



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Principles of evidence in investor-state arbitration: burden, standards, presumptions & inferences

Duggal, K.A.N.

Citation

Duggal, K. A. N. (2019, February 28). *Principles of evidence in investor-state arbitration: burden, standards, presumptions & inferences*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/68700>

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/1887/68700>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The following handle holds various files of this Leiden University dissertation:

<http://hdl.handle.net/1887/68700>

Author: Duggal, K.A.N.

Title: Principles of evidence in investor-state arbitration: burden, standards, presumptions & inferences

Issue Date: 2019-02-28

SAMENVATTING (DUTCH SUMMARY)

Het proefschrift tracht te volgende onderzoeksvraag te beantwoorden: “Zijn er bewijsprincipes die erkend en toegepast worden door investeringstribunalen of vallen de beginselen inzake bewijs louter binnen de discretionaire bevoegdheden van een tribunaal?”

Het uitgangspunt voor de analyse is een van de basisprincipes van internationale arbitrage namelijk dat een arbitragetribunaal niet gebonden is door technische procedureregels of regels omtrent het bewijs. Dit is waarschijnlijk de reden waarom arbitrageregels bewijsprincipes niet op gedetailleerde wijze opnemen, althans in vergelijking met de nationale wetgeving terzake in de meeste landen. De enige regels die vaak voorzien zijn bevestigen enkel de discretionaire bevoegdheid van een tribunaal inzake bewijsregels. Aan de andere kant worden geschillen tussen een staat en een investeerder vaak alleen op grond van (gebrek aan) bewijs afgewezen. Critici wijzen er dan ook op dat het ontbreken van een leidraad met betrekking tot bewijsregels en -principes problematisch kan zijn, omdat het een tribunaal een zeer ruime discretionaire bevoegdheid geeft dienaangaande. Deze discretionaire bevoegdheid wordt *ad hoc* uitgeoefend, waardoor soortgelijke zaken op een verschillende manier bepaald worden.

Het onderzoek richt zich op de publiek beschikbare uitspraken van tribunalen in investeerder-staat geschillen, aangevuld met rechtsleer, om de bewijsprincipes te identificeren betreffende de bewijslast, de bewijsstandaard, vermoedens en gevolgtrekkingen. In dit onderzoek concludeer ik dat investeringstribunalen inderdaad

bewijsprincipes omtrent de bewijsstandaard, vermoedens en gevolgtrekkingen hebben erkend en toegepast. Deze beginselen vloeien niet altijd voort uit de algemeen aanvaarde visie betreffende de discretionaire bevoegdheid van tribunalen. Veeleer worden deze beginselen algemeen erkend als algemene rechtsbeginselen.

Ik concludeer dat het niet respecteren van bewijsprincipes gevolgen kan hebben, hoewel de specifieke gevolgen verschillen in functie van de aard van het principe in kwestie. Bijvoorbeeld, het niet voldoen aan een aantal principes (bvb inzake bewijslast) kan echter zeer verregaande gevolgen hebben (zoals de nietigverklaring van de arbitrale uitspraak onder het ICSID Verdrag). Voor andere principes, zoals het al dan niet gebruik maken van gevolgtrekkingen door een tribunaal, is afhankelijk van de beoordeling door het tribunaal van het bewijs en kan bijgevolg, in beginsel, niet leiden tot een nietigverklaring van de uitspraak.

Hieronder volgt een samenvatting van de belangrijkste bewijsprincipes die in het onderzoek zijn onderzocht:

Bewijslast: Principes met betrekking tot de bewijslast (*wie* moet bewijzen) hebben, in de context van investeringsarbitrage, een van de meest duidelijke basisbeginselen - een partij die een aanspraak of bewering maakt (eiser of verweerder) draagt de bewijslast (het “basisprincipe”). Tribunalen hebben systematisch geweigerd dit principe te versoepelen of de bewijslast om te keren en hebben de principes inzake bewijslast toegepast in alle fases van een arbitrageprocedure. Door de toepassing van de principes inzake bewijslast in de bevoegdheidsfase wordt dit principe erkend, maar de toepassing ervan is enigszins anders in de zin dat in de bevoegdheidsfase een partij die de bewijslast draagt enkel de feiten die betrekking hebben op de grond van de zaak moet aanvoeren zonder dat deze in die fase bewezen moeten worden. Dit wordt het *pro tem* principe genoemd.

Rekening houdend met de alomtegenwoordigheid van de principes inzake de bewijslast, zal het niet toepassen van het principe inzake bewijslast of een onterechte omkering van de bewijslast, de meest verregaande gevolgen hebben, hetzij een mogelijke nietigverklaring in het kader van een ICSID-procedure of een weigering uitvoering te verlenen van de uitspraak in de context van een niet-ICSID-procedure. De onderliggende reden van het basisprincipe is de algemeen aanvaarde opvatting dat een investeringstribunaal geen brede onderzoeksbevoegdheden met betrekking tot bewijs heeft, vergeleken met de nationale rechter. Gezien deze beperkte macht, vereist het basisprincipe dat de partij die een aanspraak maakt of een verweer voorlegt een dergelijke aanspraak of verweer baseert op een stevig onderbouwd feitelijk relaas.

Omkering van de bewijslast: investeringstribunalen hebben erkend dat wanneer een partij die de initiële belasting draagt, bewijsmateriaal ter staving van haar bewering aanbrengt, de bewijslast verschuift naar de andere partij die bijgevolg de aangevoerde bewijzen dient te weerleggen of de bewering als dusdanig dient te aanvaarden (het omkerings- of verschuivingsprincipe of het “shifting principle”). De partij die de last draagt moet tenminste prima facie bewijs leveren opdat de last naar de andere partij verschoven zou worden.

Een partij heeft de mogelijkheid een uitspraak aan te vechten op grond van het feit dat een tribunaal de bewijslast niet heeft omgekeerd. Het verschuivingsprincipe is echter zeer nauw verbonden met de vrijheid van een tribunaal inzake de evaluatie van het voorliggend bewijs, omdat een tribunaal moet bepalen of een partij die de oorspronkelijke bewijslast heeft het nodige bewijs geleverd heeft om een verschuiving van de bewijslast te rechtvaardigen. Om die reden is de mogelijkheid van nietigverklaring of niet-erkenning voor nationale rechtbanken hier moeilijker vergeleken met de bewijslast. De onderliggende reden voor het verschuivingsprincipe is dat het partijen in staat stelt om op de door de andere partij geproduceerde bewijzen in te gaan

en zo het tribunaal de best mogelijke informatie te verstrekken om een uitspraak te vellen. Dit verklaart ook waarom de nietigverklaring van een uitspraak omdat een tribunaal geweigerd heeft de bewijslast om te keren moeilijker is; het omkeringsproces vindt immers plaats *tijdens* de procedure, en er is vaak een beperkte betrokkenheid van het tribunaal tot aan de zitting. Het zal dus moeilijk zijn voor een partij om aan te voeren dat een tribunaal de bewijslast niet omgekeerd heeft, omdat de arbitrale uitspraak niet altijd alle tussenstappen in de einduitspraak opneemt.

Bewijsstandaard: Principes met betrekking tot de bewijsstandaard bepalen hoeveel en welk type bewijs geleverd moet worden door de partij die de bewijslast draagt. De meeste arbitrageregels bevatten geen verwijzingen naar de beginselen met betrekking tot de bewijsstandaard en bieden bijgevolg weinig of geen aanwijzingen dienaangaande. Er zijn verschillende bewijsstandaarden die in verschillende omstandigheden van toepassing zijn.

- De meest gebruikelijke standaard die ook in de meeste situaties van toepassing is, is de zogenaamde *balance of probabilities* of *preponderance* test, behoudens wanneer de *prima facie* of een verhoogde standaard van toepassing is. Deze standaard is gelijkaardig aan de 'inner conviction' test die van toepassing is in civielrechtelijk systemen;
- de andere standaard is de *prima facie*-test die van toepassing is in de jurisdictionele of bevoegdheidsfase voor zaken die betrekking hebben op de grond van de zaak (het *pro tem* principe) of voor situaties waarbij het ICSID of een tribunaal een "screening" -functie heeft omdat een volgende instantie de zaak grondiger bekijkt en alsdan de toepasselijke bewijsstandaard toepast;
- De verhoogde bewijsstandaard is van toepassing op situaties waar sprake is van een quasi-strafrechtelijk karakter (bijvoorbeeld aantijgingen van misdrijven, omkoping, fraude en dergelijke) of wanneer de regels uitdrukkelijk voorzien in een verhoogde bewijsstandaard (zoals de verwijzing in het ICSID naar welomschreven standaarden met de term "manifest").

Een tribunaal heeft echter een ruime beoordelingsvrijheid inzake de vaststelling en toepassing van de bewijsstandaard, maar een tribunaal beschikt niet over een onbeperkte beoordelingsvrijheid. Een beslissing omtrent de bewijsstandaard moet

inderdaad adequaat zijn in het licht van de omstandigheden van de zaak, omdat anders de finale uitspraak kan worden aangevochten of zelfs geannuleerd. Als een tribunaal bijvoorbeeld beslist om een verhoogde standaard of een strafrechtelijke standaard voor een contractbreuk toe te passen, zal een partij met succes de uitspraak kunnen betwisten op grond van het feit dat het tribunaal kennelijk haar bevoegdheid heeft overschreden. Als een tribunaal echter zou beslissen om de 'preponderance' test toe te passen, maar in de toepassing van deze standaard de vordering zou afwijzen op grond van het feit dat het bewijs aangedragen door een partij niet aan de standaard voldoet, zou aan de uitspraak van het tribunaal een redelijk hoge graad van *deference* gegeven worden.

Vermoedens: Tribunalen kunnen ook feiten vastleggen door gebruik te maken van vermoedens. Het tribunaal maakt dan een vaststelling van feiten die niet gebaseerd zijn op direct of indirect bewijs. Vermoedens kunnen wettelijk of rechterlijk zijn. Een wettelijk vermoeden is een bevinding gebaseerd op het toepasselijke recht, terwijl een rechterlijk vermoeden een bevinding is die is gebaseerd op de gangbare praktijk in een bepaald gebied. Er is nog een ander belangrijk onderscheid dat voortvloeit uit dit onderscheid: het niet toepassen van het toepasselijke recht, zoals wettelijk vermoeden, kan een manifeste overschrijding van de bevoegdheden van een tribunaal uitmaken, in de zin van artikel 52 van het ICSID-Verdrag. Dit betreft echter niet een loutere verkeerde toepassing van het toepasselijke recht. Het gebruik door een rechter van rechterlijke vermoedens valt echter binnen de reikwijdte van de discretionaire bevoegdheden van het tribunaal inzake het bewijs. Dit wordt uitdrukkelijk vermeld in ICSID Regel 34 (1), waarin staat "[t]he Tribunal shall be the judge of the admissibility of any evidence adduced and of its probative value." Bijgevolg zal een vordering tot nietigverklaring gebaseerd op rechterlijke vermoedens moeilijker zijn.

Gevolgtrekkingen: Tribunalen kunnen ook feiten vastleggen door gebruik te maken van gevolgtrekking. Een gevolgtrekking verwijst naar het oordeel dat, aannemelijk, een feit als juist beschouwd kan worden (i) in het licht van het bewijsmateriaal en (ii) het gedrag

van de partijen in de arbitrageprocedure. Gevolgtrekkingen kunnen dus afgeleid worden uit het dossier in zijn geheel. Een negatieve gevolgtrekking kan gebaseerd worden op het wangedrag van een partij in de procedure. Een gevolgtrekking maakt deel uit van het besluitvormingsproces van een tribunaal en valt normaal gesproken binnen de discretionaire bevoegdheid van een tribunaal. In het algemeen kunnen conclusies daarom, bijgevolg, niet door een partij gebruikt worden om de nietigverklaring van een uitspraak te vorderen, tenzij er ernstige substantiële hiaten in het gevolgtrekking kunnen worden vastgesteld.