De relatie tussen internationaal investeringsrecht en mensenrechten

Naar een meer gebalanceerde integratie van mensenrechten in het investeringsrecht[1]

Charline Daelman*

Het internationaal publiekrecht breidt zich uit en wordt complexer onder invloed van verschillende katalysatoren, waaronder de toegenomen globalisering. Niet alle disciplines kunnen het tempo van de interactie bijhouden en worden geconfronteerd met hiaten en inconsistenties die in de verschillende wettelijke kaders ontstaan. In sommige situaties vullen de verschillende wettelijke kaders elkaar aan, in andere zullen ze conflicteren. Hoe moet men omgaan met de inconsistenties en streven naar een betere integratie en een meer harmonieuze co-existentie van de verschillende domeinen van het internationaal publiekrecht? Meer specifiek onderzocht ik in mijn doctoraat welke problemen zich precies voordoen in de relatie tussen internationaal investeringsrecht en mensenrechten en op welke manier men kan streven naar een meer effectieve integratie van beide rechtsdomeinen.

De toegenomen complexiteit en interactie tussen de verschillende domeinen van internationaal publiekrecht

Het succes en de algehele toename van buitenlandse directe investeringen heeft gevolgen voor de complexiteit van het wettelijk kader. Waar internationaal investeringsrecht voornamelijk zelfstandig is geëvolueerd, is de interactie met andere domeinen van het internationaal publiekrecht recent geïntensiveerd. Ondanks een proces van expansie en verandering, blijft het onderliggende doel van internationaal investeringsrecht de bescherming van de commerciële belangen van de investeerder. Gelet op de algemene ontwikkeling van vele gastlanden en hun rechtssystemen, rijst de vraag echter in hoeverre deze nadruk op investeringsbescherming nog steeds gerechtvaardigd is en of men het eenzijdige karakter ervan moet herzien zodat het ook voorziet in (directe) verantwoordelijkheden van investeerders.[2] Globalisering beïnvloedt niet alleen het internationaal investeringsrecht, maar veroorzaakt ook veranderingen in de mensenrechtenwetgeving. Een van de meest belangrijke ontwikkelingen binnen mensenrechten is de verschuiving van de focus van overheidsactoren naar niet-overheidsactoren als mogelijke dragers van verantwoordelijkheden. Een belangrijke actor, zeker in het kader van de relatie tussen internationaal investeringsrecht en mensenrechten, zijn bedrijven. Het is al erkend dat bedrijven drager zijn van mensenrechten en deze kunnen afdwingen voor regionale rechtbanken zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Dit betekent echter niet dat hun positie als drager van mensenrechtenverplichtingen reeds duidelijk is. Er zijn verschillende internationale initiatieven die trachten de positie van bedrijven als (potentiële) plichtdragers onder mensenrechten te verduidelijken en te verankeren. Hoewel de meerderheid van deze initiatieven wordt gezien als vrijwillig, geven recente ontwikkelingen aan dat het daadwerkelijk opleggen van mensenrechtenverplichtingen aan ondernemingen opnieuw op de agenda wordt geplaatst. De discussie over de totstandkoming van een verdrag dat mensenrechtenverplichtingen oplegt aan ondernemingen[3] is nog steeds aan de gang, wat de verbreding van het

* *Charline Daelman (LL.M University of Essex, PhD Universiteit Leuven) is werkzaam als mensenrechtenconsultant voor Enabel en UNICEF, en vrijwillig wetenschappelijk medewerker aan het Leuven Institute for Human Rights and Critical Studies van de Universiteit Leuven.*

1 *Samenvatting van de doctoraatsthesis 'The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law – Towards a More Balanced Integration of Human Rights in Investment Law', succesvol verdedigd door Charline Daelman aan de KUL op zaterdag 17 november 2018.*

2 *UNCTAD, World Investment Report 2017, beschikbaar op http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf (laatst bezocht op 8 februari 2019), p. 126.*

3 *UN Human Rights Council, Resolution 26/9 regarding the Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and other Business Enterprises with respect to Human Rights, H.R.C. Res. A/HRC/RES/26/9 (14 July 2014). Zie ook Institute for Human Rights and Business, "The Past as Prologue? A Moment of Truth for UN Business and Human Rights Treaty", July 2014, beschikbaar op https://www.ihrb.org/other/treaty-on-business-human-rights/the-past-as-prologue-a-moment-of-truth-for-un-business-and-human-rights-tre (laatst bezocht op 8 februari 2019).*

mensenrechtenbeschermingskader bevestigt. In een poging ook niet-overheidsactoren aansprakelijk te houden voor mensenrechtenschendingen, komen mensenrechten in het vaarwater van andere domeinen van het internationaal publiekrecht.

De relatie tussen internationaal investeringsrecht en mensenrechten

I. De problemen in de bestaande relatie tussen internationaal investeringsrecht en mensenrechten

De formulering van internationaal investeringsrecht op een vage en onduidelijke manier

In mijn doctoraatsonderzoek toonde ik aan dat de onduidelijke formulering van de 'fair and equitable treatment' clausule (FET-clausule) problematische gevolgen heeft. Van alle mogelijke FET-formuleringen is de niet-gekwalificeerde FET-clausule het populairst in recent afgesloten internationale investeringsakkoorden (IIAs). Omdat het de ruimste formulering is, is de ongekwalificeerde FET-clausule uiterst flexibel en contextspecifiek, waardoor het erg moeilijk is om deze in concrete termen te definiëren. Als gevolg hiervan creëert het een grote interpretatievrijheid voor investeringstribunalen. Zoals de rechtspraak aantoont, bestaat er een duidelijke tendens om de FET-clausule op een zo ruim mogelijke manier te interpreteren zodat een grote verscheidenheid aan overheidsactiviteiten kunnen leiden tot negatieve gevolgen voor buitenlandse investeerders.[4] Dit draagt bij tot het 'chilling effect' op gastlanden die nieuwe (mensenrechten) wetgeving wensen aan te nemen die de duurzame ontwikkeling ten goede zou komen.

De onevenwichtige nadruk op de bescherming van investeerders door investeringstribunalen

De inhoud van IIAs draagt bij tot de onevenwichtige focus op investeringsbescherming. Een van de belangrijkste redenen voor het huidige hervormingsproces van het internationaal investeringsrecht, is de ongerechtvaardigde opname van enkel rechten voor de investeerders in IIAs. Dit draagt bij tot de gevestigde praktijk van investeringstribunalen om voornamelijk de belangen van de investeerder in een investeringsgeschil te bevoordelen. Het is echter niet langer houdbaar om te beweren dat enkel gastlanden verplichtingen hebben onder internationaal investeringsrecht.

Investeringstribunalen aanvaarden de relevantie van mensenrechten voor onder meer de interpretatie van investeringsclausules, maar vooral op een manier die de beschermingsstatus van de belegger bevestigt.[5] In die zin is het internationaal investeringsrecht hypocriet omdat het de waarde van de mensenrechtenwetgeving erkent, maar enkel toepast als een aanvullend instrument om het beschermingsstatuut van de investeerder te bevestigen. Dit is een ongelukkige situatie omdat mensenrechtenwetgeving het potentieel heeft om de positie van alle betrokken actoren te verbeteren, inclusief die van het gastland en de betrokken gemeenschappen.

De problemen van de internationale investeringstribunalen

1. Gebrek aan legitimiteit

Het gebrek aan legitimiteit vloeit voort uit de kleine en nauw verbonden gemeenschap van arbiters en hun bereidheid om ook in toekomstige investeringsgeschillen benoemd te worden. Dit verklaart gedeeltelijk hun vermeende voorkeur voor de bescherming van investeerders. Bovendien vervullen arbiters veelal een dubbele functie omdat zij ook als raadslieden optreden in andere investeringszaken. Deze elementen geven de indruk van een systeem dat zichzelf in stand houdt en wijzen op het potentieel gebrek aan legitimiteit van internationale investeringstribunalen en hun beslissingen.

2. Gebrek aan toegankelijkheid voor derden

Hoewel investeringstribunalen de toegevoegde waarde van amicus curiae bijdragen geleidelijk aan erkennen, is er nog steeds geen algemene aanvaarding van derden in investeringsgeschillen. Als het investeringsakkoord amici curiae bijdragen toestaat, moeten de derde partijen nog steeds de relevantie van hun amicus curiae bijdrage aantonen. Het investeringstribunaal heeft de finale beslissingsbevoegdheid om het verzoek tot indiening door derden te accepteren of te weigeren. Investeringszaken, zoals de *Bernard von*

4 *Pope and Talbot v Canada, UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2, 10 April 2001, para 110; Merrill & Ring Forestry LP v The Government of Canada, UNCITRAL, Award, 31 March 2010, paras 210-211. Zie ook doctoraatsthesis C. Daelman, 'The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law – Towards a More Balanced Integration of Human Rights in Investment Law', para. 145.*

5 *Zie bijvoorbeeld Técnicas Medioambientaled Tecmed SA v The United Mexican States, ICSID Case No ARB(AF)/00/2, paras 149-151; Saipem SpA v the People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007, para 130.*

Pezold zaak[6], tonen aan dat deze weigeringen soms gebrekkig geformuleerd zijn. Bovendien is een investeringstribunaal, zelfs als het een amicus curia aanvaardt, niet verplicht om deze in zijn definitieve beslissing te onderzoeken of te behandelen, ook al werpen de derde partijen legitieme bekommernissen op. Als gevolg is er een gebrek aan toegankelijkheid voor derden in de procedures voor investeringstribunalen. Dit is ook een specifiek mensenrechtenprobleem, aangezien derde partijen vaak de partijen zijn die zich in een investeringsgeschil bezighouden met het verdedigen van mensenrechten of het algemeen belang.

3. Gebrek aan transparantie

Een belangrijke component van de investeringsarbitrageprocedures is de vertrouwelijkheid ervan. Het niet-publiek karakter van onder meer de argumenten van de partijen, de besluiten van het investeringstribunaal en de definitieve uitspraak en het niet-openbaar karakter van de hoorzittingen, verhindert de monitoring en daarmee de aanvaarding van het arbitrageproces, en ondermijnt aldus de legitimiteit van het internationaal investeringsrecht.

4. Gebrek aan competentie

De meerderheid van geselecteerde arbiters zijn gespecialiseerd in commercieel recht en internationaal investeringsrecht, maar hebben niet noodzakelijk een achtergrond in kwesties van algemeen belang, en meer specifiek in mensenrechten. Dit verklaart mogelijks hun aarzeling om publieke belangen en mensenrechtenkwesties te overwegen in investeringszaken. Zelfs als men deze kwesties behandelt, resulteert het gebrek aan mensenrechtenexpertise in de gebrekkige interpretatie van mensenrechten en de loutere toepassing van mensenrechtenwetgeving waarin het beschermingsstatuut van de investeerder wordt bevestigd.

II. Aanbevelingen voor een meer effectieve integratie van mensenrechten in het internationaal investeringsrecht

Precontractuele fase

1. Verbetering van het kader waarbinnen de (her)onderhandelingen van internationale IIAs plaatsvinden

Zoals recente ontwikkelingen aantonen, is er behoefte aan een hervorming van het huidige internationaal investeringsrecht. Een eerste mogelijke manier is door het kader te verbeteren waarbinnen de (her)onderhandelingen van internationale IIA's plaatsvinden. Hierbij is het belangrijk dat het (her)onderhandelingsproces van een IIA op een transparante manier wordt gevoerd en dat de tussentijdse versies van het IIA toegankelijk zijn voor het publiek. Dit draagt bij tot het legitiem karakter van de (her)onderhandelingsprocedure en de uitkomst ervan, zijnde het IIA. Hoewel er veel suggesties zijn om het kader van de (her)onderhandelingen te optimaliseren, bestaat er geen consensus.

Een mogelijke manier zou zijn om opnieuw een multilaterale investeringsovereenkomst (MIA) te onderhandelen. Een andere manier om het onderhandelingskader te verbeteren, is om een wereldwijd model BIT of investeringsovereenkomst goed te keuren. In vergelijking met de MIA zou dit model BIT of investeringsovereenkomst niet bindend zijn en dienen als een bron van inspiratie waarop toekomstige BIT- of IIA-teksten kunnen worden gebaseerd. Een laatste manier om het wetgevend kader van IIAs te verbeteren en de mensenrechten te integreren, is door vrijwillige codes voor investeerders aan te nemen.

2. Verstrekken van expertise en kennis aan de onderhandelaars van IIAs

Bij het afsluiten van de oorspronkelijke IIAs concentreerden gastlanden zich voornamelijk op de potentiële positieve resultaten, zoals het aangaan van een relatie met het andere partnerland en de vermeende instroom van buitenlandse investeringen. Als gevolg werden de mogelijke negatieve resultaten volledig buiten beschouwing gelaten. Pas nadat men direct werd vervolgd in investeringszaken, begon men te begrijpen hoe onwetend ze de initiële onderhandelingen hadden benaderd. Om ervoor te zorgen dat men deze fouten niet herhaalt, is het cruciaal dat toekomstige onderhandelingen over investeringsovereenkomsten worden gevoerd door bekwame actoren die beschikken over de nodige expertise en ervaring.

3. Mensenrechten impactbeoordelingen van IIAs

Recente ontwikkelingen op EU-niveau tonen aan dat toekomstige handels- en investeringsinitiatieven aan een impactbeoordeling worden onderworpen. Alhoewel een mensenrechten impactbeoordeling (HRIA) deel kan uitmaken van een dergelijke impactbeoordeling, wordt dit tot op heden niet formeel erkend. De resultaten van een HRIA vestigen de aandacht op specifieke mensenrechtenkwesties die het (her)onderhandelingsproces kunnen informeren en

6 *Bernhard von Pezold and Others v Republic of Zimbabwe, ICSID Case No ARB/10/15.*

die men in de loop van de tijd kan monitoren. Daarom is het aanbevolen om een HRIA uit te voeren om de potentiële mensenrechtenimpact van een toekomstig IIA te beoordelen. Verder is het ook onmisbaar dat een specifieke investeerder voor een toekomstige investering in het kader van een bestaand IIA een HRIA uitvoert.

Contractuele fase

1. Een meer duidelijke formulering of eliminatie van clausules in investeringsovereenkomsten

Aangezien brede en vaag geformuleerde investeringsclausules verregaande gevolgen hebben voor de goedkeuring van nieuwe (mensenrechten-) wetgeving door het gastland, zien we dat recente investeringsverdragen meer duidelijk geformuleerde investeringsclausules toevoegen.

In het geval van de FET-clausule toonde de empirische studie uitgevoerd in het doctoraatsonderzoek aan dat de meest gebruikelijke formulering in BITs de FET-clausule is zonder enige verwijzing naar internationaal recht of andere criteria (niet-gekwalificeerde FET-clausule).[7] De praktijk toont aan dat dit een moeilijke formulering is, omdat het de toepassing van een lagere aansprakelijkheidsdrempel toelaat bij de beoordelingen van maatregelen genomen door het gastland. Wanneer de FET-clausule echter wordt gekoppeld aan de gebruikelijke minimumstandaard voor de behandeling van vreemdelingen, is de toegepaste aansprakelijkheidsdrempel hoger. Daarom wordt voorgesteld om een FET-clausule in te voegen die is gekoppeld aan de gebruikelijke minimumstandaard voor de behandeling van vreemdelingen. Bovendien kan men de negatieve implicaties van de brede formulering van de FET-standaard ook opvangen door specifieke situaties in te voegen die al dan niet in aanmerking komen als een overtreding van de FET-clausule. De rechtspraak van investeringstribunalen toont specifieke situaties aan waarin de FET-clausule al werd toegepast.[8] Deze situaties kunnen dienen als een potentiële indicator van wat men kan begrijpen onder een 'eerlijke en billijke' behandeling. Naast de formulering van de FET-clausule, is het raadzaam dat staten een consistent investeringsbeleid aannemen waarin dezelfde FET-clausule wordt opgenomen in alle IIAs die zij afsluiten.

Deze benadering kan de toepassing van verschillende drempels door investeringstribunalen bij het interpreteren van FET-clausules ontmoedigen.

Een andere manier om de ruime interpretaties door investeringstribunalen aan te pakken, is door bepaalde standaardclausules in IIAs te schrappen. Hoewel het kan gezien worden als een stap te ver, moet het hervormingsproces overwegen of bepaalde traditionele investeringsclausules nog steeds noodzakelijk zijn.

Een algemeen punt van zorg over de impact van investeringsclausules op de relatie tussen internationaal investeringsrecht en mensenrechten, is het potentiële 'chilling effect' dat ze kunnen hebben op de vrijheid van gastlanden om nieuwe (mensenrechten)wetgeving aan te nemen.

Daarom moet men overwegen een verklaring in de preambule of een specifieke clausule in de IIA op te nemen, waarin men de vrijheid van het gastland om wetgeving aan te nemen benadrukt en verduidelijkt dat men het aannemen van niet-discriminerende maatregelen om te voldoen aan andere internationaalrechtelijke verplichtingen, zoals mensenrechten, onder geen enkel beding als een overtreding van het IIA kan beschouwen.

2. Opname van mensenrechtenclausules in IIAs

De meest directe manier om mensenrechten in IIAs te integreren, is door een mensenrechtenclausule op te nemen. Meer recent verwijzen IIAs ook naar 'sustainable development/responsible business conduct' (SD/RBC) kwesties.[9]

Deze SD/RBC kwesties omvatten impliciet mensenrechten, maar de expliciete verwijzing naar mensenrechten in IIAs is minimaal gebleven. De bestaande SD/RBC referenties zijn meestal opgenomen in de preambule van IIAs, waarin een meer algemene verbintenis tot duurzame ontwikkeling via internationale investeringen of het recht van de staatspartijen om te reguleren wordt benadrukt.[10] De empirische studie die werd uitgevoerd in het doctoraatsonderzoek toont aan dat het verbod op het verlagen van wetgevende normen om investeerders of investeringen aan te trekken, de meest populaire

7 *Zie bijvoorbeeld Artikel 5 Japan-Kazakhstan BIT (23 October 2014); Artikel 3.1 Azerbaijan-Russian Federation BIT (29 September 2014); Artikel 4 Egypt-Mauritius BIT (25 June 2014). C. Daelman, 'The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law – Towards a More Balanced Integration of Human Rights in Investment Law', para 143.*

8 *Ronald S Lauder v Czech Republic, UNCITRAL, Award, 3 September 2001, para 314; Desert Line Projects LLC v Yemen, ICSID Case No ARB/05/17, Award, 6 February 2008, paras 179, 185-187, 190 and 193; Pope and Talbot v Canada, UNCITRAL, Award on Damages, 31 May 2002, para 68.*

9 *K. Gordon, J. Pohl and M. Bouchard, "Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey", OECD Working Papers on International Investment, 2014/1, OECD Publishing (2014), beschikbaar op http://www.oecd.org/investment/investment-policy/wp-2014_01.pdf (laatst bezocht op 8 februari 2019), 10.*

10 *Preambule Switzerland-Kosovo BIT (2011); Preambule Chile-United States FTA (6 June 2003).*

verwijzing is naar SD/RBC kwesties.[11] Het invoegen van SD/RBC clausules in IIAs is aanbevolen om impliciete mensenrechtenkwesties aan te pakken, zoals het 'chilling effect' of de 'race to the bottom' fenomeen. Desalniettemin zijn ze op zich niet voldoende om de effecten van buitenlandse investeringen op de mensenrechten adequaat aan te pakken.

Bij het opnemen van een mensenrechtenclausule in IIAs moet men zowel de mensenrechtenverantwoordelijkheden van de staat als de private investeerder overwegen. De empirische studie, uitgevoerd in het doctoraatsonderzoek, toont aan dat de meest gebruikelijke manier om naar SD/RBC kwesties te verwijzen in IIAs, een verplichting voor de verdragsluitende staten om hun wetgevende normen niet te versoepelen om buitenlandse investeringen aan te trekken.[12] Hoewel dit een voor de hand liggende verplichting lijkt, is het aangewezen om ze expliciet op te nemen in een IIA om discussies in de toekomst te vermijden. Ook moeten de verdragsluitende staten erkennen dat zij verplicht zijn om de nodige arbeids- en mensenrechtenbescherming te bieden in overeenstemming met hun internationale arbeids- en mensenrechtenverplichtingen, en dat zij zullen streven naar een verbetering van deze mensenrechtenwetgeving en regelgeving waar nodig. Vanzelfsprekend moeten ondertekenende landen garanderen dat hun wetten, beleid en acties consistent zijn met de internationale mensenrechtenverdragen waartoe zij behoren. De verdragsluitende partijen moeten er dus voor zorgen dat zij geen IIA ondertekenen die verplichtingen impliceren die in strijd zijn of kunnen zijn met hun internationale mensenrechtenverplichtingen.
Om de huidige onevenwichtige situatie aan te pakken, waarin buitenlandse investeerders alleen rechten en geen verplichtingen hebben, moeten IIAs clausules bevatten die betrekking hebben op de verplichtingen van buitenlandse investeerders. Zo kan men investeerders bijvoorbeeld verplichten om alvorens zich te vestigen en de investering te operationaliseren, een mensenrechtenimpactbeoordeling uit te voeren. Tijdens het investeringsproject moeten investeerders minstens verplicht zijn om de mensenrechten in het gastland te handhaven en de investering niet op zodanige wijze uit te voeren dat ze de mensenrechtenverdragen ondermijnen waarbij het gastland en/of de thuisstaat een partij zijn.

Als een specifiek aspect van mensenrechten in de investeringscontext, moet maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) ook expliciet in een IIA worden opgenomen. Zoals ik in het empirisch luik van mijn doctoraatsonderzoek aantoon, bevatten recentere IIAs expliciete MVO-clausules[13], maar dit is zeker nog niet gebruikelijk. Bovendien is de taal in dergelijke bestaande CSR-clausules voornamelijk vrijwillig. De (her)onderhandelingen van investeringsovereenkomsten bieden de mogelijkheid om verder te gaan dan het louter aanmoedigen van buitenlandse investeerders en hen te verplichten om, indien ze bestaan, zowel internationale als sectorspecifieke MVO-normen toe te passen. Bovendien kan men de clausule inzake maatschappelijk verantwoord ondernemen gedetailleerder formuleren, waarbij men expliciet verwijst naar praktijkvoorbeelden van verantwoord ondernemen.

Een laatste belangrijke mensenrechtenkwestie die men kan accommoderen in IIAs, is het gebrek aan investeerdersaansprakelijkheid voor de (in)directe betrokkenheid bij mensenrechtenschendingen. De Marokko-Nigeria BIT[14] en de India Draft Model BIT[15] bevestigden al dat men investeerders kan onderwerpen aan civielrechtelijke acties in de thuislanden voor handelingen of beslissingen met betrekking tot de investering waarbij dergelijke handelingen, beslissingen of zelfs gebrek tot actie, leidt tot aanzienlijke schade, persoonlijk letsel of verlies van mensenlevens in het gastland. Een dergelijke clausule installeert extraterritoriale jurisdictie voor een van de meest ernstige mensenrechtenschendingen: het niet respecteren van het recht op leven. Het Urbasertribunaal behandelde de mensenrechtenkwesties die in de tegenvordering van Argentinië werden opgeworpen[16], wat aangeeft dat investeringstribunalen een forum kunnen zijn om investeerders aansprakelijk te houden voor mensenrechtenverplichtingen, zeker als dergelijke verplichtingen zijn opgenomen in een IIA. Deze recente ontwikkelingen tonen aan dat er een toegenomen bewustzijn is omtrent het gebrek aan investeerdersaansprakelijkheid voor (in)directe mensenrechtenschendingen, en de noodzaak om deze tekortkoming in IIAs aan te pakken. Daarom is het aan te bevelen om een aansprakelijkheidsclausule voor investeerders op te nemen voor (in)directe mensenrechtenschendingen en hierbij ook duidelijk

11 *Zie Artikel 25 Japan-Ukraine BIT (5 February 2015); Artikel 27 Japan-Uruguay BIT (26 January 2015). C. Daelman, 'The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law – Towards a More Balanced Integration of Human Rights in Investment Law', para. 178.*
12 *Ibid.*
13 *Artikel 15 Brazil-Chile CFIA (24 November 2015); Artikel 13 Brazil-Colombia CFIA (9 October 2015). C. Daelman, 'The Relationship between International Investment Law and Human Rights Law – Towards a More Balanced Integration of Human Rights in Investment Law', para. 178.*
14 *Morocco-Nigeria BIT (3 December 2016).*
15 *India Draft Model BIT (March 2015).*
16 *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbaoi Biskaia Ur Partzuergoa v The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/07/26.*

het geschikte forum aan te duiden dat dergelijke schendingen kan behandelen.

Post-Contractuele Fase

1. Interpretatie van investeringsclausules in overeenstemming met de mensenrechtenwetgeving

Een van de meest relevante kwesties met betrekking tot de relatie tussen internationaal investeringsrecht en mensenrechten, is het feit dat investeringstribunalen alleen verwijzingen naar mensenrechtenwetgeving accepteren die het beschermingsstatuut van de investeerder bevestigen.[17] Om een halt toe te roepen aan deze dubbelzinnige situatie moeten investeringstribunalen mensenrechtenwetgeving en -rechtspraak op een consistente manier interpreteren en streven naar een betere bescherming van alle belanghebbenden in een conflict. Als eerste stap moeten investeringstribunalen stoppen met het ontkennen van de relevantie van mensenrechtenwetgeving voor de toepassing van internationale investeringswetgeving, aangezien eerdere investeringszaken de relevantie reeds bevestigden. Ten tweede moeten investeringstribunalen mensenrechtenwetgeving en -rechtspraak toepassen op een objectieve manier die bijdraagt aan de bescherming van alle belanghebbenden en niet alleen de investeerder.

2. Meer transparantie

Naast de nood aan meer transparantie in het onderhandelingsproces van een IIA om de legitimiteit van het internationaal investeringsrecht te versterken, is er ook behoefte aan meer transparantie in de internationale investeringsarbitrageprocedures. Vooral in zaken die betrekking hebben op het openbaar belang en/of een impact hebben op lokale gemeenschappen, is het onhoudbaar dat investeringsarbitrageprocedures nog steeds zo afgesloten en ontoegankelijk zijn. Hoewel het misschien nog een brug te ver is om derden als volwaardige partijen bij de investeringsarbitrageprocedures toe te laten, is het nodig om hun positie als amicus curiae beter te institutionaliseren, zodat zij op zijn minst kunnen deelnemen aan investeringsprocedures die betrekking hebben op kwesties van openbaar belang.

Investeringszaken tonen aan dat de toewijzing van een amicus curiae niet noodzakelijkerwijs leidt tot toegang tot de gerechtsdocumenten of tot deelname aan de hoorzittingen. Zelfs in het geval dat er vertrouwelijke informatie van de partijen zou zijn, kan de toegang tot essentiële gerechtsdocumenten en hoorzittingen mogelijk zijn door enkele waarborgen te installeren.

3. Hervorming van de samenstelling van investeringstribunalen

Het legitieme karakter van investeringstribunalen staat onder druk en het feit dat meer en meer kwesties van mensenrechten en openbaar belang worden opgeworpen voor investeringsarbitrageprocedures, benadrukt de noodzaak om de samenstelling ervan te herzien.

Hoewel de leden van investeringstribunalen juristen moeten zijn met erkende bekwaamheid, is het moeilijk om hen als volledig onpartijdig en onafhankelijk te zien, aangezien zij een dubbele rol vervullen als verdedigers van investeringsbelangen en bewakers van internationaal investeringsrecht. De aangenomen maatregelen in het CETA-investeringshoofdstuk[18] zijn stappen in de goede richting om tegemoet te komen aan de problemen rond onpartijdigheid en onafhankelijkheid van arbiters.

Een ander punt van bezorgdheid, is de onbekwaamheid van investeringstribunalen om argumenten van mensenrechten en algemeen belang te behandelen omwille van een gebrek aan diepgaande expertise in deze minder commerciële onderwerpen. Daarom moet men in investeringszaken die betrekking hebben op mensenrechten en/of zaken van openbaar belang, minstens één arbiter aanstellen die mensenrechtenexpertise heeft. Zoals in het verleden is bewezen, moet dit geen exclusieve expertise zijn, omdat het perfect een arbiter kan zijn die diepgaande kennis heeft van zowel internationaal investeringsrecht als mensenrechten.

4. Verkennen van andere mogelijke investeerder-staat beslechtingsprocedures (ISDS-mechanismes)?

Het traditionele ISDS-mechanisme dat wordt voorgesteld in internationaal investeringsrecht staat onder druk. Het is dus geen verrassing dat het hervormingsproces alternatieve mechanismen onderzoekt waarmee geschillen tussen investeerders en staten kunnen worden aangepakt.

17 *Zie bijvoorbeeld Técnicas Medioambientaled Tecmed SA v The United Mexican States, ICSID Case No ARB(AF)/00/2, paras 149-151; Saipem SpA v the People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007, para 130.*

18 *Artikel 8.27 en 8.30, Hoofdstuk 8 Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, Official Journal of the European Union 11, 14 January 2017, p. 23-1079.*

Deze alternatieve ISDS-mechanismes proberen een oplossing te vinden voor de mensenrechtenkwesties die het traditionele ISDS-mechanisme veroorzaken. Deze zijn perfect verenigbaar in één systeem waarin een (permanent) internationaal multilateraal investeringsgerecht en beroepsmechanisme wordt gecreëerd waarvan de toegang afhankelijk is van de opschortende voorwaarde van uitputting van lokale rechtsmiddelen of andere nationale procedures zoals bemiddeling. In essentie resulteren deze alternatieven nog steeds in of zijn ze gebaseerd op het traditioneel ISDS-mechanisme. Desalniettemin vindt de combinatie van beide alternatieven een potentieel goed evenwicht dat nog steeds toegang biedt tot ISDS-mechanismes, maar ook het absolute karakter ervan tempert.

Conclusie

De geformuleerde aanbevelingen zijn een uitgangspunt, aangezien de verdragspraktijk en rechtspraak aantonen dat het hervormingsproces nog steeds gaande is. In het toekomstige hervormingsproces zullen andere interessante suggesties worden geformuleerd om de mensenrechten beter te integreren in internationale investeringen. Hierbij is het van cruciaal belang de nodige juridische en procedurele hervormingen te combineren. In elk geval zal toekomstig onderzoek nodig zijn om de impact van dergelijke potentiële hervormingen in de praktijk te evalueren. Aangezien het hervormingsproces plaatsvindt op relatief onontgonnen terrein, zal er ook behoefte zijn aan een creatief beleid en het voortdurend delen van goede praktijken en geleerde lessen tussen de verschillende belanghebbenden.