

# Investeringsarbitrage, toegang tot het recht en een 'derde partij'

Pauline Ribbers\*

In het kader van een investeringsarbitrage is niet vanzelfsprekend ruimte voor de inbreng van een derde partij. Toch kan ook deze partij belang(en) hebben bij een bepaalde uitkomst van de procedure. De laatste jaren klopt de buitenwereld nadrukkelijker op de deur van de, in beginsel, gesloten wereld van de investeringsarbitrage. In de onderhavige bijdrage wordt besproken op welke wijze 'toegang' voor een derde partij zou kunnen worden verkregen tot een investeringsarbitrage.



## 1 Inleiding

De term 'investeringsarbitrage', in het kader van de onderhavige bijdrage omschreven als een arbitrageprocedure tussen een investeerder en een staat op basis van een investeringsverdrag, lijkt garant te staan voor verhitte discussie(s). Onder meer naar aanlei-

ding van het beoogde handelsverdrag tussen de Verenigde Staten en de EU (TTIP) en het handelsverdrag tussen Canada en de EU (CETA) liepen de gemoederen in de media en politiek hoog op.<sup>1</sup> Waar voorstanders betogen dat investeringsarbitrage noodzakelijk is om te komen tot een effectieve investeringsbescherming en eerlijke geschillenbeslechting, wijzen tegenstanders op een gebrek aan transparantie en hoge kosten, en trekken zij de besluitvorming door de scheidsrechters in twijfel. In dit verband wordt betoogd dat arbiters op de hand van de investeerder(s) zijn en (met name) landen met een lage(re) levensstandaard zouden hiervan de dupe zijn.<sup>2</sup> Daarnaast zouden investeerders investeringsarbitrage gebruiken om overheden aan te klagen die (nieuwe) wetten invoeren die er juist op zijn gericht om bijvoorbeeld de volksgezondheid of het milieu te beschermen.

\* Mr. P.L.F. Ribbers is als promovenda verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden. De auteur dankt prof.mr. H.J. Sijnders en de redactie voor hun waardevolle commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1 Ondertussen zijn nog wel de nodige (andere) ontwikkelingen op dit gebied gaande, zie: <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/negotiations-and-agreements/>.

2 Zie o.a. C. Schreuer, 'The Future of Investment Arbitration', in: M. Arsanjani e.a. (red.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden/Boston: Brill/Nijhoff 2011; S.E. Blythe, 'The Advantages of Investor-State Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Bilateral Investment Treaties', *The International Lawyer* 2013, afl. 2. Alsmede bijv. P. Eberhardt & C. Olivet, *Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, Brussel/Amsterdam: Corporate Europe Observatory & Transnational Institute, november 2012 (online). Vgl. daarnaast bijv. A. Homolova, F. Mulder & E. Schram, 'Grote David tegen kleine Goliath', *De Groene Amsterdammer* 25 november 2015 (online).

- 3 Zie o.a. P. Wieland, 'Why the Amicus Curiae Institution is ill-suited to address indigenous peoples' rights before investor-state arbitration tribunals: *Glamis Gold and the right of intervention*', *Trade, Law and Development* 2011, afl. 2, p. 337 e.v. waarin wordt gesproken over zgn. 'Spill-over Effects'.
- 4 In Engelstalige literatuur ook wel aangeduid als 'affected third party', zie bijv. L. Cotula & N.M. Perrone, 'Reforming investor-state dispute settlement: what about third-party rights?', *IIED Briefing* 2019 (online). Anders geformuleerd: de positie van een partij die geen procespartij in de betreffende investeringsarbitrageprocedure is, maar wel enigerlei belang heeft bij de uitkomst ervan. Deze 'derde partij' hoeft niet altijd het/een algemeen belang voorop te stellen; vgl. ICSID Secretariat, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration* (Discussion Paper), 22 oktober 2004, p. 9.
- 5 Het woord 'recht' wordt in de onderhavige bijdrage in brede zin opgevat: het gaat om 'toegang' tot een investeringsarbitrage(procedure) en daarmee (in zekere zin) toegang tot het (scheidings)recht.
- 6 Zie evenwel de Conclusie van A-G Spier van 28 maart 2014 (ECLI:NL:PHR:2014:1774) bij HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, sub 12.3 e.v. waar literatuur wordt aangehaald waarin de vraag wordt gesteld '[...] of BITs echt nodig zijn voor het aantrekken van investeringen'.
- 7 Zie nader bijv. H.J. Snijders, 'BITs, MITs, TTIP en IDR', *TvA* 2016, afl. 1; D.R. Bishop, J.R. Crawford & W.M. Reisman (red.), *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International 2014; N. Horn, 'Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means', in: N. Horn & S.M. Kroll (red.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, Den Haag: Kluwer Law International 2004.
- 8 Zie nader het overzicht in de 'International Investment Agreements Navigator' (een database van de United Nations Conference on Trade and Development): <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.
- 9 M. van de Hel-Koedoot & B.R.D. Hoebeke, 'De bescherming voor grensoverschrijdende investeerders op grond van bilaterale investeringsverdragen', *O&F* 2013, afl. 4, p. 38-39. De omvang van de geboden bescherming(sbepalingen) verschilt per investeringsverdrag (ibid. p. 40). Zie voor voorbeelden van beschermingsbepalingen bijv. J.J. van Haersolte-van Hof, 'Investeringsarbitrage: wie, wat, waar en waarom?', *Ondernemingsrecht* 2010, afl. 1 en C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Oxford University Press 2017.
- 10 Van de Hel-Koedoot & Hoebeke 2013, p. 39.
- 11 Van de Hel-Koedoot & Hoebeke 2013, p. 44; in vergelijkbare zin bijv. C. Schreuer, 'Consent to Arbitration', in: P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (red.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford 2008; P.M. Blyschalk, 'State Consent, Investor Interests and the Future of Investment Arbitration: Reanalyzing the Jurisdiction of Investor-State Tribunals in Hard Cases', *Asper Review of International Business and Trade Law* (9) 2009, p. 99-170.
- 12 Vgl. Snijders 2016, p. 1.

Op het moment dat een scheidsgerecht een vonnis wijst dat in het voordeel van de investeerder uitvalt, heeft dit niet altijd alleen consequenties voor de staat: ook 'derden' kunnen direct of indirect door (de uitkomst van) dit vonnis worden geraakt, bijvoorbeeld omdat een overheid bepaald beleid terugdraait en/of een bepaalde investering niet meer doet.<sup>3</sup> Het roept de vraag op wat de positie van een dergelijke derde partij in het kader van een investeringsarbitrageprocedure is.<sup>4</sup> Nu deze partij niet officieel betrokken is in de procedure wordt deze partij ook niet gehoord. In de onderhavige bijdrage wordt geprobeerd om enig inzicht te geven in de vraag of en, zo ja, op welke wijze een derde partij in het kader van een investeringsarbitrage toegang tot het 'recht' zou kunnen verkrijgen.<sup>5</sup>

## In de onderhavige bijdrage wordt geprobeerd om enig inzicht te geven in de vraag of en, zo ja, op welke wijze een derde partij in het kader van een investeringsarbitrage toegang tot het 'recht' zou kunnen verkrijgen

Allereerst zal kort worden stilgestaan bij het karakter van investeringsverdragen in het algemeen (§ 2). In deze paragraaf zal ook worden besproken welke ontwikkelingen de wereld van de investeringsarbitrage, met name de afgelopen twee decennia, heeft doorgemaakt. Vervolgens zullen twee wijzen worden besproken waarop 'toegang' voor een derde partij in het kader van investeringsarbitrage zou kunnen worden verkregen; de zogenoemde 'directe' wijze (§ 3) en de 'indirecte' wijze (§ 4). De bijdrage wordt afgesloten met een korte samenvatting van de belangrijkste bevindingen (§ 5).

### 2 Investeringsarbitrage: (in) een breder perspectief

Staten sluiten investeringsverdragen in beginsel ter bevordering van grensoverschrijdende investeringen

in de betreffende staten.<sup>6</sup> Dergelijke verdragen kunnen tweezijdig zijn (zgn. 'Bilateral Investment Treaties', ook wel BITs genoemd) of meezijdig (zgn. 'Multilateral Investment Treaties', ook wel MITs genoemd).<sup>7</sup> Over de hele wereld zijn inmiddels zo'n 2.900 BITs gesloten, waarvan er vandaag de dag zo'n 2.350 van kracht zijn.<sup>8</sup> Een bekend voorbeeld van een MIT is de Noord-Amerikaanse Vrijhandelsovereenkomst (NAFTA), die is gesloten door de Verenigde Staten, Canada en Mexico en in januari 1994 in werking is getreden, of het Energy Charter Treaty (ECT) waar Nederland partij bij is. Een belangrijke gedachte achter een investeringsverdrag is het bieden van bescherming aan een investeerder die in een andere staat investeert. Een investeerder kan op grond van een dergelijk verdrag immers direct ageren jegens de 'gaststaat' (de verdragsluitende staat waarin de investeringen zijn verricht) op het moment dat de rechten van de investeerder worden geschonden.<sup>9</sup> De gaststaat kan vervolgens worden veroordeeld tot betaling van een (schade)vergoeding aan de investeerder.<sup>10</sup>

Veel investeringsverdragen bevatten een arbitragebeding op grond waarvan een investeerder zijn vordering kan voorleggen aan een scheidsgerecht. Nu investeringsverdragen worden gesloten tussen staten wijkt deze vorm van arbitrage af van handelsarbitrage op grond waarvan partijen door middel van een arbitrageovereenkomst afstand (kunnen) doen van hun recht op toegang tot de overheidsrechter; in de praktijk wordt de in een BIT opgenomen arbitrageovereenkomst wel beschouwd als een aanbod tot arbitrage van de staat, welk aanbod door de investeerder kan worden aanvaard door middel van het beginnen van een arbitrageprocedure tegen deze staat.<sup>11</sup> In veel BITs verwijst het arbitragebeding naar toepasselijkheid van het arbitragereglement van het International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), een orgaan van de Wereldbank.<sup>12</sup> Het is ook mogelijk dat wordt verwezen naar andere arbitragereglementen zoals die van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

of de International Chamber of Commerce (ICC).<sup>13</sup> Het soort geschillen dat in investeringsarbitrageprocedures ter beslechting wordt voorgelegd, is divers. Niet alleen kan door investeerders tegen wet- en of regelgeving worden opgekomen, de nodige zaken worden ook aangespannen tegen (administratieve) beslissingen die een investeerder benadelen in het kader van een specifieke overeenkomst of belofte die door een (lokale) overheid is gedaan.<sup>14</sup> Sinds de eeuwwisseling is het aantal ICSID-investeringsarbitrageprocedures dat jaarlijks aanhangig wordt gemaakt gestaag toegenomen; waar bij het ICSID in de periode 1972-1996 jaarlijks niet meer dan vier arbitrages aanhangig werden gemaakt, is dit aantal in de periode 2003-2018 gestegen van 31 zaken (2003) tot 56 zaken in 2018.<sup>15</sup>

De opkomst van de investeringsarbitrage is niet onopgemerkt gebleven; vanaf het eind van de jaren negentig van de vorige eeuw klopten (met name) non-gouvernementele organisaties, die zich hard maakten voor (uiteenlopende) publieke belangen, op de deur.<sup>16</sup> Zij vonden deze echter veelal gesloten. Hoewel het in het kader van investeringsarbitrage gaat om de beslechting van geschillen tussen een investeerder en een staat, ontwikkelde deze vorm van arbitrage zich in belangrijke mate aan de hand van de wijze waarop (de arbitrageprocedure in het kader van) een handelsarbitrageprocedure is gemodelleerd: als 'a private and confidential process for resolving disputes'.<sup>17</sup> Met een gesloten deur werd door voornoemde organisaties echter geen genoegen genomen. Een civil-society-stem werd gerechtvaardigd geacht om staten in investeringsarbitrages eraan te herinneren dat de (mensen)rechten van de eigen bevolking op de tocht zouden kunnen komen te staan (essentiële voorzieningen als (toegang tot) water of elektriciteit) dan wel anderszins (mensen)rechten van bepaalde bevolkingsgroepen in het geding zouden kunnen komen (bijvoorbeeld van de inheemse bevolking).<sup>18</sup> Gelet op de mogelijke effecten die een uitspraak kan hebben, zou niet kunnen worden volstaan met het 'simpelweg' uitgaan van een

besloten procedure.<sup>19</sup> Diverse ontwikkelingen in met name het afgelopen decennium hebben ertoe geleid dat de investeringsarbitragewereld de deur naar de buitenwereld op een kier heeft gezet. Een van deze ontwikkelingen betreft de (op)komst van de 'amicus curiae' waarin de volgende paragraaf nader op zal worden ingegaan.<sup>20</sup>

## De opkomst van de investeringsarbitrage is niet onopgemerkt gebleven; vanaf het eind van de jaren negentig klopten non-gouvernementele organisaties op de deur. Zij vonden deze echter veelal gesloten

### 3 Een 'directe' wijze: belangen (meewegen) tijdens de arbitrageprocedure

Op welke wijze zou 'toegang' voor een derde partij tot een investeringsarbitrageprocedure kunnen worden verkregen?<sup>21</sup> Voor de hand ligt het bieden van een mogelijkheid tijdens de arbitrageprocedure zelf. Wanneer het scheidsgerecht reeds tijdens de arbitrageprocedure kennis kan nemen van de belangen van een derde partij zouden deze belangen immers nog kunnen worden meegenomen in het kader van de besluitvorming door de arbiters. Deze – in het kader van de onderhavige bijdrage aangeduid als – 'directe' wijze bestaat in diverse nationale rechtssystemen en internationale (mensenrechten)gerechten al langer in de vorm van de zogenoemde amicus curiae.<sup>22</sup> Met behulp van dit instrument kan een derde partij, als 'vriend van het gerecht', op verschillende wijzen 'toegang' verkrijgen. Een veel voorkomende amicus-curiae-verschijningsvorm is de vorm waarin een derde partij binnen een daartoe bepaalde of te bepalen termijn schriftelijke opmerkingen mag indienen. Het hoeft echter niet bij het louter mogen indienen van schriftelijke opmerkingen

13 Van de Hel-Koedoot & Hoebeke 2013, p. 45; Van Haersolte-van Hof 2010.

14 F. Baetens, 'De giftigste acroniemen in Europa: EU-handels- en investeringsverdragen en het investeerder-staat geschillenbeslechtsmechanisme', *SEW* 2016, afl. 6, p. 255 onder verwijzing naar J. Caddel & N.M. Jensen, *Which Host Country Government Actors are Most Involved in Disputes with Foreign Investors?* (Columbia FDI Perspectives nr. 120), 28 april 2014, p. 1-3.

15 De getallen betreffen de Cases Registered by ICSID under the ICSID Convention and Additional Facility Rules – Total Number of ICSID Cases Registered, by Calendar Year, zie voor een overzicht van ICSID-statistieken over de periode 1966-2019: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID\\_Web\\_Stats\\_2019-2\\_\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_(English).pdf).

16 Vgl. A. Kawharu, 'Participation of Non-governmental Organizations in Investment Arbitration as Amici Curiae', in: M. Waibel, A. Kaushal e.a. (red.), *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International 2010, p. 278 alwaar de auteur een tweetal verklaringen geeft. Vgl. J.A. VanDuzer, 'Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration Through Transparency and Amicus Curiae Participation', *McGill Law Journal* 2007, afl. 4, p. 721 en (meer in het algemeen) bijv. D. Shelton, 'The Participation of Non-governmental Organizations in International Judicial Proceedings', *The American Journal of International Law* 1994, afl. 4.

17 N. Blackaby & C. Richard, 'Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration?', in: Waibel, Kaushal e.a. 2010, p. 254; Kawharu 2010, p. 280.

18 Zie bijv. J. Harrison, 'Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submissions: Promoting Social Justice?', in: P.-M. Dupuy, F. Francioni & E.-U. Petersmann (red.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press 2009. Vgl. E.C.P.D.C. De Brabandere, 'Non-state actors in international dispute settlement: pragmatism in international law', in: J. d'Aspremont (red.), *Participants in the International Legal System. Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Londen: Routledge 2011; B. Stern, 'Civil Society's Voice in the Settlement of International Economic Disputes', *ICSID Review* 2007, afl. 2.

19 F. Grisel & J.E. Vinuales, 'L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement', *ICSID Review* 2007, afl. 2, p. 383; auteurs gebruiken de omschrijving van 'un caractère "hybride"'.  
20 Zie o.a. E.C.P.D.C. De Brabandere, 'Amicus Curiae: Investment Arbitration', in: H. Ruiz-Fabri (red.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford University Press 2019 (online) waar de auteur vier redenen geeft.

21 Zie voetnoot 4 voor een omschrijving van de (ze) 'derde partij'.

22 Zie bijv. K. Fach Gómez, 'Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest', *Fordham International Law Journal* 2012, afl. 2, p. 518-522; J. Viñuales, 'Human Rights and Investment Arbitration: The Role of Amici Curiae', *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 2006, afl. 8, p. 239, 242; L. Re, 'The Amicus Curiae Brief: Access to the Courts for Public Interest Associations', *Melbourne University Law Review* 1983-1984, afl. 3.

- 23 E. Levine, 'Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation', *Berkeley Journal of International Law* 2011, afl. 1, p. 208.
- 24 Wieland 2011, p. 340 onder verwijzing naar literatuur.
- 25 Levine 2011, p. 223.
- 26 NAFTA-scheidsgerecht 15 januari 2001 (*Methanex Corporation t. United States of America*), 'Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to intervene as "amici curiae"' (zie voor de uitspraak: [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517_0.pdf)). Zie o.a. P. Dumberry, 'The Admissibility of Amicus Curiae briefs in the Methanex case: A Precedent likely to be followed by other NAFTA Chapter 11 Arbitral Tribunals', *ASA Bulletin* 2001, afl. 1.
- 27 25 augustus 2000, IISD's Application for Amicus Standing, par. 1.1 ([www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9096.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9096.pdf)). Begin september 2000 meldten ook andere NGO's zich. Zie nader bijv. P. Dumberry, 'The Admissibility of Amicus Curiae Briefs by NGOs in Investor-States Arbitration: The Precedent Set by the Methanex Case in the Context of NAFTA Chapter 11 Proceedings', *Non-State Actors and International Law* 2008, afl. 1.
- 28 A. Saravanan & S.R. Subramanian, 'The Participation of Amicus Curiae in Investment Treaty Arbitration', *Journal of Civil & Legal Services* 2016, afl. 4, p. 2; K. Tienhaara, 'Third Party Participation in Investment-Environment Disputes: Recent Developments', *Review of European, Comparative and International Environmental Law* 2007, p. 231.
- 29 NAFTA-scheidsgerecht 15 januari 2001 (*Methanex Corporation t. United States of America*), par. 47, 52. Daarentegen wees het scheidsgerecht het verzoek om publieke zittingen en toegang tot documenten af. Een vergelijkbaar besluit werd genomen door een NAFTA-scheidsgerecht in oktober 2001 waarin de Amerikaanse onderneming UPS Canada aansprakelijk wilde houden voor geleden schade; de Canadian Union of Postal Workers en de Council of Canadians vroegen toestemming om als amicus curiae te interveniëren (NAFTA-scheidsgerecht 17 oktober 2001 (*United Parcel Service of America Inc. t. Canada*), 'Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae').
- 30 NAFTA, 'Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation' (zie voor de tekst van de verklaring: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/138791.pdf>).
- 31 Zie onderdeel B, sub 1: '[...], a person of a Party, or that has a significant presence in the territory of a Party, [...]'.  
32 In onderdeel B, sub 2 worden negen eisen opgesomd.  
33 Zie voor de drie andere gezichtspunten: onderdeel B, sub 6.  
34 Tienhaara 2007, p. 232.  
35 NAFTA-scheidsgerecht 8 juni 2009 (*Glamis Gold, Ltd. t. United States of America*), 'Award', par. 286 (zie voor de uitspraak: [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf)). De arbitrageprocedure werd eveneens gevoerd o.b.v. de UNCITRAL Arbitration Rules.  
36 Zie nader: NAFTA-scheidsgerecht 8 juni 2009 (*Glamis Gold, Ltd. t. United States of America*), 'Award', par. 33.

te blijven: zo kan het een derde partij onder omstandigheden zijn toegestaan om mondelinge opmerkingen te maken, inzicht te krijgen in bepaalde dossiers en/of de procedure als observator bij te wonen.<sup>23</sup> In de literatuur is betoogd dat de amicus-curiae-inbreng zou bijdragen aan (het vergroten van) procedurele legitimiteit, de kwaliteit van een gerechtelijke (eind)uitspraak en de bescherming van de belangen van derde partijen.<sup>24</sup>

## De amicus curiae lijkt in het kader van investeringsarbitrage aan een opmars te zijn begonnen

### 3.1 Investeringsarbitrage en de amicus curiae

In het kader van investeringsarbitrage heeft de amicus curiae lange tijd geen rol gespeeld; scheidsgerechten stonden inbreng van een derde partij niet toe gelet op het eerdergenoemde, specifieke karakter van (investerings)arbitrage.<sup>25</sup> Toch lijkt de amicus curiae in het kader van investeringsarbitrage aan een opmars te zijn begonnen. Een belangrijke bijdrage hieraan heeft een NAFTA-scheidsgerecht in januari 2001 geleverd in het kader van de *Methanex*-zaak.<sup>26</sup> Kort samengevat ging het hier om het volgende. In 1999 initieerde Methanex, een Canadese fabrikant van methanol, een arbitrageprocedure tegen de Verenigde Staten in reactie op een verbod op MTBE (methyl-tert-butylether), dat was uitgevaardigd door de staat Californië in verband met (mogelijke) grondwaterverontreiniging. Een belangrijk ingrediënt van MTBE was (het onder meer door Methanex gefabriceerde) methanol. Methanex stelde dat het verbod in strijd was met hoofdstuk 11 van NAFTA. Eind augustus 2000 vroeg onder meer de non-gouvernementele organisatie International Institute for Sustainable Development (IISD) toestemming om als amicus curiae in de procedure te mogen interveniëren nu sprake zou zijn van 'critical legal issues of public concern'.<sup>27</sup> Ondanks bezwaren van onder

meer Mexico (een van de drie NAFTA-partners), die onder meer zagen op de vertrouwelijkheid van de procedure en de (vermeende on)bevoegdheid van het scheidsgerecht op dit punt, ging het scheidsgerecht overstag.<sup>28</sup> Het scheidsgerecht was van mening dat artikel 15 lid 1 UNCITRAL Arbitration Rules, ingevolge welke bepaling het 'arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate [...]', het scheidsgerecht de ruimte liet om verzoeken tot amicus-curiae-inbreng toe te staan.<sup>29</sup> In oktober 2003 besloot de Free Trade Commission (FTC) van NAFTA vervolgens een verklaring uit te brengen over amicus-curiae-deelname in het kader van NAFTA-procedures.<sup>30</sup> In de verklaring staat onder meer opgenomen dat iedere 'non-disputing party'<sup>31</sup> een verzoek kan indienen, waarbij wordt aangegeven waar een dergelijk verzoek aan dient te voldoen.<sup>32</sup> De uitkomst van een beslissing op een dergelijk verzoek zal door het scheidsgerecht worden beoordeeld aan de hand van onder meer de vraag in hoeverre de schriftelijke opmerkingen het gerecht 'would assist' in diens besluitvorming over een feitelijk of juridisch punt in de arbitrage 'by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties'.<sup>33</sup> Ook het scheidsgerecht in de *Methanex*-zaak stemde er uiteindelijk mee in om de FTC-verklaring te gebruiken.<sup>34</sup>

Een andere zaak die een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan de (op)komst van de amicus curiae in het kader van investeringsarbitrage is de *Glamis Gold*-zaak van juni 2009.<sup>35</sup> Deze procedure draaide, kort samengevat, om het volgende. Glamis Gold, een Canadese mijnbouwonderneming die zich toelegde op onder meer het delven van goud, was betrokken bij een goudmijnproject in de staat Californië alwaar de onderneming gebruik zou kunnen maken van zogeheten 'open pit'-technieken waarbij men grote hoeveelheden erts en rots verplaatst en er diepe 'putten' ontstaat.<sup>36</sup> Toen Californië echter nieuwe regelgeving invoerde op het gebied van de mijnbouw met het oog op de bescherming van het milieu en Native

American cultureel erfgoed en Glamis Gold niet langer op haar manier goud kon delven, besloot zij in december 2003 een NAFTA-arbitrageprocedure tegen de Verenigde Staten te beginnen. Tijdens de procedure vroegen drie verschillende partijen het scheids-gerecht toestemming om als amicus curiae te mogen interveniëren: de National Mining Association, de Quechan Indian Nation,<sup>37</sup> en de non-gouvernementele organisaties Sierra Club and Earthworks en Friends of the Earth. Het scheidsgerecht gaf, onder verwijzing naar de FTC-verklaring, toestemming aan deze partijen om hun (schriftelijke) stem te laten horen.<sup>38</sup>

Inmiddels heeft de amicus curiae ook ICSID, een (andere) belangrijke speler in het kader van investerings-arbitrage, bereikt. In augustus 2002 werd voor de eerste keer door derde partijen geprobeerd om toegang te krijgen tot een ICSID-procedure.<sup>39</sup> De zaak *Aguas del Tunari t. Bolivia* draaide, kort samengevat, om het volgende.<sup>40</sup> In een poging om de waterhuishouding van haar derde grootste stad (Cochabamba) te privatiseren, verstrekke Bolivia de onderneming Aguas del Tunari in 1999 een concessie. Binnen enkele weken nadat Aguas del Tunari de controle had verkregen over de waterhuishouding van de stad verhoogde zij de tarieven voor water met meer dan vijftig procent. De bevolking van Cochabamba kwam hiertegen massaal in opstand, waarna de regering van Bolivia de noodtoestand uitriep. Toen de protesten aanhielden, besloot Aguas del Tunari uiteindelijk afstand te doen van de concessie en het land te verlaten. In 2001 begon zij een arbitrageprocedure tegen Bolivia waarin zij vergoeding vorderde vanwege misgelopen inkomsten. Verschillende milieubewegingen en Boliviaanse burgers verzochten vervolgens toegang te krijgen tot de arbitrageprocedure als amicus curiae.<sup>41</sup> Het ICSID-scheidsgerecht wees de verzoeken evenwel af. Niet alleen had het scheidsgerecht in de ogen van de arbiters geen bevoegdheid om een dergelijk verzoek toe te wijzen, ook wees het op een gebrek aan instemming van de partijen met een dergelijke inbreng.<sup>42</sup> In een tweetal

zaken waarin investeerders de staat Argentinië voor het ICSID-(scheids)gerecht daagden, werden verzoeken tot inbreng als amicus curiae daarentegen wel toegewezen in respectievelijk mei 2005<sup>43</sup> en maart 2006.<sup>44</sup> De scheids-gerechten baseerden hun bevoegdheid op de ruimte die ICSID-scheids-gerechten in artikel 44 van de ICSID Convention werd gelaten: '[...] If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question'.<sup>45</sup>

## Het secretariaat van ICSID presenteerde in oktober 2004 diverse conceptvoorstellen die moesten leiden tot verbetering van ICSID-arbitrage waarbij het tevens expliciet aandacht besteedde aan transparantie en de inbreng van derde partijen

Ondertussen presenteerde het secretariaat van ICSID in oktober 2004 diverse conceptvoorstellen die moesten leiden tot verbetering van ICSID-arbitrage waarbij het tevens expliciet aandacht besteedde aan (de thema's) transparantie en de inbreng van derde partijen.<sup>46</sup> Naar aanleiding van deze voorstellen werden de ICSID Arbitration Rules in 2006 geamendeerd. Meer specifiek werd een nieuwe (tweede) paragraaf aan Rule 37 toegevoegd waarin de mogelijkheid van 'Submissions of Non-disputing Parties' werd vastgelegd. Thans is aldus ieder ICSID-scheidsgerecht bevoegd om, nadat het beide partijen heeft geconsulteerd, een derde partij toe te staan om een schriftelijk stuk in te dienen bij het scheidsgerecht 'regarding a matter within the scope of the dispute'.<sup>47</sup> In het kader van de vraag of het scheids-gerecht een amicus-curiae-verzoek toewijst, zal het onder meer bekijken of deze partij-inbreng de arbiters kan bijstaan 'in the determination of a factual

37 Hoewel het scheidsgerecht deze (federaal erkende) indianenstam schriftelijke inbreng toestond ('Decision on Application and Submission by Quechan Indian Nation', 16 september 2005), weigerde het andere vormen van inbreng. In de literatuur is kritisch op deze beperking gereageerd. Zo is betoogd dat door de stam 'slechts' als 'vriend van het (scheids)gerecht' te behandelen, de betreffende arbiters 'substantially narrowed their possibility of access to justice' (Wieland 2011, p. 359).

38 NAFTA-scheidsgerecht 26 augustus 2005 (*Glamis Gold, Ltd. t. United States of America*), 'Procedural Order No. 4', par. 9.

39 F. El-Hosseny, *Civil Society in Investment Treaty Arbitration: Status and Prospects*, Boston: Brill 2018, p. 122; F. Francioni, 'Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law', *The European Journal of International Law* 2009, afl. 3, p. 742; Tienhaara 2007, p. 234.

40 ICSID zaak nr. ARB/02/3 (*Aguas del Tunari, S.A. t. Republic of Bolivia*) (zie: [www.italaw.com/cases/57](http://www.italaw.com/cases/57)).

41 ICSID-scheidsgerecht 29 augustus 2002 (*Aguas del Tunari, S.A. t. Republic of Bolivia*), 'Petition by NGOs and people to participate as an intervening party or amici curiae'.

42 29 januari 2003, 'Letter from President of Tribunal Responding to Petition'.

43 ICSID-scheidsgerecht 19 mei 2005, nr. ARB/03/19 (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. en Vivendi Universal, S.A. t. Argentinië*), 'Order in response to a Petition for Participation as Amicus Curiae', par. 16 e.v.

44 ICSID-scheidsgerecht 17 maart 2006, nr. ARB/03/17 (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., en InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. t. Argentinië*), 'Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae', par. 16 e.v.

45 Zie voor de (ze jurisprudentiële) ICSID-ontwikkelingen nader bijv. J. Commission & R. Moloo, *Procedural Issues in International Investment Arbitration*, Oxford University Press 2018, nr. 6.07 (p. 91), alsmede bijv. J.C. Thomas, 'Amicus Curiae in ICSID Arbitration', in: M. Kinnear, G.R. Fischer e.a. (red.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International 2015.

46 ICSID Secretariat, Possible Improvement of the Framework for ICSID Arbitration, Discussion Paper 22 oktober 2004.

47 Rule 37 lid 2 ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (hierna: ICSID Arbitration Rules).

48 Rule 37 lid 2 sub a ICSID Arbitration Rules, vgl. Rule 37 lid 2 sub b en sub c. Zie voor een amicus-curiae-overzicht in het kader van ICSID-procedures: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Process/Decisions-on-Non-Disputing-Party-Participation.aspx>.

49 Vgl. Francioni 2009, p. 742: '[it] is certainly not a panacea to cure all the existing defects and limits of access to justice in the context of investment arbitration'.

50 Francioni 2009, p. 742. Vgl. B. Stern, 'Un petit pas de plus: l'Installation de la société civile dans l'Arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur', *Revue de l'Arbitrage* 2007, afl. 1; B. Stern, 'L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur', *Revue de l'Arbitrage* 2002, afl. 2.

51 Zie voor de tekst: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/rules-on-transparency-e.pdf>. Zie nader o.a. J. Salasky & C. Montineri, 'UNCI-

- TRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration', *ASA Bulletin* 2013, afl. 4.
- 52 UNCITRAL, Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-eighth session, 4-8 februari 2008 (New York), A/CN.9/646, p. 13.
- 53 'Working Group II: Arbitration and Conciliation/Dispute Settlement'.
- 54 UNCITRAL, Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its fifty-third session, 4-8 oktober 2010 (Wenen), A/CN.9/712, p. 3-4.
- 55 Deze woorden staan opgenomen in de 'Resolution adopted by the General Assembly on 16 December 2013'. Vgl. UNCITRAL, *Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-eighth session*, 4-8 februari 2008 (New York), A/CN.9/646, p. 20.
- 56 Vgl. – in het kader van de (vraag naar de) toepasselijkheid op geschillen die rijzen uit eerdere verdragen – de 'United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration' (New York 2014) (de 'Mauritius Convention on Transparency') en voor een overzicht van staten die het verdrag hebben geratificeerd: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency/status>.
- 57 Art. 1 (Scope of application) – Applicability of the Rules – lid 1 Transparency Rules.
- 58 Het is ook mogelijk om regels te gebruiken in investeringsarbitrageprocedures die worden gevoerd o.b.v. andere reglementen of in ad-hoc-arbitrageprocedures, zie nader: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/transparency>.
- 59 Omschreven als 'a person that is not a disputing party, and not a non-disputing Party to the treaty' (art. 4 lid 1 Transparency Rules, vgl. art. 5 Transparency Rules inzake 'Submission by a non-disputing Party to the treaty').
- 60 Art. 4 lid 1 Transparency Rules. In het tweede en vierde lid van het artikel staan de nodige (vorm)voorschriften opgesomd.
- 61 Art. 4 lid 3 Transparency Rules.
- 62 Art. 4 lid 6 Transparency Rules.
- 63 Tot 4 september 2019 kon een reactie worden gegeven op dit concept, zie voor de(ze) tekst: ([www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/06/Draft-BHR-Rules-Final-version-for-Public-consultation.pdf](http://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/06/Draft-BHR-Rules-Final-version-for-Public-consultation.pdf)); een lancering van de regels wordt verwacht in december 2019.
- 64 Zie ook de toelichting op het amicus-curiae-artikel: 'Article 24-bis is taken largely from Article 4 of the UNCITRAL Transparency Rules, with the addition in paragraph 4 of [...]'.<sup>54</sup>
- 65 Zie nader: [www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/](http://www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/)) alsmede bijv. C. Cronstedt e.a., 'International Arbitration of Business and Human Rights: A Step Forward', *Kluwer Arbitration Blog* 16 november 2017 (online).
- 66 E. Triantafyllou, 'A More Expansive Role for Amici Curiae in Investment Arbitration?', *Kluwer Arbitration Blog* 11 mei 2009 (online). In de literatuur is wel betoogd dat de amicus curiae slechts een 'indirect' instrument voor toegang tot het recht is, zie: Francioni 2009, p. 740.
- 67 Zie bijv. B. Choudhury, 'Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?', *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2008, p. 817; Levine 2011, p. 214.
- 68 Zie bijv. F. Stumpe, 'Participation of Amici Curiae in Investment Treaty Arbitration', *SchiedsVZ* 2008, afl. 3, p. 135.

or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties'.<sup>48</sup> De opening die de ICSID Arbitration Rules een amicus curiae biedt, is in de literatuur wisselend ontvangen.<sup>49</sup> De wijziging van de regels is voor een auteur aanleiding geweest om te stellen dat niet langer om de (belangen van de) samenleving kan worden heengegaan in het kader van de beslechting van investeringsgeschillen.<sup>50</sup>

De meest recente loot aan de amicus-curiae-stam zijn de Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration uit 2014.<sup>51</sup> Deze regels zijn opgesteld door UNCITRAL, een commissie die onder de Verenigde Naties valt. In het licht van onder meer de herziening van de ICSID Arbitration Rules in 2006 kwam tijdens een UNCITRAL-vergadering in 2008 de vraag op naar transparantie in het kader van investeringsarbitrage.<sup>52</sup> Na de herziening van de UNCITRAL Arbitration Rules in 2010 werd de arbitragewerkgroep<sup>53</sup> aan het werk gezet om een juridisch kader uit te denken.<sup>54</sup> Dit resulteerde uiteindelijk in voornoemde Transparency Rules. In de preambule voorafgaande aan de regels kan de volgende ratio worden teruggevonden:

'[...] Believing that rules on transparency in treaty-based investor-State arbitration would contribute significantly to the establishment of a harmonized legal framework for a fair and efficient settlement of international investment disputes, increase transparency and accountability and promote good governance [...].'<sup>55</sup>

De Transparency Rules zijn van toepassing op geschillen die rijzen uit investeringsverdragen, die op of na 1 april 2014 zijn gesloten,<sup>56</sup> indien de betreffende arbitrageprocedure wordt gevoerd op basis van de UNCITRAL Arbitration Rules.<sup>57</sup> Daarnaast kunnen partijen zelf toepasselijkheid van de regels overeenkomen.<sup>58</sup> Ingevolge artikel 4 van de Transparency Rules mag een scheidsgerecht, nadat het de partijen heeft geraadpleegd, een derde partij<sup>59</sup> schriftelijke inbreng toestaan. Deze inbreng moet wel zien op 'a matter within the scope of the dispute'.<sup>60</sup> Het scheidsgerecht zal, in het kader van de beoordeling van een amicus-

curiae-verzoek, onder meer meewegen of de derde partij 'a significant interest' in de arbitrageprocedure heeft.<sup>61</sup> De procespartijen worden in de gelegenheid gesteld om op iedere inbreng van een derde partij te reageren.<sup>62</sup>

Tot slot, is ook in de conceptversie<sup>63</sup> van de The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration uit juni 2019 een artikel opgenomen op grond waarvan (schriftelijke) amicus-curiae-inbreng mogelijk is.<sup>64</sup> De regels zijn afkomstig van de Business and Human Rights Arbitration Working Group.<sup>65</sup>

**Gelet op het gebrek aan interventiemogelijkheden voor een derde partij in het kader van een investeringsarbitrageprocedure is een optreden als amicus curiae voor deze partij veelal de enige mogelijkheid tot inbreng in de procedure**

### 3.2 Enige losse eindjes

Gelet op het gebrek aan interventiemogelijkheden voor een derde partij in het kader van een investeringsarbitrageprocedure is een optreden als amicus curiae voor deze partij veelal de enige mogelijkheid tot inbreng in de procedure.<sup>66</sup> Dat de amicus-curiae-inbreng in opkomst lijkt te zijn in de wereld van investeringsarbitrage(s) is – bezien vanuit de derde partij – dan ook een positieve ontwikkeling. Toch bestaan er nog wel wat losse eindjes. Zoals in § 3.1 naar voren is gekomen, zien de bestaande 'gecodeerde' regels vaak alleen op de mogelijkheid van schriftelijke inbreng. Uit de literatuur komt het beeld naar voren dat veel scheidsgerechten huiverig zijn om verder te gaan dan (het verlenen van toestemming voor) schriftelijke inbreng door een derde partij.<sup>67</sup> Scheids-gerechten zullen dan ook op ad-hoc-basis (blijven) omgaan met dergelijke verzoeken. Hierbij zal de instemming van de procespartijen een belangrijke rol spelen.<sup>68</sup> Daarnaast is het de vraag

wie precies als ‘derde partij’ kan én zou moeten worden gekwalificeerd.<sup>69</sup> Nu de inbreng van een derde partij tot vertraging van de procedure kan leiden, wordt door verschillende auteurs voorts betoogd dat duidelijke(re) regels betreffende zaken als relevantie van de inzending(en), woordlimieten, deadlines en kosten noodzakelijk zijn.<sup>70</sup> Een ander belangrijk (vraag)punt betreft, tot slot, de vraag naar de invloed van een amicus-curiae-inbreng op de besluitvorming door het scheidsrecht.<sup>71</sup> Het is evenwel lastig te meten wat voor invloed een amicus-curiae-inbreng heeft gehad.<sup>72</sup> Daarnaast komt het scheidsrecht op dit punt eveneens in beginsel een grote discretionaire bevoegdheid toe.<sup>73</sup>

## Wat nu wanneer er geen amicus-curiae-mogelijkheid bestaat of wanneer een derde partij hiervan, om wat voor reden dan ook, geen gebruik van heeft gemaakt of heeft kunnen maken?

### 4 Een ‘indirecte’ wijze: belangen meewegen na afloop van de arbitrageprocedure

In de vorige paragraaf is de mogelijkheid van de amicus curiae besproken waarmee een derde partij zijn stem kan laten horen en daarmee in zeker opzicht toegang kan verkrijgen tot de arbitrageprocedure en het (scheidings)recht. Wat nu wanneer er geen amicus-curiae-mogelijkheid bestaat of wanneer een derde partij hiervan, om wat voor reden dan ook, geen gebruik van heeft gemaakt of heeft kunnen maken? Zou wellicht na afloop van de investeringsarbitrageprocedure nog ruimte zijn om de belangen van deze partij in ogenschouw te nemen?<sup>74</sup> In de onderhavige paragraaf zal nader worden stilgestaan bij een ‘indirecte’ wijze: een wijze die het mogelijk maakt dat de belangen van een derde partij worden meegenomen in het kader van een vernietigingsprocedure ten overstaan van de overheidsre-

ter. Een arrest van de Hoge Raad van april 2019 vormt de inspiratie voor deze ‘indirecte’ wijze.<sup>75</sup>

#### 4.1 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565 (Ecuador t. Chevron en Texaco)

De feiten die aanleiding voor het betreffende arrest hebben gegeven zijn, kort samengevat, als volgt.<sup>76</sup> In september 2009 zijn Chevron c.s. een BIT-arbitrageprocedure begonnen met het doel om de Republiek Ecuador aansprakelijk te houden voor milieuvervuiling in de Oriente-omgeving en daarmee te verplichten tot vergoeding van de schade als genoemd in de Lago Agrio-procedure. Deze procedure was in mei 2003 in Ecuador door een aantal Ecuadoraanse burgers ahangig gemaakt waarbij zij Chevron probeerden aansprakelijk te stellen voor milieuvervuiling die zou zijn veroorzaakt door TexPet. Chevron was sinds 2001 indirect aandeelhouder van TexPet. In de BIT-arbitrage overwoog het scheidsrecht in meerdere tussenvonnissen onder meer dat Ecuador, voor zover mogelijk, gehouden was de tenuitvoerlegging en erkenning van de uitspraak in de Lago Agrio-procedure (waarin Chevron was veroordeeld tot betaling van \$ 8,6 miljard aan eisers, hierna: het Lago Agrio-vonnissen) te schorsen. Later oordeelde het scheidsrecht dat Ecuador de naleving van arbitrale tussenvonnissen had geschonden. Voorts stelde het scheidsrecht vast dat Chevron c.s. rechten konden ontlenen aan een tussen partijen in 1995 gesloten ‘Settlement Agreement’ en in 1998 gesloten ‘Final Release’ welke overeenkomsten Chevron c.s. zouden kwijten van enige schuld met betrekking tot voornoemde milieuvervuiling en ervoor zouden zorgen dat Chevron c.s. gevrijwaard zouden zijn voor aanspraken van derden die zagen op de milieuvervuiling. In januari 2014 maakte Ecuador een procedure ahangig bij de Rechtbank Den Haag met het doel om een aantal van de BIT-vonnissen te laten vernietigen. De rechtbank wees de vordering af.<sup>77</sup> Het Hof Den Haag heeft dit vonnis bekrachtigd.<sup>78</sup> In de cassatieprocedure keert Ecuador zich nog eenmaal tegen

69 Vgl. Stern 2007, p. 281: ‘No attempt shall be made here to define who may be included in the category of “friends of the court.” It is better this way because, by definition, it is not possible to predict who could one day become your friend.’

70 Zie bijv. Saravanan & Subramanian 2016, p. 4; N.D. Rubins, ‘Opening the Investment Arbitration Process: At What Cost, for What Benefit’, *Transnational Dispute Management* 2006, afl. 3; Tienhaara 2007, p. 240; P.D. Friedland, ‘The Amicus Role in International Arbitration’, in L.A. Mistelis & J.D.M. Lew (red.), *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International 2006, p. 328.

71 Zie bijv. E. Obadia, ‘Extension of Proceedings Beyond the Original Parties: Non-Disputing Party Participation in Investment Arbitration’, *ICSID Review* 2007, afl. 2, p. 376.

72 Zie bijv. S. Lamb, D. Harrison & J. Hew, ‘Recent Developments in the Law and Practice of Amicus Briefs in Investor-State Arbitration’, *Indian Journal of Arbitration Law* 2016, afl. 2, p. 85.

73 Zie bijv. N. Butler, ‘Non-Disputing Party Participation in ICSID Disputes: *Faux Amici?*’, *Netherlands International Law Review* 2019, afl. 1 waarin wordt geschreven dat de (in het artikel bestudeerde) statistieken laten zien dat ‘[...] the level of NDP participation that amicus submissions provide in practice within the ICSID framework is disappointingly minimal, and the extent to which they may affect the final outcome of the case is very much at the discretion of the tribunal’ (p. 143). Vgl. Francioni 2009, p. 741; zie ook bijv. W.C. Lin, ‘Safeguarding the Environment? The Effectiveness of *Amicus Curiae* Submissions in Investor-State Arbitration’, *International Community Law Review* 2017, afl. 2-3.

74 Vgl. de mogelijkheid die bijvoorbeeld in Frankrijk (art. 1501 Code de procédure civile, la tierce opposition) bestaat om als derde partij op te (kunnen) komen tegen een binnenlands arbitraal vonnis, zie nader o.a. S. Bollée, ‘Les recours et les tiers en matière d’arbitrage’, *Revue de l’Arbitrage* 2018, afl. 1.

75 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565, *NJ* 2019 (nog te verschijnen), m.nt. H.J. Snijders.

76 Zie HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565, r.o. 3.1; Conclusie A-G Drijber 25 januari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:97, sub 8-33, alsmede: *NTHR* 2019, afl. 4, p. 190-191; *NTHR* 2017, afl. 5, p. 305-306.

77 Rb. Den Haag 20 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:385.

78 Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2009.

79 Alvorens de cassatieklachten te bespreken, gaat de Hoge Raad in op de vraag of het rechtsmiddel van vernietiging openstaat tegen een beslissing tot het treffen van een voorlopige voorziening in een arbitraal geding ten gronde (zie r.o. 4.2.2, r.o. 4.2.3).

80 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565, r.o. 4.3.2.

- 81 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565, r.o. 4.3.3.
- 82 Onder meer dat de voorlopige voorzieningen de rechten van de Lago Agrio-eisers niet rechtstreeks aantasten en naar hun aard tijdelijk zijn; dat het scheidsgerecht na afweging van de betrokken belangen aan Ecuador de (impliciete) verplichting heeft opgelegd om bij de uitvoering van de voorlopige voorzieningen rekening te houden met de rechten en belangen van de Lago Agrio-eisers en dat in de verhouding tussen Chevron en TexPet enerzijds en Ecuador anderzijds de voorlopige voorzieningen gerechtvaardigd waren om Chevron en TexPet te beschermen tegen het reële risico dat Ecuador aansprakelijk zou zijn voor de schade, maar geen (volledig) verhaal zou bieden.
- 83 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565, r.o. 4.3.4.
- 84 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565, r.o. 4.3.4.
- 85 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565, r.o. 4.4 en r.o. 5.
- 86 Vgl. Conclusie A-G Drijber 25 januari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:97, sub 150.
- 87 Vgl. Snijders, *NJ* 2019 (nog te verschijnen); H. Koster, 'Is vernietiging van arbitrale vonnissen waarin voorlopige voorzieningen zijn gelast mogelijk?', *Bb* 2019, afl. 18.
- 88 Vgl. H.J. Snijders, *NJ* 2019 (nog te verschijnen); Conclusie A-G Drijber 25 januari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:97, sub 161, 178. Vgl. U.S. Court of Appeals, Seventh Circuit 3 oktober 2011 (*Affymax, Inc. t. Ortho-McNeil-Janssen Pharms., Inc.*) 660 F.3d 281 (7th Cir. 2011) waarin het gerecht, onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie, overwoog: '[...], despite the limited scope of § 10(a), a court may set aside an award that directs the parties to violate the legal rights of third persons who did not consent to the arbitration'.
- 89 Het begrip toegang tot het recht ('access to justice') kan ruimer worden opgevat dan het begrip toegang tot de (overheids)rechter (Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/152); zo kan worden betoogd dat het begrip toegang tot het recht ook het recht op tenuitvoerlegging binnen een redelijke termijn omvat, zie bijv. Europees Hof voor de Rechten van de Mens, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb)* (online, laatst bijgewerkt: 30 april 2019), p. 38 (vgl. Conclusie 25 januari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:97, sub 152).
- 90 De omstandigheden van het geval zijn in casu op zijn minst 'bijzonder' te noemen gelet op de samenhang tussen de BIT-arbitrage tussen Chevron c.s. en Ecuador enerzijds, en de Lago Agrio-procedure tussen de derde partij en Chevron anderzijds, zie Conclusie 25 januari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:97, sub 153. Voorts is ook 'bijzonder' de uitkomst van de zaak zelf nu met het arbitrale oordeel feitelijk sprake is van doorkruising van de effectiviteit van een oordeel dat door een overheidsrechter is gegeven, zie H.J. Snijders, *NJ* 2019 (nog te verschijnen).
- 91 Nu het gaat om een *tijdelijke* belemmering in de uitoefening van rechten die een derde partij ontleent aan een reeds *gewezen gerechtelijk* vonnis, waarbij de belangen van deze derde partij door een *procespartij* moeten worden aangevoerd in het kader van een vordering tot *vernietiging* van een *arbitraal* (tussen)vonnis wegens strijd met de *openbare orde*, kan worden gesproken van een uiterst beperkt (materieel en formeel) toepassingsgebied van de 'rechtsregel'.

de afwijzing van haar vernietigingsvorderingen van de BIT-vonnissen waarin voorlopige voorzieningen worden getroffen.<sup>79</sup>

Onderdeel 2 van het middel klaagt over onjuistheid, althans onvoldoende motivering van het oordeel van het hof dat de voorlopige voorzieningen niet in strijd zijn met de openbare orde. Het middel voert, kort samengevat, aan dat met de (nakoming door Ecuador van de) voorlopige voorzieningen aan de Lago Agrio-eisers hun fundamentele recht wordt ontnomen om het Lago Agrio-vonnis binnen een redelijke termijn ten uitvoer te leggen, hetgeen in strijd zou zijn met de openbare orde ex artikel 1065 lid 1 aanhef en sub e Rv. De Hoge Raad gaat hierin niet mee. Onder aanhaling van de maatstaf dat van strijd met de openbare orde 'slechts' sprake is 'indien de inhoud of uitvoering van het arbitrale vonnis strijdt met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd'<sup>80</sup> en de overweging dat wat moet worden verstaan onder 'een redelijke termijn' voor tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak afhangt van 'de omstandigheden van het voorliggende geval',<sup>81</sup> komt de Hoge Raad tot het (eind)oordeel dat de motivering van het hof<sup>82</sup> geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, noch van 'miskenning van enige andere rechtsregel'.<sup>83</sup> Voorts is het oordeel van het hof 'naar behoren gemotiveerd'.<sup>84</sup> Nu ook de overige klachten van het middel niet tot cassatie kunnen leiden, volgt verwerping van het beroep en veroordeling van Ecuador in de kosten van het geding in cassatie.<sup>85</sup>

**Betoogd zou kunnen worden dat ook na afloop van een BIT-investerings-arbitrageprocedure – zij het indirect, via een achterdeur(tje) – gewicht kan toekomen aan de belangen van een derde partij**

#### 4.2 Een invulling van artikel 1065, lid 1 aanhef en sub e Rv

In het licht van het onderwerp van de onderhavige bijdrage springt het betoog van Ecuador – dat met naleving door Ecuador van het arbitraal vonnis een 'derde partij' (de Lago Agrio-eisers), die geen partij was bij de arbitrageprocedure, wordt belemmerd in de uitoefening van rechten die deze partij ontleent aan een door de overheidsrechter gewezen vonnis – eruit.<sup>86</sup> Het beroep dat Ecuador in dit kader doet op de openbare-orde-exceptione ex artikel 1065 lid 1 aanhef en sub e Rv wordt door de Hoge Raad afgewezen. De Hoge Raad lijkt weinig keuze te hebben gehad; het gaat in casu immers om een invulling van een open norm die mede afhankelijk is van de (feitelijke) omstandigheden van het geval en terughoudendheid door de cassatierechter op dit punt is aangewezen.<sup>87</sup> Hoewel in de onderhavige zaak het 'opkomen' van Ecuador voor de (tenuitvoerleggings) rechten van een derde partij geen succes heeft, is deze deur echter niet per definitie gesloten. Voor de vraag of uiteindelijk kan worden gekomen tot de conclusie dat sprake is van strijdigheid met de openbare orde zal een afweging van de belangen van de procespartijen plaatsvinden waarbij ook belangen van een derde partij (kunnen) meewegen.<sup>88</sup> Deze belangenafweging geschiedt met inachtneming van de omstandigheden van het geval. Anders geformuleerd, een arbitraal vonnis kan in strijd zijn met de openbare orde wanneer het tot gevolg heeft dat een derde partij de toegang tot het recht (tijdelijk) wordt ontzegd, waarbij onder 'toegang' in dit geval wordt begrepen de tenuitvoerlegging van een vonnis.<sup>89</sup> Hoewel men voorzichtig dient te zijn met het verbinden van te vergaande conclusies aan het onderhavige arrest, (onder meer) gelet op de specifieke omstandigheden van het geval<sup>90</sup> en de (begrenzingen die besloten liggen in de) 'rechtsregel' zelf,<sup>91</sup> zou kunnen worden betoogd dat ook na afloop van een BIT-investerings-arbitrageprocedure – zij het indirect, via een achterdeur(tje) – gewicht kan toekomen aan de belangen van een derde partij.

## De voordeur is voor belanghebbende derden gesloten; wel wordt een (bescheiden) zij-ingang en (een nog meer bescheiden) achteringang geboden

### 5 Investeringsarbitrage en een derde partij: (begrensde) mogelijkheden

De bevindingen hierboven kunnen als volgt worden samengevat. In het kader van investeringsarbitrages is niet vanzelfsprekend ruimte voor de inbreng van een 'derde partij'. Toch kan ook deze partij belang(en) hebben bij een bepaalde uitkomst van de procedure. De laatste jaren klopt de buitenwereld dan ook nadrukkelijker op de deur van de, in beginsel, gesloten wereld van de investeringsarbitrage. In de onderhavige bijdrage is besproken op welke

wijze 'toegang' voor een derde partij in het kader van een investeringsarbitrage zou kunnen worden verkregen. Allereerst is een zogenoemde 'directe' wijze besproken. In dit kader is stilgestaan bij de opkomst van de *amicus curiae*. Op papier biedt het instrument een derde partij de nodige mogelijkheden, maar het roept tegelijkertijd ook een aantal vragen op. Duidelijk is dat hierover het laatste woord nog niet is gezegd noch geschreven.<sup>92</sup> Daarnaast is, aan de hand van een arrest van de Hoge Raad van april 2019, een zogenoemde 'indirecte' wijze besproken op grond waarvan de belangen van een derde partij, zij het onder bijzondere voorwaarden, na afloop van de arbitrageprocedure zouden kunnen worden meegewogen in het kader van een vernietigingsprocedure. Kort en goed: de voordeur is voor belanghebbende derden gesloten; wel wordt een (bescheiden) zij-ingang en (een nog meer bescheiden) achteringang geboden.<sup>93</sup>

<sup>92</sup> Vgl. S.A. Alexandrov & M. Carlson, 'The Opportunity to Be Heard: Accommodating Amicus Curiae Participation in Investment Treaty Arbitration', in: M.A. Fernandez-Ballester & D. Arias Lozano (red.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid: La Ley/Gruppo Wolters Kluwer, p. 63: '[...] that we are not at an end in this process, and the evolution will continue'.

<sup>93</sup> Vgl. L. Bastin, 'Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends', *Arbitration International* 2014, afl. 1, p. 140.

## Arbitration 2018

*K.J. Krzeminski & M.M.J. Vink (red.)*

This collection of laws and regulations aims to bring together the most relevant national and international laws and regulations in the field of arbitration and includes a broad selection of international arbitration rules and aims to provide a basis for the comparative study of arbitration law. For the purpose of legal education in English, the present edition also includes English translations of the relevant Dutch laws and regulations.

ISBN: 978-94-9276-638-0 | Price: € 52,00 | Pages: 578 pages | Order: [arsaequi.nl](http://arsaequi.nl)

