

BILATERALE INVESTERINGSVERDRAGEN EN  
NATIONALE SOEVEREINITEIT



BILATERALE  
INVESTERINGSVERDRAGEN  
EN NATIONALE SOEVEREINITEIT

Ilona REMELS

Bilaterale investeringsverdragen en nationale soevereiniteit  
Ilona Remels

© 2018 Intersentia  
Antwerpen – Cambridge  
[www.intersentia.be](http://www.intersentia.be)

ISBN 978-94-000-0913-4  
D/2018/7849/14  
NUR 828

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgever.

Ondanks alle aan de samenstelling van de tekst bestede zorg, kunnen noch de auteurs noch de uitgever aansprakelijkheid aanvaarden voor eventuele schade die zou kunnen voortvloeien uit enige fout die in deze uitgave zou kunnen voorkomen.

*Graag wil ik dit werk opdragen aan prof. dr. Matthias E. Storme,  
dr. Frederic Helsen en Michael Dirx,  
alsook aan Ivan en Caroline Remels.  
Veel dank voor jullie aanhoudende ondersteuning!*



## SAMENVATTING

Sinds de jaren negentig beheersen bilaterale investeringsverdragen (BIT's) het internationale investeringslandschap. Deze verdragen worden traditioneel gesloten tussen industrielanden en ontwikkelingslanden, waarbij deze laatste aan de hand van BIT's vooral meer externe investeringen hopen aan te trekken. BIT's worden gekenmerkt door materiële bepalingen – zoals '*fair and equitable treatment standards*', bepalingen omtrent onrechtstreekse onteigeningen en '*umbrella clauses*' – die een hoog niveau van bescherming voor buitenlandse investeerders garanderen. Bovendien verbinden de meeste BIT's hieraan een efficiënt geschillenbeslechtingsmechanisme, waarbij investeerders het recht krijgen om een internationale arbitrageprocedure op te starten tegen de gaststaat.

Deze kenmerkende materiële bepalingen – en de ruime interpretatie daarvan in arbitrale beslissingen – zijn echter van die aard dat zij de nationale soevereiniteit van staten drastisch kunnen inperken, hetgeen negatieve gevolgen kan hebben voor het milieu, het respect voor mensenrechten en de verdere (duurzame) ontwikkeling van een gastland. Empirisch onderzoek naar de invloed van BIT's op de instroom aan extra investeringen levert bovendien geen eenduidig positief resultaat op. In het huidige investeringsregime halen investeerdersbelangen dus de overhand op statelijke belangen, vermits de soevereiniteitskosten veroorzaakt door BIT's onvoldoende gecompenseerd worden door de voordelen die eraan verbonden zijn. Het huidige systeem is dus uit balans, hetgeen vanuit socio-economisch oogpunt onwenselijk is.

Om een meer uitgebalanceerd investeringsregime te verkrijgen, kunnen zowel materiële als procedurele wijzigingen overwogen worden. Een radicale terugtrekking uit het BIT-systeem, de totstandkoming van een multilateraal verdrag en de afwijzing van arbitrageprocedures zijn alvast geen realistische opties. Door nieuwe (model) BIT's op te stellen, waarvan de moderne materiële en procedurele bepalingen naast investeerdersbelangen ook statelijke belangen weten te behartigen, kan men BIT's wellicht wel in balans brengen. De weg die daarbij het meeste kans op slagen heeft, is deze van de geleidelijkheid. Clausules die nu misschien nog onaanvaardbaar zijn in onderhandelingen met industrielanden, omdat ze te zwaar zouden tornen aan de bescherming van hun onderdanen-investeerders, zijn dat wellicht niet meer wanneer het (ontwikkelings)land in kwestie een traject heeft doorlopen waarbij het een geloofwaardige reputatie heeft opgebouwd op het vlak van investeerdersbescherming.





# INHOUD

<i>Samenvatting</i> .....	vii
<i>Lijst van afkortingen</i> .....	xiii
<b>Algemene inleiding</b> .....	1
<b>Hoofdstuk I.</b>	
<b>Bilaterale investeringsverdragen</b> .....	5
Afdeling I. Ontstaan en doelstellingen .....	5
§ 1. Foreign Direct Investment .....	5
§ 2. Friendship, Commerce and Navigation verdragen (FCN) .....	7
§ 3. Bilaterale investeringsverdragen (BIT's) .....	7
Afdeling II. Materiële bepalingen .....	9
§ 1. Toepassingsgebied .....	10
A. Investeringsgebied .....	10
B. Investeerder .....	12
§ 2. Standard of Treatment .....	12
A. National Treatment Standard .....	13
B. Fair and Equitable Treatment Standard .....	13
C. Most-Favoured Nation Treatment .....	15
§ 3. Bescherming tegen (on)rechtstreekse onteigeningen .....	17
Afdeling III. Procedurele bepalingen .....	18
§ 1. Investeerder-staat arbitrage .....	18
§ 2. Waiting Period .....	21
§ 3. Fork in the Road .....	21
§ 4. Umbrella Clause .....	22
<b>Hoofdstuk II.</b>	
<b>Arbitrale rechtspraak en nationale soevereiniteit</b> .....	23
Afdeling I. Recente beslissingen .....	23
§ 1. Bilaterale investeringsverdragen, fiscaal beleid en natuurlijke rijkdommen ( <i>Occidental Petroleum v. Ecuador</i> ) .....	23
A. Fiscaal beleid (2002) .....	23
B. Natuurlijke rijkdommen (2006) .....	25
§ 2. Bilaterale investeringsverdragen en mediabeleid ( <i>Lauder/CME v. Tsjechische Republiek</i> ) .....	27

§ 3. Bilaterale investeringsverdragen en tabaksbeleid ( <i>Philip Morris v. Australië</i> en <i>Philip Morris v. Uruguay</i> ) . . . . .	29
§ 4. Bilaterale investeringsverdragen en innovatiebeleid ( <i>Eli Lilly v. Canada</i> ) . . . . .	32
§ 5. Bilaterale investeringsverdragen en energiebeleid ( <i>Vattenfall v. Duitsland</i> ) . . . . .	34
Afdeling II. Tenuitvoerlegging arbitrale uitspraken . . . . .	35
Afdeling III. Verhouding materiële en procedurele aspecten ten opzichte van nationale soevereiniteit . . . . .	36

### Hoofdstuk III.

<b>BIT's en nationale soevereiniteit vanuit socio-economisch oogpunt . . . . .</b>	<b>37</b>
--	-----------

Afdeling I. Belangen exporterende staat en investeerders . . . . .	38
--	----

Afdeling II. Belangen ontvangende staat . . . . .	39
---	----

§ 1. Nationale soevereiniteit ontvangende staat . . . . .	39
---	----

A. (Duurzame) ontwikkeling . . . . .	39
--------------------------------------	----

B. Milieu . . . . .	40
---------------------	----

C. Mensenrechten . . . . .	40
----------------------------	----

D. Democratisch proces . . . . .	42
----------------------------------	----

E. Treaty shopping . . . . .	43
------------------------------	----

§ 2. EU: soevereiniteit van de lidstaten – Actua TTIP . . . . .	44
---	----

§ 3. BIT's en FDI-instroom . . . . .	46
--------------------------------------	----

A. Beoogde instroom aan FDI . . . . .	46
---------------------------------------	----

B. Effectieve instroom . . . . .	47
----------------------------------	----

1. Hallward-Driemeier (2003) . . . . .	48
--	----

2. Egger en Pfaffermayr (2004) . . . . .	48
--	----

3. Tobin en Rose-Ackerman (2005) . . . . .	49
--	----

4. Neumayer en Spess (2005) . . . . .	49
---------------------------------------	----

5. Salacuse en Sullivan (2005) . . . . .	50
--	----

6. Desbordes en Vicard (2009) . . . . .	50
---	----

7. Busse, Königer en Nunnenkamp (2010) . . . . .	51
--	----

8. Nziramasanga, Inaba en Shreay (2011) . . . . .	52
---	----

9. Synthese . . . . .	52
-----------------------	----

C. FDI, economische groei en duurzame ontwikkeling . . . . .	53
--	----

Afdeling III. Conclusie . . . . .	55
-----------------------------------	----

### Hoofdstuk IV.

<b>BIT in balans: zoektocht naar alternatieven . . . . .</b>	<b>59</b>
--	-----------

Afdeling I. Alternatieven voor BIT's . . . . .	59
--	----

§ 1. Terugtrekken uit BIT's . . . . .	59
---------------------------------------	----

§ 2. Multilateraal verdrag . . . . .	60
--------------------------------------	----

§ 3. Verzekeringsinstrumenten . . . . .	64
---	----

Afdeling II. Alternatieve materiële bepalingen . . . . .	65
§ 1. Nieuwe (model) BIT's . . . . .	65
A. Verplichtingen thuisstaat/investeerders . . . . .	65
B. Standaarden . . . . .	66
C. Exceptions Clause/Right to Regulate . . . . .	67
D. Standard of Treatment . . . . .	70
E. Admissions Clause . . . . .	71
§ 2. (Her)onderhandelingen . . . . .	71
§ 3. Geleidelijk proces . . . . .	72
Afdeling III. Alternatieve procedurele bepalingen . . . . .	74
§ 1. Alternatief voor arbitrale geschillenbeslechting . . . . .	74
§ 2. Procedurele wijzigingen . . . . .	75
A. Tegenvorderingen . . . . .	75
B. Inmenging van derden . . . . .	75
C. Beroepsmogelijkheden . . . . .	76
D. Compensatie . . . . .	76
E. Interpretatietechnieken . . . . .	77
1. Soft-law instrumenten . . . . .	77
2. 'Margin of appreciation' . . . . .	79
F. Juridische bijstand . . . . .	80
<i>Conclusie</i> . . . . .	83
<i>Bibliografie</i> . . . . .	85



## LIJST VAN AFKORTINGEN

BIT	Bilateral Investment Treaty
BRIC	Brazilië, Rusland, India en China
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
FCN	Friendship, Commerce and Navigation
FDI	Foreign Direct Investment
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes
MFN	Most-Favoured Nation
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
NAFTA	North American Free Trade Agreement
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
TRIPs	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
UNCTAD	United Nations Convention on Trade and Development
WTO	World Trade Organization

