



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Domestic courts in investor-state arbitration : partners, suspects, competitors

Prislan, V.

Citation

Prislan, V. (2019, June 27). *Domestic courts in investor-state arbitration : partners, suspects, competitors*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/74364>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/74364>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/74364> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Prislán, V.

Title: Domestic courts in investor-state arbitration : partners, suspects, competitors

Issue Date: 2019-06-27

Samenvatting (Summary in Dutch) – Nationale rechtspraak in investeringsarbitrage: partners, verdachten, concurrenten

Deze studie handelt over de diverse rollen die door investeringstribunalen worden toegekend aan nationale gerechten bij het beslechten van geschillen tussen staten en buitenlandse investeerders. Het proefschrift onderzoekt onder meer de benadering van nationale gerechten in de jurisprudentie van internationale investeringstribunalen. Het onderzoek maakt de balans op van deze steeds groeiende jurisprudentie; met het doel om deze niet alleen beter te begrijpen, maar ook met de bedoeling om een coherente theorie te ontwikkelen over hoe nationale gerechten worden gepercipieerd door internationale arbiters. Deze studie betoogt dat deze rollen in essentie op drie manieren kunnen worden onderscheiden. Ten eerste als *partners*, in de zin dat nationale gerechten arbitragetribunalen kunnen bijstaan bij het vaststellen van feiten, alsmede betreffende de toepasselijkheid en inhoud van nationaal recht. Ten tweede, als *verdachten*, in de zin dat hun gedrag zelf schadelijk kan zijn voor de investeerder en zijn investering, en als zodanig onderwerp van onderzoek door arbitragetribunalen wordt. En ten derde, als *concurrenten*, in de zin dat nationale gerechten, door een oplossing te bieden voor het herstel van schade die de investeerder lijdt door toedoen van de autoriteiten van een gastland, kunnen concurreren met arbitragetribunalen als mogelijke fora voor het oplossen van investeringsgeschillen. Teneinde ieder van deze specifieke rollen toe te lichten, is het onderzoek verdeeld in drie delen. Elk deel bestaat uit drie hoofdstukken die verschillende aspecten van de jurisprudentie van arbitragetribunalen behandelen. Deze worden voorafgegaan door hoofdstukken die respectievelijk de theoretische en historische referentiekaders beschrijven, waarmee de relatie tussen investeringstribunalen en nationale gerechten mogelijk kan worden onderzocht en geduid.

Hoofdstuk 1 introduceert een aantal theoretische kaders die kunnen worden gebruikt om de relatie tussen nationale gerechten en investeringstribunalen te conceptualiseren. In het bijzonder worden drie soorten hulpmiddelen genoemd. Ten eerste instrumenten die anders worden gebruikt voor het conceptualiseren van de relatie tussen de verschillende rechtsordes waarin beide soorten rechtsprekende organen opereren, zoals de doctrines van monisme en dualisme en het uitgangspunt van de suprematie van het internationaal recht. Ten tweede, instrumenten die gewoonlijk worden toegepast bij het reguleren van interacties tussen verschillende rechtsprekende instanties, zoals de principes van *res judicata* en *lis alibi pendens*. En ten derde, de instrumenten die worden toegepast in de procedure van het herzien van de beslissingen van het ene gerecht of instantie door andere, zoals dat het geval is overeenkomstig herzieningsstandaarden en respect voor eerdere beslissingen. De in dit hoofdstuk besproken theoretische instrumenten zijn niet geanalyseerd vanuit een normatieve ambitie, bijvoorbeeld om te bepalen wat idealiter de juiste relatie tussen nationale gerechten en investeringstribunalen zou moeten zijn. Veeleer betoogt de studie dat deze theoretische hulpmiddelen zo hun beperkingen hebben. Mede om die reden worden de instrumenten louter besproken en ingezet met het oog op de daaropvolgende analyse van jurisprudentie, aangezien sommige van deze theoretische concepten de besluitvorming door investeringstribunalen in de praktijk lijken te beïnvloeden.

Hoofdstuk 2 zet op zijn beurt de historische ontwikkelingen uiteen die de houding van internationale hoven en tribunalen ten opzichte van nationale gerechten onmiskenbaar hebben beïnvloed en dat blijven doen. De studie stelt dat de huidige houding veel te maken heeft met de manier waarop arbitrage tussen investeerders en staten aangewend wordt als een specifiek mechanisme voor de regeling van internationale investeringsgeschillen. Ontworpen op een manier die buitenlandse investeerders toestaat om een direct beroep te doen op een internationale rechtsgang zonder de voorafgaande uitputting van nationale rechtsmiddelen, heeft investeringsarbitrage zich geleidelijk kunnen ontwikkelen tot een volwaardig alternatief voor lokale berechting van investeringsgeschillen. Onvermijdelijk leidde dit tot een perceptie dat

ationale gerechten eigenlijk overbodig zijn. Een dergelijke perceptie werd tevens gevoed door de parallelle ontwikkeling van het internationaal recht als het belangrijkste rechtskader van de normen voor de betrekkingen van gastlanden met buitenlandse investeerders. Nu het nationale recht niet langer alle relevante normatieve kaders geeft, verliezen nationale gerechten ook in toenemende mate het primaat in investeringsgeschillenbeslechting alsmede de mogelijkheid om voorrang boven internationale rechterlijke instanties te claimen. De studie toont aan dat de procedurele en inhoudelijke internationalisering van de relaties tussen investeerders en staten, die plaatsvond met de invoering van investeringsarbitrage, op zichzelf niet nieuw is, maar deel uitmaakt van een lange reeks inspanningen, vanaf ten minste de 19^e eeuw, om buitenlandse investeringen uit te zonderen van beperkingen die op nationaal niveau worden gesteld. Deze inspanningen zijn, zoals de studie stelt, gekoppeld aan het lang bestaande wantrouwen tussen kapitaalexporterende/westerse en kapitaalimporterende/niet-westerse staten over het vermogen van nationale (niet-westerse) gerechten om adequaat de geschillen met buitenlandse investeerders te beslechten.

Tegen deze theoretische en historische achtergrond zoals in de hoofdstukken 1 en 2 beschreven, gaat het onderzoek verder met de analyse van de hedendaagse arbitragejurisprudentie. In **deel I** van het proefschrift, dat de hoofdstukken 3 tot 5 bevat, worden eerst de verschillende situaties besproken, waarbij nationale gerechten als *partners* voor investeringstribunalen kunnen worden beschouwd. Zoals de studie betoogt, is deze rol voornamelijk op het terrein van de vaststelling van het geldende recht. In hoofdstuk 3 wordt uiteengezet dat, ondanks de opkomst van het internationaal recht als de belangrijkste maatstaf voor de omgang van staten met buitenlandse investeerders, de nationale wetgeving nog steeds van groot belang is bij het beslechten van investeringsgeschillen door investeringstribunalen - en daarmee ook nationale gerechten, in hun rol als de rechterlijke instanties die primair belast zijn met de interpretatie en toepassing van dat nationale recht. Hoofdstuk 3 brengt de verschillende omstandigheden in kaart waaronder investeringstribunalen groepen kunnen zijn om het nationale recht in het kader van arbitrage te interpreteren en toe te passen. Uit het onderzoek blijkt dat investeringstribunalen daar dikwijls mee te maken krijgen. Het hoofdstuk laat zien dat het internationale investeringsrecht tegenwoordig een complexe relatie onderhoudt met andere rechtsbronnen, waaronder het nationale recht, met als gevolg dat investeringstribunalen nationale rechterlijke uitspraken die dit recht interpreteren en toepassen niet kunnen negeren.

De twee daaropvolgende hoofdstukken handelen vervolgens over de vraag hoe investeringstribunalen de bevindingen en uitspraken van nationale rechterlijke instanties hebben benaderd ingeval deze relevant waren voor de aan hen voorgelegde rechtsvragen. Daartoe onderzoekt hoofdstuk 4 in de eerste plaats de gevolgtrekkingen die internationale investeringstribunalen hebben willen geven aan de uitspraken van nationale gerechten die in een eerder stadium werden gedaan in nationale gerechtelijke procedures waarbij de investeerder en/of zijn investering betrokken was. Uit het onderzoek blijkt dat met betrekking tot zaken die echt relevant waren voor de kansen op een bepaalde verdragsaanspraak, de investeringstribunalen opvallend genoeg meestal weerlegden dat zij juridisch gebonden zijn aan de oordelen van die nationale rechterlijke instanties. Tribunalen hebben daarbij verschillende gronden aangevoerd om de invloed van de rechtsgevolgen van nationale gerechten te verkleinen. Zo riepen zij argumenten aan betreffende de beginselen van de suprematie van het internationaal recht en het dualisme. Ook deden zij dikwijls een beroep op de specifieke bevoegdheden of plichten die hun werden verleend of die zij genoten op grond van hun rechtsprekende functies, zoals het kompetenz-kompetenz-beginsel of de plicht om zelfstandig het bewijsmateriaal te waarderen dat aan hen wordt voorgelegd. Uiteindelijk merkt het onderzoek echter ook op dat, ondanks formele uitzonderingen met betrekking tot het vermeende ontbreken van gezag van nationale rechterlijke uitspraken, investeringstribunalen hen in de praktijk niettemin vaak enig gewicht in de schaal van hun arbitrage hebben toegekend.

Hoofdstuk 5 bespreekt hierna de rol die de jurisprudentie van nationale gerechten speelt in het proces van vaststelling van het geldend recht in het algemeen. Uit het onderzoek blijkt dat in het geval van jurisprudentie die geen direct verband houdt met de concrete investeerder of zijn investering, tribunalen vaak het nut van deze ruiterlijk erkenden en er in feite herhaaldelijk gebruik van maakten bij het vaststellen van het toepasselijk nationaal recht dat relevant was voor het beslechten van kwesties die bij hen aanhangig waren. Dit was met name het geval wanneer de behoefte ontstond om onduidelijke wettelijke bepalingen te verhelderen of om rechtspunten te bepalen die anders door eenvoudige toepassing van wettelijke bepalingen niet konden worden vastgesteld. Zoals hoofdstuk 5 betoogt, is de neiging van het gemiddelde tribunaal om zich in dergelijke omstandigheden te beroepen op de jurisprudentie van de nationale rechter niet alleen wel zo praktisch, maar vloeit deze ook voort uit het feit dat arbiters die zitting hebben in dergelijke tribunalen kennis van het toepasselijke nationale recht ontberen. Het hoofdstuk laat zien dat arbiters in feite niet vrij zijn om dergelijke jurisprudentie te negeren. Als rechtsprekende instanties die het recht toepassen dat afkomstig is van een andere rechtsorde dan die waaraan zij hun bestaan te danken hebben, zijn investeringstribunalen eigenlijk wel verplicht om de jurisprudentie van nationale gerechten in hun werk te betrekken, al was het alleen al omdat zij verplicht zijn om het nationale recht op die manier te interpreteren en toe te passen zoals het feitelijk zou worden toegepast in het nationale rechtssysteem. Alhoewel zich dit niet laat vertalen in een op zichzelf staande verplichting om op eigen initiatief onderzoek te doen naar relevante nationale jurisprudentie, zijn arbiters op z'n minst verplicht om hierover de standpunten van de partijen te vragen bij de onderwerpen die relevant zijn voor de interpretatie of toepassing van het toepasselijke nationale recht.

Al met al blijkt uit de analyse in deel 1 dus een zekere dualiteit van de zijde van de investeringstribunalen in hoe zij nationale gerechten benaderen als 'partners'. Hoewel tribunalen over het algemeen niet geneigd zijn om zonder meer eerdere uitspraken van de nationale gerechten te volgen die betrekking hebben op de geschillen waarbij de buitenlandse investeerder betrokken is, hebben investeringstribunalen weinig moeite om de rol van nationale rechters en hun jurisprudentie over het algemeen te aanvaarden in de vaststelling van het geldende nationale recht en de juridische verduidelijking op abstract niveau. Al met al toont deel 1 van het onderzoek echter aan dat de mate van respect voor de nationale jurisprudentie uiteindelijk draait om de kwaliteit van de rechterlijke uitspraken van de nationale gerechten. In de praktijk, ongeacht of de bepalingen in kwestie relevant waren vanwege concrete uitspraken, of vanwege uitspraken in abstracto, waren tribunalen over het algemeen geneigd om deze uitspraken te accepteren zolang deze waren gebaseerd op beslissingen van onafhankelijke, niet belanghebbende rechters en de uitspraken geen ernstige tekortkomingen vertoonden in procedureel of inhoudelijk opzicht: dat wil zeggen, zolang ze vanuit het perspectief van internationale normen onaantastbaar waren. Met andere woorden, investeringstribunalen accepteren nationale gerechten dus als partners in het proces van rechtsvinding in de mate dat hun algemeen gedrag hen niet in verdachten veranderde.

In **deel II** van het proefschrift, dat de hoofdstukken 6 tot 8 omvat, verschuift het onderzoek vervolgens naar die omstandigheden waarin investeringstribunalen binnenlandse rechtbanken als '*verdachten*' benaderen: namelijk in situaties waarin het gedrag van nationale gerechten zelf mogelijk niet voldoet aan de toepasselijke internationale normen. In de uitoefening van hun reguliere rechterlijke functies, bevestigen nationale rechterlijke instanties gewoonlijk de eigendomsrechten en andere rechten die een investeerder bezit volgens het nationale recht of wijzigen zij deze dan wel verklaren zij deze vervallen. Die rechten betreffen echter vaak activa die ook worden beschermd door een investeringsverdrag, of zijn anderszins van belang voor de werkwijze van een beschermde investering. Wanneer de juridische behandeling van de investeerders' rechten door de nationale rechterlijke instanties niet voldoet aan de normen van het internationaal recht, kan de gaststaat dus aansprakelijk worden gesteld voor overtreding van het toepasselijke

investeringsverdrag. Om die situaties onder de loep te nemen behandelen de volgende drie hoofdstukken de normen aan de hand waarvan investeringstribunalen het vaakst dit "verdachte" gedrag van nationale rechterlijke instanties aan een kritische beoordeling onderwerpen.

Hoofdstuk 6 begint met een onderzoek van de praktijk van de investeringstribunalen aan de hand van het concept van de rechtsontzegging ('denial of justice'); een concept dat tot op de dag van vandaag het belangrijkste normatieve kader blijft bieden voor het beoordelen van de correctheid van rechterlijk gedrag. Hoewel het verbod op rechtsontzegging een onderdeel vormt van de minimumstandaard van behandeling waarop investeerders volgens het internationaal gewoonterecht recht hebben, passen investeringstribunalen dit verbod gewoonlijk toe als onderdeel van de standaard van eerlijke en rechtvaardige behandeling ('Fair and Equitable Treatment') van buitenlandse investeringen zoals voorgeschreven in investeringsverdragen. Echter, zoals hoofdstuk 6 laat zien, de beoordeling van het gedrag van nationale gerechten door het prisma van de rechtsontkenning is grotendeels onderworpen gebleven aan onbepaalde normen, niet veel verschillend van die toegepast door verschillende arbitrale en gerechtelijke instanties van vóór de Tweede Wereldoorlog, en dus afhankelijk van de subjectieve beoordeling van de arbiters die over elk specifiek geval apart beslissen. Bovendien blijkt uit het onderzoek dat rechtsontzegging heel moeilijk vast te stellen is, zoals blijkt uit het opmerkelijk geringe aantal gevallen waarin een gaststaat aansprakelijk werd gesteld omdat hij de investeerders niet de juiste behandeling in de rechtsbedeling had gegeven. Zoals de analyse aantoont, was dit niet omdat investeringstribunalen de nationale gerechten met meer omzichtigheid zijn gaan behandelen dan andere staatsorganen, maar omdat de test voor het aantonen van een rechtsontzegging als een hoge drempel werd beschouwd: alleen de zwaarste onregelmatigheden bij nationale procedures en alleen de meest manifest verkeerde beslissingen werden geacht tot aansprakelijkheid van de gaststaat te kunnen leiden.

Gezien de vrij zwakke vooruitzichten om een staat met succes aansprakelijk te stellen op grond van rechtsontzegging, is het niet verrassend dat investeerders steeds vaker andere, meer specifieke behandelingsnormen inroepen onder investeringsverdragen, in een poging verhaal te halen voor de schade die door toedoen van de rechterlijke macht van de gaststaat is toegebracht. Hoofdstuk 7 gaat in op deze praktijk en gaat na hoe investeringstribunalen andere verdragsnormen met betrekking tot omstreden juridisch gedrag hebben geïnterpreteerd en toegepast. Aangezien veel van de verplichtingen onder geldende investeringsverdragen hun oorsprong vinden in de internationale minimumstandaard van behandeling, heeft een groot aantal investeringstribunalen met de vraag geworsteld hoe dergelijke verdragsnormen zich dan precies verhouden tot de concepten van rechtsontzegging en rechtvaardigheid. Vele tribunalen zijn uiteindelijk niet bereid geweest een categorisch onderscheid te maken tussen ongelijksoortige verdragsnormen (zoals die van eerlijke en rechtvaardige behandeling, volledige bescherming en veiligheid, niet-bijzondere waardevermindering en zelfs de eerlijke procesverplichting in onteigeningsbedingen). Om die reden interpreteerden zij deze dus niet anders dan de gebruikelijke verplichting van staten om te voorzien in een adequaat rechtssysteem. Het onderzoek wijst echter ook uit dat nogal wat investeringstribunalen ook geneigd zijn om afwijkende verdragsnormen als toevoegsel aan de gebruikelijke internationale minimumstandaard te interpreteren, en zodoende meer strenge of veeleisende verplichtingen aan de rechterlijke macht op te leggen dan die van de rechtsontzeggings-standaard. Dit is het geval geweest met verdragsbepalingen die het bestaan van "effectieve middelen voor het doen gelden van claims en handhavingsrechten" vereisten. Deze werden beschouwd als een relatief zwaardere verdragsnorm. Ook is waarneembaar dat in een toenemend aantal gevallen investeringstribunalen bereid zijn geweest een schending van de standaard van eerlijke en rechtvaardige behandeling vast te stellen op andere gronden dan door rechtsontzegging.

Hoofdstuk 8 sluit dit deel van het onderzoek af met de bespreking van de principiële rechtsvraag in hoeverre nationale rechterlijke procedures zo mogelijk volledig moeten zijn

uitgeput voordat op internationaal niveau onrechtmatig juridisch gedrag kan worden ingeroepen en vastgesteld. Uit het onderzoek blijkt dat het uitputten van nationale rechtsmiddelen telkens een materiële voorwaarde voor claims van rechtsonzeggings is. Dit betekent dat toerekenbaarheid en aansprakelijkheid pas kunnen worden verondersteld zodra het nationale rechtelijke systeem in zijn geheel is ingeroepen en uitgeprobeerd om rechtsherstel aan de gelaedeerde buitenlandse investeerder te bieden. Conceptueel is de toepassing van deze finaliteitsregel gekoppeld aan de specifieke aard van de internationale verplichting in kwestie. Aangezien het verbod van rechtsonzeggings is gebaseerd op de plicht om een adequaat rechtssysteem te bieden, moet het systeem als geheel worden getest voordat men kan zeggen dat de plicht tot rechtsherstel is geschonden. Toch kunnen niet alle verdragsnormen noodzakelijkerwijs verplichten om een bepaald soort rechts systeem in stand te houden. Zoals uit het onderzoek blijkt, zijn investeringstribunalen niet bereid geweest de finaliteitsregel te aanvaarden ten aanzien van alle soorten verdragsvorderingen die zijn gebaseerd op het vermeende wangedrag van nationale gerechten. Het probleem is echter dat verplichtingen volgens de meeste verdragsnormen op verschillende manieren kunnen worden geïnterpreteerd, waardoor de toepassing van de finaliteitsregel afhankelijk is van hoe men de concrete verdragsnorm interpreteert.

Het geheel overziende, laat de studie dus het bestaan van een dubbele neiging zien in situaties waarin nationale gerechten in de rol van ‘verdachten’ optraden. Aan de ene kant toont het onderzoek dat voornamelijk het concept van rechtsonzeggings de grondslag vormt bij de beoordeling door investeringstribunalen van de juistheid van nationale rechterlijke stappen, maar ook dat deze norm een hoge drempel oplegt die in de praktijk moeilijk te nemen bleek te zijn. Anderzijds wijst het onderzoek uit dat investeringstribunalen in toenemende mate de neiging hebben om rechterlijk gedrag te toetsen aan andere door investeringsverdragen voorgeschreven behandelingsnormen. Sommige van deze zijn opgevat als het opleggen van zwaardere eisen aan nationale rechterlijke instanties dan alleen een "adequate" rechtsbedeling. Zoals uit het onderzoek blijkt, is de tendens om vermeende inadequate rechtsbedeling te toetsen aan de hand van andersoortige verdragsnormen niet alleen een poging om de strenge eisen van de norm van rechtsonzeggings te ontlopen, maar ook om te ontkomen aan het vereiste van uitputting van alle nationale rechtsmiddelen en dus van finaliteit als voorwaarde voor het inroepen en eventueel vaststellen van aansprakelijkheid van de gaststaat op internationaal niveau. Deze laatste regel past niet goed bij het huidige stelsel van arbitrage tussen investeerders en staten, waarbij het voorafgaand gebruik van alle nationale rechtsmiddelen in het algemeen is geschrapt als voorwaarde voor het kunnen indienen van een internationale claim.

Tot slot, in **deel III** van het proefschrift, dat de hoofdstukken 9 tot en met 11 omvat, richt de focus van het onderzoek zich op situaties waarin nationale gerechten kunnen worden gezien als ‘concurrenten’ van investeringstribunalen. Zoals het onderzoek betoogt, is internationale investeringsarbitrage de voorkeursmethode geworden voor de afwikkeling van geschillen met buitenlandse investeerders. Vaak zijn echter de maatregelen die een investering nadelig beïnvloeden en die de investeerder voornemens is aan te vechten voor een investeringstribunaal, evenzeer aan de kaak te stellen in de rechtszalen van de gaststaat. In dergelijke situaties kunnen nationale gerechten zelf een mogelijkheid bieden om beroep aan te tekenen, en zodoende de toegang tot internationale arbitrage overbodig maken. In de hoofdstukken 9 tot en met 11 wordt onderzocht hoe investeringstribunalen hebben gereageerd op gevallen waarin nationale gerechten hun rechterlijke bevoegdheid opeisen over bepaalde klachten en grieven van buitenlandse investeerders.

Hoofdstuk 9 onderzoekt in de eerste plaats de verschillende juridische technieken die door arbiters zelf worden toegepast in situaties van daadwerkelijke of potentiële concurrentie met rechtspraak van nationale gerechten. Het onderzoek laat een tweeledige tendens zien. Aan de ene kant hebben investeringstribunalen de neiging gehad om directe concurrentie met nationale gerechten te vermijden door manieren te vinden om formele overlapping van rechtspraak te voorkomen. Aan de andere kant, en zelfs soms tegelijkertijd, geven deze de voorkeur aan

oplossingen die hen in staat stelden om rechtsmacht uit te oefenen over het concrete investeringsgeschil. Daartoe hebben tribunalen twee strategieën ontwikkeld. In de eerste plaats hebben zij de gewoonte gehad om de relevante rechtsinstrumenten beperkend te interpreteren en/of toe te passen teneinde mogelijke overlappingen tussen nationale en internationale rechtsmiddelen weg te nemen. Dit hield echter niet in dat de rechtsmacht over het investeringsgeschil als geheel werd opgegeven, maar slechts de bevoegdheid om zaken te behandelen die anders in de eerste plaats door het nationale recht werden beheerst. Ten tweede, en meer algemeen, onderscheidden de tribunalen de normatieve basis waarop de vorderingen voor de rechtbanken werden gebaseerd op de basis van de claims die in de arbitrage werden gepresenteerd. Dit werd gedaan met het oog op het geldend maken van hun rechtsmacht over het investeringsgeschil. Nationale gerechten, als organen van de gaststaat, werden verondersteld normen toe te passen waarin het nationale recht voorziet en die formeel niet dezelfde zijn als de internationale normen die de tribunalen zelf toepassen. Internationale investeringstribunalen zagen zichzelf dus op een ander niveau dan nationale gerechten. Hoewel de laatste evengoed bevoegd zouden kunnen zijn om geschillen te beslechten die voortkomen uit dezelfde onderliggende feiten, zou dit geen invloed kunnen hebben op de eigen mandaten van de internationale tribunalen, aangezien dezelfde reeks handelingen aanleiding kan geven tot parallelle, maar onderling onafhankelijke claims.

In de volgende stap onderzoekt hoofdstuk 10 de verschillende verdragsmiddelen waarmee staten geprobeerd hebben om de onderlinge jurisdictie tussen nationale gerechten en investeringstribunalen te regelen en wordt besproken hoe deze middelen in de praktijk zijn geïmplementeerd. Uit het onderzoek blijkt dat, ook wat betreft de interpretatie en toepassing van dergelijke verdragsinstrumenten, investeringstribunalen hun rechtsmacht over het investeringsgeschil geldend hebben weten te maken. Ondanks het feit dat deze verdragsbepalingen aan nationale gerechten een specifieke rol bij de beslechting van investeringsgeschillen hebben toegekend, weigerden internationale tribunalen grotendeels om van het uitoefenen van hun rechtsprekende bevoegdheden af te zien ten gunste van nationale gerechten. In het geval van zogenaamde ‘fork-in-the-road’-clausules, die vereisen dat investeerders onherroepelijk een keuze maken tussen een nationale rechtsgang en internationale arbitrage, hebben investeringstribunalen bijvoorbeeld herhaaldelijk een onderscheid gemaakt tussen claims gebaseerd op het contract en claims gebaseerd op het verdrag om zodoende hun eigen bevoegdheid te handhaven. Claims gebaseerd op het contract, dat op basis van het nationale recht voor nationale gerechten konden worden beslecht, werden dus onderscheiden van claims die gegrond zijn in internationaal recht en die aan investeringstribunalen werden voorgelegd. In het geval van zogenaamde verplichte lokale geschillenbeslechting die de benadeelde investeerders ertoe dwingen eerst hun geschillen bij de gerechten van het gastland voor een bepaalde periode te brengen, hanteren tribunalen verschillende technieken. Zij probeerden deze te omzeilen door dergelijke bepalingen eerder als minder gunstig voor investeerders te beschouwen dan door rechtstreekse toevlucht te nemen tot verdragsarbitrage, of door ze als niet van toepassing te beschouwen in de omstandigheden van het geval.

Ten slotte gaat hoofdstuk 11 in op de rol van de investeerder zelf in het omgaan met gevallen van rechtsmachtsconflicten. Het richt zich met name op de mogelijkheid dat de investeerder afstand kan doen van zijn recht om arbitrage in te roepen met betrekking tot een investeringsgeschil. Dit door middel van contractuele bepalingen die zijn aangegaan met het gastland, of op grond van de eigen gedragingen van investeerders ten opzichte van het geschil. Uit het onderzoek blijkt dat ook in dergelijke omstandigheden investeringstribunalen niet bijzonder geneigd waren om afstand te doen van hun bevoegdheid over een specifiek geschil ten gunste van nationale gerechten. Contractuele forumkeuzeclausules werden dus in grote lijnen terughoudend geïnterpreteerd en werden niet geacht om zomaar de jurisdictie van de tribunalen aan te kunnen tasten, in ieder geval niet in afwezigheid van zeer expliciete contractuele bepalingen. Ook het louter

procederen in nationale gerechten werd niet geacht om tot een impliciete afstand van verdragsmiddelen te kunnen leiden. In algemene zin werd de investeerder niet geacht om gemakkelijk afstand te kunnen nemen van het recht op een internationaal rechtsmiddel.

Over het geheel genomen heeft het onderzoek in deel 3 aldus aangetoond dat investeringstribunalen in situaties van bevoegdheidsconflicten over het algemeen de neiging hadden om nationale gerechten niet te behandelen op basis van wederzijdse gelijkheid. Hoewel zij over het algemeen geneigd waren hun eigen rechtsbevoegdheid zodanig te construeren dat zij formele overlap met nationale rechterlijke instanties konden vermijden, waren arbiters grotendeels geneigd oplossingen te vinden die hen in staat stelden hun bevoegdheid over het concrete investeringsgeschil te handhaven. Over het algemeen ging de voorkeur altijd naar oplossingen die leiden tot arbitrage. Investeringstribunalen zagen zichzelf niet zozeer als functionele alternatieven voor nationale gerechten; zij achtten zich veeleer als het voornaamste forum voor het oplossen van investeringsgeschillen.

In zijn geheel werpt het onderzoek dus nieuw licht op een belangrijk aspect van de relatie tussen nationale gerechtelijke instanties en internationale scheidsgerechten. Als zodanig is het proefschrift ook van belang voor de discussie over verdere ontwikkeling en hervorming van het huidige systeem van geschillenbeslechting tussen investeerders en staten.

