



Universiteit
Leiden
The Netherlands

The Role of the Domestic Law of the Host State in Determining the *ratione materiae* Jurisdiction of Investment Treaty Tribunals: The Partial Revival of the Localisation Theory

Eftekhar, R.

Citation

Eftekhar, R. (2019, December 19). *The Role of the Domestic Law of the Host State in Determining the *ratione materiae* Jurisdiction of Investment Treaty Tribunals: The Partial Revival of the Localisation Theory*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/82077>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/82077>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/82077> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Eftekhar, R.

Title: The Role of the Domestic Law of the Host State in Determining the *ratione materiae* Jurisdiction of Investment Treaty Tribunals: The Partial Revival of the Localisation Theory

Issue Date: 2019-12-19

Samenvatting (Dutch Summary)

De rol van het nationaal recht van de gaststaat in de vaststelling van de materiële bevoegdheid van investeringstribunalen: de gedeeltelijke herleving van de ‘localisatie-theorie’

In dit proefschrift is aangetoond dat, naast de bepalingen van investeringsverdragen zelf, het toepasselijke recht inzake bilaterale en multilaterale investeringsverdragen een combinatie is van nationaal recht en internationaal recht. Dit proefschrift heeft de potentiële omstandigheden waarin het nationale recht in investeringsarbitrage wordt toegepast als ‘feit’ en als ‘recht’ geanalyseerd. Met bijzondere aandacht voor de toepassing van het nationale recht in de belangrijke kwestie van de materiële bevoegdheid van arbitragetribunalen, onderzocht dit proefschrift de verschillende situaties waarin het nationale recht zou kunnen worden toegepast als ‘recht’ bij de bepaling van de materiële bevoegdheid van tribunalen, de basis van een dergelijke toepassing, de modaliteit voor het vaststellen van de inhoud van het nationale recht, en de gevolgen van de toepassing van het nationale recht bij de vaststelling van de bevoegdheid van een tribunaal op basis van een investeringsverdrag. Bovendien is in dit proefschrift, naast de aandacht voor de rol van het nationale recht in de materiële bevoegdheid, ook de belangrijke rol van de nationale rechtbanken van het gastland bij de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten onderzocht in het licht van nieuwe ontwikkelingen in de rechtspraak van investeringstribunalen en de bepalingen van recente investeringsverdragen. Uit die analyse blijkt dat door de geleidelijke invoering van bepalingen betreffende het nationaal recht en nationale rechtbanken in investeringsverdragen, gekoppeld aan ontwikkelingen in de arbitragepraktijk en investeringsverdragen, investeringsarbitrage tot op zekere hoogte ‘gelokaliseerd’ is. Dit betekent dat gaststaten erin zijn geslaagd hun juridische relatie met buitenlandse investeerders op zijn minst tot op zekere hoogte te ‘re-lokaliseren’. Met andere woorden, v hebben, met name door recente ontwikkelingen, de controle, die ze enigszins verloren hadden toen de ‘lokalisatietheorie’ overtroffen werd door de ‘internationalisering’ en de toevloed aan bilaterale investeringsverdragen, verstevigd.

Door de analyse in de hoofdstukken 1-4 van dit proefschrift heb ik bepaalde algemene conclusies kunnen trekken.

In de eerste plaats is in hoofdstuk 1 aangetoond dat, ongeacht de brede formulering van bepalingen omtrent het toepasselijke recht in investeringsverdragen, de rol van het nationale recht van de gaststaat bij het bepalen van de bevoegdheid van een tribunaal en de gegrondheid van de zaak alomtegenwoordig is. Er werd ook aangetoond dat terwijl het nationale recht meestal als ‘feit’ aanzien wordt bij het bepalen van de gegrondheid van de zaak, datzelfde nationale recht meestal als ‘toepasselijke recht’ aanzien wordt bij de behandeling van bevoegdheidskwesties, in het bijzonder bij de behandeling van de materiële bevoegdheid van een investeringstribunaal. Verschillende vraagstukken betreffende de materiële bevoegdheid van een investeringstribunaal hebben immers een directe of indirecte band met het recht van de gaststaat. Dergelijke vraagstukken omvatten onder meer de definitie en de vaststelling van de rechten die gepaard gaan met investeringen, de rechtmatigheid van investeringen en, in bepaalde gevallen, de formele goedkeuring van de investering. In hoofdstuk 1 werd ook besproken dat er twee belangrijke juridische gronden zijn om de toepassing van het recht van de gaststaat te rechtvaardigen: om de eigendomsrechten van buitenlandse investeerders te identificeren en om de (on)rechtmatigheid van een investering vast te stellen. In hoofdstuk 1 van dit

proefschrift is aangetoond dat het recht van de gaststaat van toepassing is op de bovengenoemde aspecten van de materiële bevoegdheid, hetzij omdat de verdragsluitende partijen bij het investeringsverdrag dit uitdrukkelijk of impliciet zijn overeengekomen, hetzij omdat de toepassing van het recht van de gaststaat volgt uit de aard van de kwestie die ter beoordeling ligt. In het laatste geval is het nationale recht van toepassing omdat het gaat om een kwestie die verband houdt met de soevereiniteit van de gaststaat ten aanzien waarvan het algemeen internationaal recht geen toepasselijk regel heeft. In dergelijke situaties, en in de afwezigheid van een overeenkomst door de verdragsluitende staten of door een daaropvolgende bijzondere overeenkomst of praktijk van die staten met betrekking tot de definitie en/of bepaling van de relevante kwestie, vereisen algemene rechtsbeginselen de toepassing van het nationale recht op de betrokken aangelegenheden. In hoofdstuk 1 van dit proefschrift is ook vastgesteld dat een correcte analyse van het conflictenrecht met zich meebrengt dat het meestal het recht van de gaststaat is die deze materie bepaalt.

In hoofdstuk 2 van dit proefschrift, dat specifiek het vraagstuk inzake de vaststelling van de rechtmatigheid van de investering conform het recht van de gaststaat behandelt, werd aangetoond dat het voornamelijk het recht van de gaststaat is dat op dit vraagstuk van toepassing is omdat een meerderheid van de investeringsverdragen expliciet of impliciet naar deze verwijzen bij het bepalen van de rechtmatigheid van de investering. Bovendien heb ik ook aangetoond dat als het internationale recht inderdaad als doel heeft internationale investeringen te beschermen, algemene rechtsbeginselen ook de toepassing van het recht van de gaststaat op de rechtmatigheid van een investering vereisen. Bijgevolg worden, volgens die algemene rechtsbeginselen, investeringen die in strijd zijn met het recht van de gaststaat niet beschermd door het internationale recht. Daarom werd in hoofdstuk 2 aangetoond dat zelfs indien het onderliggend investeringsverdrag niet verwijst naar de toepassing van het recht van de gaststaat, deze toch zal bepalen of een investering rechtmatig is. Vervolgens ging ik in op de ‘temporele’, ‘formele’ en ‘inhoudelijke’ omvang van de rechtmatigheidsvereiste. Wat de minder controversiële ‘tijdelijke’ en ‘formele’ aspecten van het rechtmatigheidsvereiste betreft, concludeerde ik dat, afhankelijk van de formulering van de rechtmatigheidsvereiste, bij de analyse, die een tribunaal op basis van een investeringsverdrag moet ondernemen bij de beslissing of een investering in overeenstemming is met het recht van de gaststaat, rekening gehouden moet worden met alle bindende en afdwingbare wetten en regels van de gaststaat die van kracht waren op het ogenblik van de aanvang van de investering. Wat de moeilijkere vraag van de ‘inhoudelijke’ strekking van de rechtmatigheidsvereiste betreft, wijdde ik een lange discussie aan een overzicht van de relevante arbitragebepalingen in investeringsverdragen -die inconsistent bleken te zijn-, de rechtsleer en de algemene beginselen inzake verdragsinterpretatie, om uiteindelijk tot de conclusie te komen dat de ‘inhoudelijke’ strekking van de rechtmatigheidsvereiste zich uitstrekt tot de fundamentele wetgeving van de gaststaat (hetzij de grondwet, de organische wetten en de dwingende wetten) evenals de ‘gewone’ wetgeving. Wat betreft de tweede groep, de ‘gewone’ wetten, concludeerde ik dat de schending van dergelijke wetten alleen de rechtmatigheidsvereiste zou kunnen schenden indien deze wetten worden geschonden met als doel de investering veilig te stellen of de winstgevendheid van de investering te verzekeren. Tot slot heb ik de gevolgen van de toepassing van het recht van de gaststaat op de rechtmatigheidsvereiste behandeld en geconcludeerd dat de bevinding door een arbitragetribunaal dat een investering gemaakt is in strijd met het recht van de gaststaat, resulteert in het afwijzen van de zaak wegens gebrek aan materiële bevoegdheid.

Vervolgens heb ik in hoofdstuk 3 een ander aspect van de materiële bevoegdheid geanalyseerd, namelijk het vraagstuk van de rol van het recht van de gaststaat bij het bepalen van het bestaan van de rechten en/of belangen die gepaard gaan met de investering. Eerst heb ik aangetoond dat, tenzij anders overeengekomen in het verdrag zelf, het internationale gewoonterecht geen regels bevat met betrekking tot eigendomsrecht. Dergelijke kwesties worden derhalve uitsluitend beantwoord door verwijzing naar en toepassing van nationale wetgeving. Algemene rechtsbeginselen en het conflictenrecht bevestigen dit. In de meeste gevallen eindigt een analyse van het conflictenrecht inderdaad in de toepassing van het recht van de gaststaat, op basis van hetzij de *lex situs* of de *lex contractus*. In deel één van dit hoofdstuk werd verwezen naar bepaalde investeringsverdragen die dit ook duidelijk stellen - het bestaan van rechten/belangen die gepaard gaan met de investeringen moeten bepaald worden door verwijzing naar het recht van de gaststaat. Bovendien is in dat hoofdstuk aangetoond dat als men op basis van een analyse op grond van het nationale recht tot de conclusie komt dat er op het moment van de aanvang van de investering geen juridisch bindend of afdwingbaar recht/belang bestond, het investeringstribunaal de zaak moet afwijzen wegens gebrek aan materiële bevoegdheid. Tot slot heb ik ook de verschillende aspecten van specifieke eigendoms- en contractuele kwesties, die een investeringstribunaal tegenkomt en die worden beheerst door het recht van de gaststaat, onderzocht. Met verwijzing naar de praktijk van investeringstribunalen is aangevoerd dat het de wetgeving en ander regels van het gastland is die een antwoord geven op deze specifieke vragen, waaronder de definitie van ‘eigendom’, de voorwaarden voor eigendomsoverdracht en de vraag of het vermeende contractuele recht effectief bindend en afdwingbaar is. Uit deze discussie bleek al snel dat, hoewel op sommige gebieden de algemene toepassing van het recht van de gaststaat duidelijk is, de discussie over de feitelijke toepassing van de nationale wetgeving op specifieke kwesties zoals de rechtmatigheid en het bestaan van aan de investering ten grondslag liggende rechten genuanceerder is.

Tenslotte werd deel I van het proefschrift afgesloten met de methode voor het vaststellen van de inhoud van de wetgeving van het gastland. Zoals in hoofdstuk 4 werd uiteengezet, bestaan er verschillende methoden om de inhoud van het recht van de gaststaat te bepalen, waaronder de tekst zelf van de wetgeving van het gastland, ‘expert opinions’ van deskundigen over nationale aangelegenheden, en de uitspraken van de rechtbanken van de gaststaat. In dit hoofdstuk is aangegeven dat van alle mogelijke methoden, het voornaamste middel om de inhoud van het recht van de gaststaat vast te stellen, de uitspraken en praktijken van de rechtbanken van het gastland zijn.

Gezien het belang van het recht van de gaststaat bij het regelen van bepaalde kwesties inzake de materiële bevoegdheid, zoals hierboven beschreven, d.w.z. het creëren en het bestaan van rechten/belangen over eigendom en activa en de rechtmatigheid van investeringen, speelt het recht van de gaststaat een prominente rol bij het bepalen van de materiële bevoegdheid van een tribunaal. Dit laat weinig ruimte aan het internationaal recht.¹ Hoewel het recht van de gaststaat bepaalt of er geldige en afdwingbare rechten bestaan, bestaat de rol van het internationale recht er evenwel in om te bepalen of dergelijke rechten door het verdrag worden beschermd.² Gezien deze

¹ Een mogelijk rol voor het international recht kan erin bestaan een lijst met beperkingen, uitlustingen, en uitzonderingen te voorzien in de verdragsbepaling die ‘investering’ definieert, of de bepaling die de termen ‘eigendom’ of ‘activa’ definieert, hetzij in het verdrag zelf of in een naderhand gesloten overeenkomst of praktijk van de verdragsstaten.

² M Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law* (Kluwer Law International 2017) 103.

observatie, en alhoewel veel zal afhangen van hoe de zaak in elk individueel geschil wordt bepleit, kan in het algemeen nu geargumenteed worden dat het nationale recht inderdaad “frequent centrality to the outcome of the case” heeft.³ In dit opzicht kan niet worden betoogd dat nationaal recht in internationale geschillen slechts als ‘feit’ fungeert.⁴ Om die reden kan men terecht de mening die nationaal recht behandelt als een louter ‘feit’ in investeringsarbitrage bekritisieren.⁵ Bovendien is het niet juist te beweren dat, wanneer toegepast als ‘recht’, het nationale recht beperkt zal blijven tot bepaalde incidentele en voorlopige kwesties.⁶ Men kan terecht stellen dat het nationale recht van toepassing is op een aantal inleidende, maar tegelijk fundamentele vragen in investeringsarbitrage. In het bijzonder is door deze discussie aangetoond dat het recht van de gaststaat de ‘inhoudelijke aspecten’ van de onderliggende rechten beheerst. De

³ In 2017 heeft Jarrod Hepburn geconcludeerd dat “the place of domestic law in [investment treaty] arbitrations has received somewhat less attention, notwithstanding its frequent centrality to the outcome of the case ...” J Hepburn, *Domestic Law in International Investment Arbitration* (OUP 2017) 3-4. Te meer, reeds in 2003, had Douglas gesteld dat “With disturbing frequency, questions of municipal law relating to aspects of the investment are brushed aside as peripheral or dealt with superficially by tribunals ...” Z Douglas, ‘The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration’ (2003) 74 BYIL 273. Zie ook VC Igbokwe, ‘Determination, Interpretation and Application of Substantive Law in Foreign Investment Treaty Arbitrations’ (2006) 23(4) J Int’l Arb 287 (die de rol van het nationale recht van de gaststaat in investeringsarbitrage gekarakteriseerd had als ‘vital’ en ‘enduring’.)

⁴ In *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, bijvoorbeeld, oordeelde het PHIJ dat:

[f]rom the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures.

Zie *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*, Judgment, P.C.I.J. Rep. Series A, No. 7, 1926 (25 May 1926) p 19. Zie ook *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL (formerly *EnCana Corporation v. Government of the Republic of Ecuador*), Partial Dissenting Opinion of Horacio A. Grigera Naon, 30 December 2005 [12] (waarbij de toepassing van nationaal recht op de vraag of een ‘investerings’ bestaat, tegengesproken wordt: “[...] the local laws, administrative acts and practices and other conduct attributable to the host State at the moment they had the effect of operating the deprivation of property, are facts to be freely evaluated by the arbitrators to determine if the foreign investor’s entitlement to protection under international law has been infringed at a specific moment in time or not.”); *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, SCC Case No. 080/2004, Award, 21 April 2006 [96] (warring gesteld wordt: “The Vienna Convention provides no role for the domestic law of contracting states in the interpretation of international treaties. Therefore, in the instant case, it is clear that Russian national law is of no relevance in this regard. While Russian law may be relevant in establishing certain factual circumstances involved in the merits of the case, it has no role to play in determining the jurisdiction of the Tribunal.”); *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, 21 December 2012 [217]-[218] (waarin voorgehouden wordt dat de referentie naar nationaal recht in bepaalde jurisdictional kwesties las doel heeft bepaalde ‘feitelijke kwesties’ te beslissen); R Jennings & A Watts (eds), *Oppenheim’s International Law* (Vol. 1, 9th edn, Longman 1992) 83 (waarin gesteld wordt dat: “From the standpoint of international law, a national law is generally regarded as a fact with reference to which rules of international law have to be applied, rather than as a rule to be applied on the international plane as a rule of law; and insofar as the International Court of Justice is called upon to express an opinion as to the effect of a rule of national law it will do so by treating the matter as a question of fact to be established as such rather than as a question of law to be decided by the court”); G Sacerdoti, ‘Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards’ (2004) 19(1) ICSID Rev-FILJ 25-26.

⁵ M Sasson (n 2) 1-3.

⁶ O Spiermann, ‘Applicable Law’ in P Muchlinski, F Ortino, and C Schreuer (eds), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (OUP 2008) 108; C Schreuer, ‘Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration’ (2014) 1(1) McGill Journal of Dispute Resolution 17 (waarin gesteld wordt dat in dergelijke situaties nationaal recht incidentieel toegepast wordt).

inhoudelijke aspecten omvatten het bestaan en de rechtmatigheid van een eigendomsrecht.⁷

Deel II van dit werk begon met de geschiedenis, inhoud en de huidige staat van de klassieke 'lokalisatietheorie'. Daar werd besproken dat het voornaamste idee achter de 'lokalisatietheorie' erin bestond dat een geschil over een investeringscontract worden beslist zou moeten door het recht en de rechtbanken van de gaststaat. Anders gezegd, degenen die de 'lokalisatietheorie' steunden, waren de mening toegedaan dat het recht van toepassing op buitenlandse investeringsovereenkomsten het nationaal recht van het gastland moest zijn en dat elk geschil dat voortvloeit uit dergelijke contracten beslecht moest worden door de rechtbanken van het gastland zelf. Hoofdstuk 5 van dit proefschrift ging dieper in op deze theorie en beschreef hoe deze uiteindelijk werd weggevaagd door de Westerse staten. Dit hoofdstuk werd afgesloten met een onderzoek naar het fenomeen van bilaterale investeringsverdragen die het laatste stuk vormden in de complete vernietiging van de 'lokalisatietheorie'.

Vervolgens werd in hoofdstuk 6 aangetoond dat zowel de recentere praktijk van investeringstribunaal als, in zekere mate, recente trends in het sluiten van investeringsverdragen aantonen dat de rol van het nationale recht in investeringsarbitrage, en met name zoals vermeld in de hoofdstukken 2 en 3 van het proefschrift de toepassing van deze op de kwestie van materiële bevoegdheid, duidelijker en meer aanwezig is. Als men bijvoorbeeld eerdere jurisprudentie over dergelijke zaken zou analyseren, zou men hoogstwaarschijnlijk niets vinden over de rol van het recht van de gaststaat vinden, of moeten vaststellen dat deze kwestie door een arbitragetribunaal slechts marginaal besproken werd. Een reden die de vorige benadering zou kunnen verklaren, kan liggen in het feit dat de arbiters onbekend waren met het nationale recht, of aarzelden om expliciet het nationale recht toe te passen in een internationaal geschil. Als men echter de huidige praktijk in ogenschouw neemt, realiseert men zich dat investeringstribunalen gewoonlijk meer uitdrukking geven aan deze realiteit en de rol van de gaststaat op een meer omvattende manier behandelen.

Verder werd in hoofdstuk 7 betoogd dat de recente praktijk van arbitragetribunalen, en de recente trends in het sluiten van investeringsverdragen aantonen dat de rechtbanken van het gastland tegenwoordig een veel prominentere rol spelen door middel van interventies en vaststellingen inzake verschillende kwesties die direct of indirect verband houden met investeringsgeschillen. Er werd bijvoorbeeld aangetoond dat wanneer een vraag betreffende de interpretatie van het nationale recht zich stelt, arbitragetribunalen meestal verwijzen naar de praktijk en uitspraken van de rechtbanken van het gastland om de betekenis en de draagwijdte van de relevante bepaling vast te stellen. Bovendien is in bepaalde gevallen de vereiste dat de investeerder in de eerste plaats gebruik moet maken van de lokale rechtsmiddelen, een ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de vordering of een voorafgaande voorwaarde om een schending van een inhoudelijke bepaling van het investeringsverdrag vast te stellen. De ontwikkelingen in investeringsverdragen inzake het recht en de rechtbanken van het gastland, laten in het algemeen een redelijke omstander achter met een duidelijke conclusie: de 'lokalisatietheorie' herleeft enigszins. Dit wil niet zeggen dat deze ontwikkelingen de 'lokalisatietheorie' volledig heeft doen herleven. Men kan immers alleen beargumenteren dat heropleving van de 'lokalisatietheorie' 'gedeeltelijk' is. Ik gebruik de uitdrukking 'herleving van de lokalisatietheorie' omdat de nieuwe ontwikkelingen de bepalende rol van het recht én de rechtbanken van de gaststaat -de twee pijlers van de 'lokalisatietheorie'-, bij internationale investeringsgeschillen hebben

⁷ M Sasson (n 2) 147.

doen ‘herleven’. Bovendien is de determinerende rol van het recht en de rechtbanken van de gaststaat effectief en belangrijk, aangezien in sommige geschillen de bepalingen van het recht en uitspraken van de rechtbanken van de gaststaat het einde van het verhaal betekenen. In een van zijn eerdere artikelen over investeringsarbitrage beschrijft Schreuer investeringsarbitrage als een ‘reis’ aan zee. Hij waarschuwt dat voor “inscheping, de passagiers hun paspoorten moeten laten controleren”, omdat er anders geen reis zal zijn.⁸ Het arbitragetribunaal stelt een paspoortcontrole in voor beleggers om hun bevoegdheid te bepalen. Als het paspoort niet geldig is of als er geen visum is, zal er helemaal geen reis zijn. Stel dat in een arbitrage tussen een investeerder en een staat, één van de geschilpunten betrekking heeft op de vraag of het contract dat vermeende contractuele rechten met zich meebrengt, geldig is aangegaan onder het recht van het gastland. Indien het antwoord op deze vraag ontkennend is, kan geen enkele vordering worden aanvaard met betrekking tot de vermeende contractuele rechten in kwestie. Zelfs als een bepaalde claim gegrond zou zijn, bijvoorbeeld een gegronde vordering betreffende een onteigening, zal de zaak alsnog falen bij gebrek aan materiële bevoegdheid, wegens onrechtmatigheid op grond van het recht van het gastland, of de niet-erkenning van het vermeende recht/belang door het recht van de gaststaat. In *Accession Mezzanine v. Hungary*, ondanks het feit dat het tribunaal de onrechtmatigheid van het gedrag van de verweerder in het aanbestedingsproces vastgesteld en erkend had, heeft het tribunaal de vordering van de eiser niettemin afgewezen wegens onbevoegdheid.⁹ Om dezelfde reden verklaarde het Tribunaal in *Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica* dat, gezien de alomvattende aard van de verdediging van de verweerder, een vaststelling van onrechtmatigheid door het tribunaal “would constitute a complete bar to the entire case advanced”.¹⁰ Verder kan geargumenteed worden, en is in dit proefschrift aangetoond, dat hoe meer de rechtbanken van de gaststaat direct of indirect betrokken zijn bij een investeringsarbitrage, hoe meer het recht van de gaststaat relevant is (*qui elegit judicem elegit jus*), aangezien rechtbanken van het gastland verplicht zijn en/of geneigd zijn hun eigen recht toe te passen. Evenzo, hoe meer het recht van de gaststaat betrokken is bij dergelijke arbitrages, des te belangrijker de rol van de nationale rechtbanken van de gaststaat wordt, aangezien de rechtspraak van de rechtbanken van de gaststaat de beste vindplaats is voor de toepassing en interpretatie van het recht van de gaststaat. Dit wederzijdse effect kan terecht als een synergetische interactie tussen het recht van de gaststaat en de rechtbanken van de gaststaat in investeringsarbitrage worden genoemd. Om die reden kan de rol en de functie van het recht en de rechtbanken van het gastland niet langer worden onderschat.

Ik gebruik evenwel wel de term ‘gedeeltelijke heropleving’ van de ‘lokalisatietheorie’, aangezien het recht en de rechtbanken van het gastland niet noodzakelijkerwijs inspraak hebben in elke investeringsarbitrage. Wat de rol van de rechtbanken van het gastland betreft, moet worden opgemerkt dat sommige investeringsverdragen de rechtbanken van het gastland opnemen als één van de beschikbare opties die de investeerder kan kiezen in het geval van een geschil op basis van een investeringsverdrag. Bepaalde recente verdragen hebben zelfs de rechtbanken van het gastland opgenomen als het

⁸ C Schreuer, ‘Investment Arbitration - A Voyage of Discovery’ (2005) 2(5) TDM 4.

⁹ *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/3, Award, 17 April 2015 [190], [200].

¹⁰ *Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, 19 May 2010 [43]. See also VC Igboke, ‘Determination, Interpretation and Application of Substantive Law in Foreign Investment Treaty Arbitrations’ (n 3) 268 (stating that “... jurisdictional questions ... may bring foreign investment arbitration to an abrupt end...” [emphasis added]).

enige forum die de investeerder *moet* gebruiken in het geval van een geschil op basis van een investeringsverdrag. In de eerste situatie -de beschikbaarheid van de rechtbanken van de gaststaat samen met andere opties- kiest de investeerder meestal niet voor de rechtbanken van de gaststaat wanneer de investeerder eveneens kan opteren voor internationale arbitrage, tenzij de arbitrageprocedure als te duur beschouwd worden, het geschil niet complex of gevoelig van aard is, of de rechtbanken van het gastland goed zijn uitgerust om op een rechtvaardige en billijke manier geschillen op basis van investeringsverdragen te behandelen. Wat de tweede situatie betreft, namelijk indien de rechtbanken van het gastland het enige beschikbare forum zijn om het geschil te beslechten, moeten twee opmerkingen gemaakt worden: ten eerste, niettegenstaande de recente ontwikkelingen, is een dergelijke aanpak in investeringsverdragen redelijk beperkt; een dergelijke aanpak blijkt zelfs eerder zeldzaam te zijn. Ten tweede, als er een arbitrageclausule voorzien is in het contract tussen de investeerder en de gaststaat, kan de investeerder proberen het geschillenbeslechtsforum in het bilaterale investeringsverdrag te omzeilen door een beroep te doen op de arbitrageclausule in het desbetreffende contract. Rekening houdend met deze vaststelling, is het antwoord op de vraag of het tweede onderdeel van de 'lokalisatietheorie' volledig nieuw leven is ingeblazen in de context van investeringsarbitrage dus eerder negatief. Anderzijds moeten de relevante vraagstukken, waarop het recht van de gaststaat van toepassing is, eerst aan de orde komen in een zaak zodat het recht van de gaststaat de haar toegekende rol kan spelen. Men kan zich uiteraard ook voorstellen dat er in sommige zaken, en er zijn effectief verschillende dergelijke zaken, helemaal geen materiële bevoegdheidskwesties spelen. Bovendien, indien er wel materiële bevoegdheidskwesties spelen, kunnen het kwesties zijn die door het internationaal recht eerder dan het recht van de gaststaat beheerst worden. Omdat de aangelegenheden die gereguleerd of beïnvloed worden door de bepalingen en/of interventies van het recht en/of rechtbanken van de gaststaat beperkt zijn, en dergelijke aangelegenheden eveneens niet noodzakelijkerwijs in elk zaak aanwezig zijn, lijkt de karakterisering van deze nieuwe ontwikkelingen als 'gedeeltelijke heropleving van de lokalisatietheorie' bijgevolg gepaster. Al met al is het redelijk verdedigbaar te stellen dat, door de meer beslissende rol die het recht en de rechtbanken van de gaststaat innemen in het beslechten van geschillen tussen staten en investeerders, de 'lokalisatietheorie' op het gebied van investeringsarbitrage gedeeltelijk nieuw leven is ingeblazen.

Hoewel het altijd moeilijk is om de toekomst te voorspellen, kan men alleen maar gissen of de rol van het recht en de rechtbanken van de gaststaat betekenisvoller en belangwekkender zal worden naarmate de tijd verstrijkt, in het licht van de recente trends die zijn waargenomen bij het sluiten van bilaterale en multilaterale investeringsverdragen door Westerse en ontwikkelingslanden, de praktijk van investeringsarbitrage, en het groeiende belang om de soevereiniteit van staten te respecteren. Dit gebeurt overigens op een moment dat Westerse staten twijfels hebben over de effectiviteit en legitimiteit van internationale arbitrage als middel om geschillen op basis investeringsverdragen te beslechten. Dit heeft blijkbaar een danige invloed gehad dat sommigen deze ontwikkelingen aangewezen hebben als 'emergence of a 'NEO-NIEO''¹¹ of 're-statification' van de beslechting van investeringsgeschillen.¹² Om die reden lijkt de evolutie meer gericht te zijn op 'lokalisatie' dan op 'internationalisering'.

¹¹ CN Brower & S Melikian 'We Have Met The Enemy And He Is US!' Is the Industrialized North 'Going South' on Investor-State Arbitration?' (2015) 31(1) Arb Int'l 19-26.

¹² CN Brower & S Blanchard, 'From "Dealing in Virtue" to "Profiting from Injustice": The Case Against "Re-Statification" of Investment Dispute Settlement' (2014) 55 Harvard International Law Journal Online.