbeginsel. De eerste is dat beide regelingen gezien worden als 'primaire' regels van internationaal recht, waarbij dan de – ruimere – BIT-bepaling als *lex specialis* door het arbitrage tribunaal had moeten worden toegepast. De tweede mogelijke uitleg is dat de gewoonterechtelijke regeling, conform de opvatting van de ILC, gezien wordt als een 'secundaire' regeling, dat wil zeggen een regeling voor de *gevolgen* van een inbreuk op primaire internationaalrechtelijke regels die resulteert in een onrechtma-

tige daad van een staat. In dit laatste geval komt de gewoonterechtelijke regeling pas in beeld als het tribunaal eerst heeft vastgesteld dat de betreffende staat – *in casu* Argentinië – het BIT heeft geschonden en onrechtmatig heeft gehandeld.

Formeel zijn beslissingen van een *Annulment Committee* niet bindend in andere zaken. Maar mede gezien de samenstelling van dit *Committee* – Gilbert Guillaume en Nabil Elaraby, twee oud-rechters uit het Internationaal Gerechtshof, en professor James Crawford, de ILC-rapporteur voor staatsaansprakelijkheid – zal zijn beslissing op nog lopende en toekomstige procedures in soortgelijke zaken veel invloed hebben. En daarmee zal de beslissing ook een forse bijdrage leveren aan de hoogst noodzakelijke harmonisering van het internationaal investeringsrecht, dat in belangrijke mate wordt beheerst door zo'n 2000 bilaterale investeringsverdragen (Nederland heeft bijna 100 BIT's gesloten), en de toepassing daarvan door arbitrage tribunaal in de beslechting van investeringsgeschillen.

De uitspraken zijn te vinden op de website van het ICSID: [www.world-bank.org/icsid](http://www.world-bank.org/icsid). Zie ook het artikel van Jürgen T. Kurtz in *ASIL Insight*, vol. 11, issue 30, 20 December 2007. Eind vorig jaar is de tweede druk verschenen van Asif Qureshi & Andreas Ziegler, *International Economic Law* (Thomson, Sweet & Maxwell, 2007). Naast een behandeling van de grondslagen van dit uitgebreide rechtsgebied, bevat dit boek een inleiding in het monetaire recht, handelsrecht, investeringsrecht, arbeidsrecht, belastingrecht, en ontwikkelingsrecht.

---