

ECLI:NL:PHR:2014:1774

| | |
|----------------------|---|
| Instantie | Parket bij de Hoge Raad |
| Datum conclusie | 28-03-2014 |
| Datum publicatie | 26-09-2014 |
| Zaaknummer | 13/04679 |
| Formele relaties | Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2014:2837, Contrair |
| Rechtsgebieden | Civiel recht |
| Bijzondere kenmerken | - |
| Inhoudsindicatie | Arbitrage; Bilateraal Investeringsverdrag (BIT) tussen Ecuador en Verenigde Staten. Vordering tot vernietiging arbitrale vonnissen op de voet van art. 1065 lid 1, aanhef en onder a, Rv. Beoordeling bevoegdheid arbiters; maatstaf; geen terughoudende toetsing. Uitleg BIT; art. 31 en 32 Weens Verdragenverdrag; zodanige uitleg dat bepaling redelijke zin heeft. Cassatie; art. 79 lid 1 RO; “recht van vreemde staten”; mate waarin oordelen op juistheid en begrijpelijkheid kunnen worden onderzocht; internationaal publiekrecht dat niet geldt in de Nederlandse rechtsorde. Motiveringsklachten tegen uitleg begrip “investment” in BIT. Onmiddellijke werking BIT; terugwerkende kracht? |
| Vindplaatsen | Rechtspraak.nl |

Conclusie

Rolnr. 13/04679

mr. J. Spier

Zitting 28 maart 2014 (bij vervroeging)

Conclusie inzake

Republiek Ecuador
(hierna: Ecuador)

tegen

1. Chevron Corporation (USA)
 2. Texaco Petroleum Company
- (hierna tezamen: Chevron)

| | |
|------------|---|
| | Inhoudsopgave |
| 1. | Feiten |
| 2. | Procesverloop |
| 3. | Inleiding en achtergronden |
| 4. | Stond de weg voor Chevron open naar de Inter-Amerikaanse Commissie voor de Rechten van de Mens |
| 5. | Denial of Justice |
| 6. | De reikwijdte van de toetsingsmogelijkheden in cassatie (art. 79 RO) |
| 7. | De uitleg van verdragen |
| 8. | Uitleg in good faith |
| 9. | Art. 32 WVV |
| 10. | Terugwerkende kracht in het internationale recht |
| 11. | Een gure tegenwind steekt op voor BITs? |
| 12. | De rol van BITs bij het aantrekken van investeringen |
| 13. | Bespreking van het principale cassatiemiddel |
| | Inleiding |
| | Behandeling ten gronde |
| | <u>Klachten van de onderdelen 1.1 en 1.2</u> |
| | <u>Bespreking van de klachten van de onderdelen 1.1 en 1.2</u> |
| | <u>De klacht(en) van onderdeel 1.3 en de bespreking daarvan</u> |
| | <u>De klachten van onderdeel 1.4 en 1.5 en de bespreking daarvan</u> |
| | <u>De klachten van onderdeel 2 en de bespreking daarvan</u> |
| | <u>Wederom beweerde strijd met art. 31 WVV (onderdeel 2.3)</u> |
| | <u>De temporele werking (onderdeel 3)</u> |
| | <u>Entr'acte: onderdeel 5.2</u> |
| | <u>Terug naar onderdeel 3</u> |
| | <u>Onderdeel 4: voorbijgaan aan essentiële stelling</u> |
| | <u>Onderdeel 5: weergave en standpunten en BIT</u> |
| | <u>Onderdeel 6: bezemklacht</u> |
| | <u>Afronding</u> |
| 14. | Bespreking van de incidentele klachten |
| 15. | Kostenkwesities |
| | Conclusie |

1 Feiten

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de navolgende feiten.¹

1.2 Chevron Corporation is indirect aandeelhouster van TexPet. In het begin van de jaren '60 van de vorige eeuw heeft Ecuador aan TexPet een concessie verleend voor oliewinning en olie-exploitatie in het Amazone-gebied in Ecuador. In 1971 heeft Ecuador een staatsoliemaatschappij opgericht, CEPE, later Petroecuador (CEPE/PE). In 1973 zijn de voorwaarden van de concessie uit 1964 heronderhandeld en zijn partijen voor de duur van 19 jaar een concessieovereenkomst aangegaan met betrekking tot een kleiner gebied in het Amazone-bassin (hierna: de Concessieovereenkomst).

1.3 De Concessieovereenkomst is door het verstrijken van de looptijd op 6 juni 1992 geëindigd. Op 17 november 1995 hebben Ecuador, CEPE/CE en TexPet een Global Settlement Agreement and Release (hierna: de Global Settlement Agreement) gesloten in verband met de beëindiging en

afwikkeling van de Concessieovereenkomst. Daarin is onder meer voorzien in het herstel van milieuschade door de oliewinning.

- 1.4 TexPet heeft in de periode van december 1991 tot december 1993 zeven procedures bij Ecuadoriaanse gerechten aanhangig gemaakt in verband met volgens TexPet toerekenbare tekortkomingen van Ecuador onder de Concessieovereenkomst. Volgens TexPet heeft Ecuador de Concessieovereenkomst stelselmatig geschonden door de binnenlandse behoefte te hoog voor te stellen en meer olie van TexPet op te eisen dan waarop zij recht had en die olie vervolgens zelf te exporteren. TexPet heeft in die procedures meer dan US\$ 354 miljoen gevorderd terzake van overmatige olieafdrachten aan Ecuador, waarvoor Ecuador volgens TexPet de internationale marktprijs had moeten betalen in plaats van de lagere binnenlandse prijs.
- 1.5 In 1993 hebben de Verenigde Staten van Amerika (hierna ook: de VS) en Ecuador een Bilateraal Investeringsverdrag (hierna: BIT, of: het verdrag) gesloten dat op 11 mei 1997 in werking is getreden.²
- 1.6 Chevron heeft op 21 december 2006 een BIT-arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen Ecuador. In die arbitrage, volgens de UNCITRAL Rules, zijn Charles N. Brower, A.J. van den Berg en K-H Böckstiegel tot arbiters benoemd (hierna: het Scheidsgerecht of arbiters). Chevron heeft zich in die arbitrage op het standpunt gesteld dat Ecuador aansprakelijk is voor de schade die zij heeft geleden wegens (onder meer) schending van art. II lid 7 BIT. Die schending was volgens Chevron het gevolg van een ontoelaatbare vertraging in de afdoening van de zeven procedures bij de Ecuadoriaanse gerechten.
- 1.7 In het arbitrale tussenvonnissen van 1 december 2008 (hierna: 'de Interim Award') heeft het Scheidsgerecht zich bevoegd verklaard om van de vorderingen van Chevron kennis te nemen. In het arbitraal (gedeeltelijk) eindvonnis van 30 maart 2010 ('de Partial Award') heeft het Scheidsgerecht geoordeeld dat Ecuador zich schuldig heeft gemaakt aan rechtsweigering ('denial of justice') in verband met ontoelaatbare termijnoverschrijding ('undue delay'), omdat in de zeven procedures bij de Ecuadoriaanse gerechten niet tijdig een vonnis is geweest. Daarom is Ecuador veroordeeld om aan Chevron schadevergoeding te betalen. Het Scheidsgerecht heeft in het arbitraal eindvonnis van 31 augustus 2011 ('de Final Award') de hoogte van de schadevergoeding bepaald op US\$ 96.355.369,17 (inclusief rente).

2 Procesverloop

- 2.1 In de procedure met rolnummer 11-402 heeft Ecuador de vernietiging van de Interim Award van 1 december 2008 en de Partial Award van 30 maart 2010 gevorderd; In de procedure met rolnummer 11-2813³ heeft Ecuador vernietiging van de Final Award van 31 augustus 2011 gevorderd. In 's Hofs weergave in rov. 2 heeft Ecuador aan deze vorderingen ten grondslag gelegd dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt en dat het Scheidsgerecht zich in de Interim Award derhalve ten onrechte bevoegd heeft verklaard, zodat de arbitrale vonnissen aan vernietiging blootstaan op de grond vermeld in art. 1065 lid 1 sub a Rv. Daarnaast heeft Ecuador in eerste aanleg aangevoerd dat het Scheidsgerecht op een aantal punten zijn opdracht heeft geschonden door essentiële verweren van Ecuador buiten beschouwing te laten. Mede daarom zouden de arbitrale vonnissen volgens Ecuador niet met redenen zijn omkleed. Ecuador heeft hierbij verwezen naar de vernietigingsgronden in art. 1065, lid 1, sub c en d Rv.
- 2.2 De Rechtbank 's-Gravenhage heeft in haar vonnis van 2 mei 2012 beide grondslagen verworpen en de vorderingen afgewezen. De kern van haar oordeel wordt weergegeven in de hierna geciteerde rov. 5 en 9 van 's Hofs arrest.
- 2.3 Ecuador is in hoger beroep gekomen van het onder 2.2 genoemde vonnis.

2.4 Het Hof 's-Gravenhage heeft het bestreden vonnis bekrachtigd in zijn arrest van 18 juni 2013. Het Hof oordeelde daartoe als volgt:

"Bevoegdheid en toepasselijk recht

4. Tussen partijen staat vast dat Nederland geldt als de plaats van arbitrage, zodat op grond van artikel 1073 lid 1 Rv. de bepalingen van Titel 1 van Boek 3 Rv. (artt. 1020-1073 Rv.) op de onderhavige procedure van toepassing zijn. Nu de arbitrale vonnissen bij de rechtbank Den Haag zijn gedeponereerd, ontlenen de rechtbank en het hof Den Haag bevoegdheid aan artikel 1064 lid 2 Rv.

Beoordeling van het beroep

5. In hoger beroep is, blijkens de grieven, nog slechts de eerst genoemde vernietigingsgrond, te weten: het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, en daarmee de bevoegdheid van het Scheidsgerecht, aan de orde. De rechtbank heeft te dien aanzien overwogen dat de bevoegdheid van het Scheidsgerecht gebaseerd is op een overeenkomst die wordt geacht te zijn vervat in het BIT, waarbij artikel VI lid 4 van het BIT geldt als een open aanbod van de ene verdragsstaat aan onderdanen en ondernemingen van de andere verdragsstaat om 'any investment dispute' door middel van arbitrage te beslechten (rov. 4.10). In grief 4 klaagt Ecuador over het onderdeel van de overweging dat de overeenkomst tot arbitrage is vervat in het BIT. Dat is volgens Ecuador onjuist omdat art. VI van het BIT slechts een aanbod van de verdragsstaten aan de onderdanen van de andere verdragsstaat bevat. De grief faalt. De rechtbank heeft dit immers in het vervolg van de desbetreffende overweging nader gepreciseerd.

(...)

7. Ecuador grondt haar beroep op onbevoegdheid van het Scheidsgerecht op de stelling dat, nu de investering van TexPet in Ecuador op 6 juni 1992 is geëindigd, terwijl het BIT eerst op 11 mei 1997 in werking is getreden, gelet op art. XII geen sprake is van een investering die onder de reikwijdte van het BIT valt en mitsdien ook niet van een investeringsgeschil als bedoeld in art. VI (de arbitrageclausule) van het BIT. Chevron heeft daartegen een tweeledig verweer gevoerd:

a) onderscheid dient te worden gemaakt tussen de bevoegdheid van het Scheidsgerecht, die uitsluitend aan het bepaalde in art. VI van het BIT dient te worden getoetst, en de vraag of Ecuador zijn verplichtingen onder het verdrag heeft geschonden; alleen in het kader van de laatste vraag is van belang of de belangen waarvan Chevron bescherming verlangt onder de reikwijdte van het verdrag vallen;

b) indien daarover al anders zou worden geoordeeld geldt dat wel degelijk sprake is van een ten tijde van inwerkingtreding van het BIT nog bestaande investering in de zin van het verdrag.

8. In de arbitrage hebben partijen dienovereenkomstige stellingen betrokken. Het Scheidsgerecht heeft, zonder kenbaar in te gaan op het door Chevron gestelde onderscheid (zie hiervoor onder a), geoordeeld, kort gezegd, dat het bevoegd is omdat ten tijde van de inwerkingtreding van het BIT sprake was van een bestaande investering in de zin van art. I (en XII) van dat verdrag.

9. De rechtbank heeft ten aanzien van de bevoegdheid van het Scheidsgerecht overwogen, kort samengevat:

i) dat de rechter zich bij de toetsing aan artikel 1065 lid 1 sub a Rv. niet terughoudend dient op te stellen, maar de bevoegdheid van arbiters volledig dient te toetsen (rov. 4.5);

ii) dat Ecuador niet heeft weersproken dat het geschil tussen partijen voortvloeit uit, dan wel betrekking heeft op de Concessieovereenkomst, die als investeringsovereenkomst in de zin van artikel VI lid I onder a kan worden aangemerkt, en evenmin dat het geschil tussen partijen een geschil in de zin van artikel VI lid 1 onder c vormt, zodat aan de voorwaarden die artikel VI

voorschrijft voor beslechting van het geschil door het Scheidsgerecht is voldaan (rov. 4.10);

iii) dat de volledige toetsing van de bevoegdheid van het Scheidsgerecht ingevolge artikel 1065 lid 1 sub a Rv. niet meebrengt dat de rechtbank zich ook dient uit te spreken over de vervolgvraag of de arbitrageclausule in artikel VI moet worden gelezen in samenhang met artikel XII van het BIT, en in die zin de (temporele) reikwijdte van de arbitrageclausule begrenst; dat onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds de vraag naar de bevoegdheid van het Scheidsgerecht om het door Chevron voorgelegde geschil te beslechten (de vraag naar een geldige arbitrageovereenkomst), en anderzijds de vraag naar de bevoegdheid van het Scheidsgerecht om te oordelen over investeringen die ten tijde van de inwerkingtreding van het BIT waren beëindigd (de interpretatie en reikwijdte van art. XII), welke vraag niet ter volle toetsing aan de rechtbank voorligt (rov. 4.11); en dat ook uit de tekst van art. VI volgt dat dit een geheel zelfstandige bepaling behelst, nu daaruit niet blijkt dat bij beoordeling van de vraag of sprake is van een 'investment dispute' moet worden teruggegrepen naar de definitie van art. I of de temporele reikwijdte van art. XII (rov. 4.12).

Aldus heeft de rechtbank het hiervoor onder a) genoemde verweer van Chevron gehonoreerd.

10. In grief 1 betoogt Ecuador dat, voor zover de rechtbank oordeelt dat de rechter de in rov. 4.4 genoemde terughoudendheid bij de toetsing van arbitrale vonnissen ook aan de dag dient te leggen bij een vordering tot vernietiging gegrond op art. 1065 lid 1 sub a Rv. (onbevoegdheid), dit onjuist is. De grief faalt. Uit rov. 4.5 blijkt immers dat de rechtbank ten aanzien van die vernietigingsgrond (terecht) een volle toets voorstaat.

11. De grieven 2, 3 en 5 zijn gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de inhoud van de artikelen I en XII niet bij de beoordeling van de bevoegdheid van het Scheidsgerecht dient te worden betrokken (zie rov. 9 hiervoor, onder iii)). De grieven 6 en 7 strekken ten betoge dat geen sprake was van een ten tijde van de inwerkingtreding van het BIT nog bestaande investering en dat het in art. VI van het BIT vervatte aanbod van Ecuador, om geschillen door middel van arbitrage te beslechten, om die reden niet gold voor het door Chevron aan het Scheidsgerecht voorgelegde geschil. Ter onderbouwing van haar grieven verwijst Ecuador naar de tekst van de artikelen I, VI en XII van het verdrag, alsmede het doel daarvan.

12. Het eerste geschilpunt tussen partijen is of de inhoud van de artt. I en XII moet worden betrokken bij de beoordeling van de bevoegdheid van het Scheidsgerecht. Het hof komt op dit punt tot een ander oordeel dan de rechtbank. Juist is dat de bevoegdheidsvraag een andere is dan de vraag of de vorderingen toewijsbaar zijn. Juist is ook dat een arbitraal beding voor de beoordeling van de bevoegdheid van arbiters dient te worden beschouwd als een afzonderlijke overeenkomst (art. 1053 Rv.). Echter, dat neemt niet weg dat de bevoegdheidsvraag niet kan worden beantwoord zonder daarbij te betrekken de vraag of bij de uitleg van het arbitraal beding (art. VI van het BIT) de inhoud van de artt. I en XII moet worden betrokken. Of dat zo is, is een kwestie van uitleg van art. VI zelf.

13. Tussen partijen is niet in geschil dat het BIT dient te worden uitgelegd volgens de regels neergelegd in het Weens Verdragenverdrag (1969), hierna: WVV. De relevante bepalingen daarvan luiden als volgt (in de Engelse tekst):

Article 31

General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the

conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Article 32

Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable."

Aldus dient een verdrag in eerste instantie te worden uitgelegd overeenkomstig de betekenis die de daarin opgenomen bewoordingen in het normale spraakgebruik hebben, gezien in de context waarin zij zijn geplaatst en met inachtneming van de doelstelling van het verdrag (art. 31 lid 1). Een term heeft een bijzondere betekenis indien wordt vastgesteld dat de partijen dat beoogd hebben (art. 31 lid 4). De context van de uit te leggen bepaling bestaat, behalve uit de preambule en de tekst van het verdrag, uit een eventuele overeenkomst of een ander door de partijen aanvaard instrument met betrekking tot de sluiting van het verdrag (art. 31 lid 2). Naast de context dienen bij de uitleg onder meer eventuele nadere overeenkomsten tussen de verdragspartijen met betrekking tot de interpretatie en toepassing van het verdrag in aanmerking te worden genomen, alsook de wijze waarop in de praktijk toepassing aan het verdrag is gegeven ('*subsequent state practice*') (art. 31 lid 3).

Deze primaire uitlegmaatstaf wordt aangeduid als de objectieve of tekstuele methode. De totstandkomingsgeschiedenis van het verdrag (waaronder de '*travaux préparatoires*') behoort volgens art. 32 WVV tot de secundaire uitlegbronnen.

14. Partijen hebben aangegeven dat er, naast de inhoud van het BIT zelf, geen relevante uitlegbronnen in voormelde zin zijn (vgl. de pleitnota van Ecuador in eerste aanleg, onder 2.4 en 2.5). Bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep heeft de advocaat van Ecuador desgevraagd meegedeeld dat niets bekend is over de totstandkoming van het verdrag, anders dan dat er veel van dit soort verdragen met een vergelijkbare inhoud zijn. De enige bronnen waarnaar partijen hebben verwezen zijn: de '*submittal note*' waarmee het BIT door President Clinton aan het Congres van de Verenigde Staten is aangeboden (Chevron) en de stellingname van de Verenigde Staten in de later nog te bespreken *Mondev*-arbitrage (Ecuador). De *submittal note* kwalificeert evenwel niet als een uitleginstrument als bedoeld in art. 31 lid 2 WVV. Op de vraag of de stellingname van de Verenigde Staten kan worden aangemerkt als relevant onderdeel van *state practice* zal het hof later ingaan.

15. Startpunt voor beoordeling van de bevoegdheidsvraag is het arbitraal beding, i.e. art. VI van het BIT. Anders dan de rechtbank, is het hof van oordeel dat het enkele feit (indien juist) dat uit de bewoordingen van art. VI niet blijkt dat moet worden teruggegrepen op de definitiebepaling van art. I en/of de bepaling omtrent de temporele reikwijdte van het verdrag (art. XII), niet

doorslaggevend is voor het antwoord op de vraag of de inhoud van die bepalingen bij de uitleg van art. VI moet worden betrokken. Immers, bij de uitleg van een verdragsbepaling dienen de bewoordingen te worden uitgelegd in het licht van hun context (waaronder de verdere inhoud van het verdrag) en de doelstelling van het verdrag. Dat art. VI voor de beoordeling van de bevoegdheid van het Scheidsgerecht als afzonderlijke overeenkomst moet worden beschouwd doet daaraan niet af (vgl. hiervoor, rov. 12).

16. Chevron heeft zich ter onderbouwing van de bevoegdheid van het Scheidsgerecht beroepen op twee van de in art. VI genoemde gevallen: lid 1, aanhef en onder a) en lid 1, aanhef en onder c). Het hof ziet aanleiding eerst deze laatste grond te bespreken. Art. VI lid 1, aanhef en onder c) luidt:

"For purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (...) (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment."

Uit het (door het hof) onderstreepte zinsdeel blijkt dat in het arbitraal beding zelf (althans ten aanzien van de thans besproken grond) een koppeling wordt gelegd tussen het geschil en het toepassingsbereik (door partijen ook wel genoemd: "de beschermingsomvang") van het verdrag. Immers, in grond c) wordt arbitrage als wijze van geschilbeslechting aangeboden voor geschillen met betrekking tot rechten die door het verdrag worden gecreëerd of toegekend. Chevron doet in dit verband een beroep op het recht, haar toegekend in art. II, lid 7 BIT. Daarmee wordt van belang of Chevron aanspraak kan maken op dat recht en is onontkoombaar dat de toepasselijkheid van het BIT *ratione materiae* en *ratione temporis* wordt beoordeeld. Dat aldus het oordeel over 'de beschermingsomvang' van het verdrag - in zoverre, dat wil zeggen: om de bevoegdheid van het Scheidsgerecht te kunnen beoordelen - ter volle toetsing aan de nationale overheidsrechter wordt voorgelegd, is een gevolg van de wijze waarop de verdragspartijen het arbitraal beding hebben ingekleed. Anders dan Chevron betoogt, staat dat niet in de weg aan voornoemde beoordeling.

17. Over de toepasselijkheid van het BIT *ratione temporis* bepaalt art. XII, lid 1:

"This Treaty (...) shall apply to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter. (...)"

Afgezien van de vraag of dat ook geldt wanneer het woord 'investment' wordt gebruikt in bijvoeglijke zin - bv. als onderdeel van de begrippen 'investment dispute' of 'investment agreement' - is naar 's hofs oordeel in elk geval niet voor twijfel vatbaar dat voor de vaststelling van de betekenis van het (zelfstandig naam-)woord 'investment' in de bepalingen van het BIT, de definitie van deze term in art. I van het verdrag bepalend is. Dat volgt uit art. I, lid 1, aanhef onder a):

"For the purposes of this Treaty,

(a) "investment" means (...)"

Aangenomen moet worden dat, behoudens wanneer er indicaties zijn voor het tegendeel, elke keer wanneer in het verdrag het woord 'investment' voorkomt, dit moet worden begrepen in de in art. I gedefinieerde zin. Dat is immers het doel van een definitiebepaling. Er is het hof geen aanwijzing gebleken dat de term 'investment' in art. XII, lid 1 (*"It shall apply to investments.."*) niet in de door art. 1 omschreven zin moet worden opgevat.

18. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord hoe 'investment' in art. I is gedefinieerd. In dit verband is van belang dat tussen partijen vaststaat dat de Concessieovereenkomst in 1992 is geëindigd en daarmee ook de oliewinningsactiviteiten die daarvan het onderwerp waren. Tussen partijen is voorts in confesso dat deze activiteiten (in ieder geval) kwalificeren als 'investment' in

de zin van het BIT. Het hof zal deze activiteiten hierna aanduiden als "de operationele fase".

Chevron meent dat ten tijde van de inwerkingtreding van het BIT (11 mei 1997) nog steeds sprake was van een investering in de zin van het verdrag. Zij stelt dat het begrip 'investering' in het BIT en ook in de 'BIT-praktijk' ruim wordt opgevat en de gehele levenscyclus van een investering omvat, inclusief de afwikkelingsfase. Chevron wijst erop dat de opsomming van vormen van investering in art. I (a) van het BIT niet limitatief is. Zowel de vorderingen die Chevron heeft ingesteld bij de Ecuatoriaanse gerechten (zie hiervoor, rov. 1.3), als de activiteiten die zij heeft ondernomen om de (volgens Ecuador) in de operationele fase van de investering veroorzaakte milieuschade te herstellen, kwalificeren volgens Chevron als investering in de afwikkelingsfase. Meer in het bijzonder vallen de genoemde vorderingsrechten volgens haar onder de in art. I, lid 1 onder (a) (iii) en (v) bedoelde 'claims', respectievelijk 'rights'.

19. Ecuador weerspreekt niet dat de omschrijving van 'investment' in art. I (a) BIT ruim is en de opsomming niet-limitatief. Zij weerspreekt evenmin dat ook de afwikkeling van een investering onder 'de beschermingsomvang' van het BIT valt. Die, wat zij noemt: "additionele bescherming" treedt volgens haar echter, in verband met het bepaalde in art. XII, pas in werking wanneer het gaat om een investering die ten tijde van de inwerkingtreding van het BIT nog in de operationele fase verkeerde (zie onder meer de pleitnota Ecuador in eerste aanleg onder 4.4), althans, zo heeft Ecuador bij pleidooi in hoger beroep nader verduidelijkt, in een fase die bijdraagt aan de economie van het land waar geïnvesteerd wordt. Dat volgt volgens Ecuador uit het doel van het BIT, dat zij nader omschrijft als de stimulering van investeringen. Bescherming van investeringen waarvan de operationele fase reeds is geëindigd kan volgens Ecuador niet aan dat doel bijdragen. Meer in het bijzonder droegen volgens Ecuador noch de vorderingsrechten van Chevron, noch de activiteiten ter opruiming van milieuschade, bij aan haar economie.

Wat betreft de tekst van art. I (a) betoogt Ecuador dat de omstandigheid dat de onder (i) tot en met (v) opgesomde verschijnselen krachtens de aanhef van (a) onder de definitie vallen, niet meebrengt dat de betreffende onderdelen zelf tot investering worden verheven. Zo zijn de vorderingsrechten van Chevron volgens Ecuador wel aan te merken als 'claim to money' als bedoeld onder (c), maar niet op zichzelf te beschouwen als 'investment'. Daarnaast betoogt zij (met betrekking tot onderdeel (c)) dat vereist is dat die claims zijn 'associated with an investment', waarbij 'investment' moet worden opgevat als een investering in operationele zin, althans een investering in een fase die bijdraagt aan de economie van het betreffende land, op het moment van inwerkingtreding van het verdrag.

20. Het hof is van oordeel dat de uitleg die Ecuador aldus aan het begrip 'investment' in de artt. I en XII geeft, niet houdbaar is. Daartoe wordt het volgende overwogen.

21. Zoals blijkt uit de titel en de preambule van het BIT, is het doel daarvan het stimuleren en beschermen van investeringen door onderdanen van een verdragsstaat in de andere verdragsstaat. Bescherming vindt plaats door een eerlijke en redelijke behandeling van investeringen. In die zin is bescherming van investeringen dienstbaar aan de stimulering van (nieuwe) investeringen; zie ook het tweede onderdeel van de preambule, waarin wordt erkend dat "agreement upon the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties". Daarnaast kan als ervaringsfeit worden aangemerkt dat een faire afwikkeling van een investering bevorderlijk is voor het aantrekken van nieuwe investeringen. Het door partijen aangedragen feit dat wereldwijd enkele duizenden, soortgelijke bilaterale investeringsverdragen zijn afgesloten, vormt daarvan een bevestiging.

22. Uit de stellingen van partijen volgt dat (in hun beider perceptie) onder 'investment' in het normale spraakgebruik wordt verstaan: de operationele fase. Reeds uit art. I (a) blijkt dat in het BIT het begrip 'investment' een ruimere betekenis heeft. Ook Ecuador erkent dat (zie hiervoor, rov. 19). In zoverre blijkt uit het verdrag zelf dat voldaan is aan het bepaalde in art. 31, lid 4 WVV.

Uit de woorden in art. 1 (a), aanhef, "and includes" volgt dat de verschijnselen genoemd in de daarop volgende opsomming (i) tot en met (v), tot onderdeel van het begrip 'investment' worden gemaakt. Aldus behoren onder andere 'claims to money, associated with an investment'(onder iii)

tot een 'investment' onder het BIT.

Het hof is met Chevron en het Scheidsgerecht van oordeel dat het woord 'investment' in de aanduiding 'associated with an investment', evenals het tweede woord 'investment' in de frase "investment" means every kind of investment' in de aanhef van art. I (a), klaarblijkelijk is bedoeld in de betekenis die het woord in het normale spraakgebruik heeft. Immers, anders zou een circulaire definitie ontstaan, hetgeen vanuit een oogpunt van logica en werkbaarheid niet voor de hand ligt.

Een investering in de zin van art. I (en daarmee: in de zin van het verdrag) omvat ('includes') dus (onder meer) een vorderingsrecht dat samenhangt met een investering in operationele zin. De bepaling in lid 3 van art. I, inhoudend dat een wijziging in de vorm waarin middelen zijn geïnvesteerd daaraan niet het karakter van een investering ontnaemt, is hiermee in lijn.

23. Het hof verwerpt het betoog van Ecuador dat een vorderingsrecht pas dan samenhangt met een investering, in de zin van art. I (a) (iii), indien die investering (in operationele zin) ten tijde van de inwerkingtreding van het verdrag nog bestond. Dat volgt niet uit de bewoordingen van art. I. Voorts zou die uitleg ertoe leiden dat het woord 'investments' in art. XII de betekenis heeft die daaraan in het normale spraakgebruik wordt toegekend, in plaats van de gedefinieerde betekenis. Zoals het hof hiervoor, in rov. 17, heeft overwogen, is niet van enige aanwijzing gebleken dat het woord 'investments' in art. XII anders dan in de in art. I gedefinieerde (ruimere) zin moet worden opgevat.

Een dergelijke aanwijzing is, anders dan Ecuador betoogt, niet gelegen in de doelstelling van het BIT. Zoals hiervoor, in rov. 21 is overwogen, is een faire en redelijke afhandeling van een investering (in de betekenis volgens het normale spraakgebruik) bevorderlijk voor het aantrekken van nieuwe investeringen en daarmee voor het investeringsklimaat. Dat geldt in gelijke mate voor de afhandeling van investeringen waarvan de operationele fase reeds is geëindigd.

Voor zover Ecuador een beroep doet op haar eigen, hiervan afwijkende bedoeling, inhoudend dat zij haar aanbod tot arbitrage niet heeft willen doen voor geschillen over investeringen waarvan de operationele fase ten tijde van de inwerkingtreding van het verdrag reeds was geëindigd, althans die geen bijdrage meer leverden aan haar economie, gaat het hof daaraan voorbij. Ingevolge de uitlegeregels neergelegd in het WVV is de (eenzijdige, niet uit het verdrag kenbare) bedoeling van een partij immers niet maatgevend.

24. Ook het beroep van Ecuador op het standpunt dat door de Verenigde Staten is ingenomen in de *Mondev*-arbitrage leidt niet tot een andere uitleg. Het ging daarin om een arbitrage op grond van het in 1994 tot stand gekomen North American Free Trade Agreement (NAFTA) tussen De Verenigde Staten, Canada en Mexico. In die arbitrage werden de Verenigde Staten aangesproken op de afhandeling van een claim van een Canadese investeerder door de rechterlijke autoriteiten in de staat Massachusetts. Ook in die kwestie was de operationele fase van de investering ten tijde van de inwerkingtreding van het verdrag reeds geëindigd. De Verenigde Staten bepleitten de onbevoegdheid van arbiters op vergelijkbare gronden als Ecuador dat in de onderhavige procedure doet. Deze proceshouding kan evenwel niet worden gekwalificeerd als 'state practice' van de Verenigde Staten die ingevolge art. 31 lid 3 sub b WVV relevant is voor de uitleg van het onderhavige BIT. Het gaat daarbij immers niet om 'state practice' bij de toepassing van het onderhavige BIT. Evenmin is voldaan aan de in art. 31 lid 3 onder b WVV vermelde voorwaarde dat deze 'practice' 'establishes the agreement of the parties regarding its interpretation'.

25. Vaststaat dat Chevron op het moment van inwerkingtreding van het BIT vorderingsrechten als bedoeld in art. I(a) (iii) van het verdrag had en daarmee een 'investment' in de zin van art. I (a) en (dus) art. XII, lid 1. Daarmee was sprake van een 'alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment' in de zin van art. VI, lid 1, onder c. Dat het door het Scheidsgerecht beslechte geschil, over de vraag of bij de afhandeling van die vorderingsrechten is voldaan aan de in art. II, lid 7 van het BIT neergelegde verplichting (kort gezegd: het bieden van een effectieve rechtsgang), kwalificeert als een 'dispute arising out or relating to' zodanige 'alleged breach' is niet in geschil. Het door Chevron aan het Scheidsgerecht voorgelegde geschil valt

derhalve onder de reikwijdte van het in art. VI van het BIT opgenomen aanbod aan onderdanen van de andere verdragspartij om een geschil door middel van arbitrage te laten beslechten, zodat het Scheidsgerecht terzake bevoegd was.

26. Bij deze stand van zaken kan in het midden blijven:

- i) of de vorderingsrechten van Chevron tevens kwalificeren als '*rights*' in de zin van art. 1(a) (v);
- ii) of de activiteiten (in opdracht) van Chevron tot herstel van milieuschade kunnen worden aangemerkt als '*investment*' in de zin van het BIT;
- iii) of het Scheidsgerecht tevens bevoegdheid kon ontleen aan art. VI, lid I, onder a.

27. Het hof overweegt nog dat, hoewel Ecuador dat argument niet (met zoveel woorden) tot onderwerp van haar grieven heeft gemaakt, het oordeel van het hof niet meebrengt dat aan het BIT, in afwijking van het bepaalde in art. 28 WVV, terugwerkende kracht wordt verleend. Krachtens art. XII van het verdrag is dit van toepassing op bestaande en toekomstige investeringen in de zin van art. I (a). Aldus is sprake van onmiddellijke werking. Voorts is niet weersproken dat het geschil over de schending van art. II lid 7 van het verdrag is ontstaan na de inwerkingtreding ervan en dat arbiters slechts het handelen van Ecuador van nadien hebben beoordeeld.

28. Gelet op het voorgaande slagen de grieven 2, 3 en 5, maar kan dit, gelet op het falen van de grieven 6 en 7, niet tot vernietiging van het bestreden vonnis leiden. Grief 8, handelend over de bewijslast ten aanzien van het bestaan van een geldige arbitrageovereenkomst, behoeft geen behandeling."

2.5.1 Ecuador heeft tijdig beroep in cassatie ingesteld. Chevron heeft geconcludeerd tot verwerping en heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Ecuador heeft bij conclusie van antwoord in het voorwaardelijk incidentele beroep geconcludeerd tot verwerping zonder verder op de voorgedragen gronden in te gaan. Vervolgens hebben partijen, op verzoek van Ecuador, hun standpunten mondeling bepleit.

2.5.2 In haar pleidooi heeft Ecuador geen aandacht besteed aan het voorwaardelijk incidenteel beroep. Desgevraagd deelde mr. Van Geuns mee geen behoefte te hebben daarover iets (naders) te zeggen.

3 Inleiding en achtergronden

3.1.1 Het Hof heeft een zeer geserreerde weergave gegeven van de feiten. Voor een goed begrip lijkt dienstig om wat uitvoeriger stil te staan bij de achtergronden, de inzet van de procedure en het oordeel van arbiters. Immers wordt vernietiging van dat oordeel gevorderd. Gemakshalve duid ik verweerders tot cassatie en haar rechtsvoorgangers hierna aan als Chevron.

3.1.2 Opmerking verdient dat het geschil in dit stadium van de rechtsstrijd is beperkt tot de vraag of arbiters bevoegd waren om van het door Chevron aanhangig gemaakte geschil kennis te nemen. Vanaf het hoger beroep heeft Ecuador de strijd opgegeven voor zover het gaat om het *inhoudelijke* oordeel van arbiters. Ik behoeft op de merites van de zaak dus niet in te gaan en zal dat ook niet doen.

3.1.3 In cassatie is de zaak nog verder op een smalspoor terecht gekomen, allicht omdat Ecuador meende dat, gezien de beperkte toetsingsmogelijkheden, met betrekking tot de overige punten geen reële kans van slagen bestond. Thans spelen nog de volgende kwesties:

- * doel (en strekking) van het BIT, mede gelet op de preambule (onderdeel 1, 1.4 en 1.5)
- * de temporele beperkingen (onderdelen 1.1 en 3)
- * een door het Hof aan zijn oordeel ten grondslag gelegd ervaringsfeit over hetgeen investeerders zou bewegen (onderdeel 1.2);

- * de vraag of 's Hof's uitleg zich verdraagt met het WVV (onderdelen 1.3 en 2.3);
- * de definitie van "investment" en "associated with an investment" (onderdeel 2);
- * diverse klachten die scharnieren om het passeren van wezenlijke stellingen en de weergave van het betoog van Ecuador (onderdelen 4 en 5).

3.2 Dat ik uitvoerig inga op de achtergronden en inzet van de procedure houdt verband met het volgende. Het geschil ziet op een zéér gecompliceerde zaak tussen een buitenlandse Staat en een grote buitenlandse multinational. Volgens de aanbiedingsbrief van Ecuador⁴ zou de werkelijke inzet van de onderhavige procedure US\$ 18 miljard zijn. Bij pleidooi in cassatie werd dat bedrag teruggebracht tot US\$ 8,5 miljard.⁵ Volgens Chevron zou het hooguit gaan om US\$ 9,5 miljard.⁶

3.3 Het navolgende is goeddeels ontleend aan de "Interim Award" van arbiters van 1 december 2008; waar wordt verwezen naar (rand)nummers, wordt verwezen naar dit vonnis. Ter vermijding van misverstand: vermelding van deze gegevens betekent niet dat ik van de juistheid van het navolgende uitga. Voor zover nodig zal ik daarop onder 13 ingaan.

3.4 Heel kort gezegd meent Chevron dat Ecuador onder de tussen partijen bestaande overeenkomsten te weinig heeft betaald voor door Chevron gewonnen olie.⁷

3.5 Chevron heeft een aantal procedures aanhangig gemaakt bij de rechter te Ecuador. Over die procedures heeft zij het volgende gesteld:⁸

"5. In six cases, TexPet filed all necessary evidence of its claims within the proper time periods, took all steps necessary under Ecuadorian procedural rules in a timely manner, and repeatedly requested final decisions from the courts. But for well over a decade, 12 different judges in three different courts refused to rule on any of the six cases. Those cases have stood legally ready for decision under Ecuadorian law since at least 1998, but the courts steadfastly refused to rule year after year. In the seventh case, despite TexPet's repeated requests, the court refused even to take evidence from the appointed experts for over 14 years. In short, the Ecuadorian judiciary has egregiously delayed all of TexPet's claims against the Government, and it has demonstrated a refusal to judge any of those claims in a fair and impartial manner as required under Ecuadorian and international law.

6. Meanwhile, in late 2004, the political branches of the same Ecuadorian Government that is the defendant in all seven cases began to exert control over Ecuador's judiciary. Although Ecuador's 1998 Constitution enshrines the principle of judicial independence that is so fundamental to a state's ability to meet its obligation to provide foreign nationals with impartial justice under the law, the political branches purged Ecuador's Constitutional, Electoral and Supreme Courts, and replaced the constitutionally-elected judges with political allies. The Supreme Court has been unconstitutionally purged twice in less than three years, and the current court was not legitimately elected under the Constitution. The Subrogate President of the Supreme Court sits as a first-instance judge in three of TexPet's cases against the Government. Since 2004, judicial independence in Ecuador has been virtually non-existent, as recognized by many prominent international organizations and commentators.

7. In light of the egregious delays suffered in its seven cases and the move by the Executive Branch, which defends those cases, to extend its control over the Ecuadorian judiciary, TexPet provided Ecuador with notice of its intention to file this arbitration in May 2006. In response to that notice and the subsequent filing of this arbitration proceeding in December 2006, the long-dormant and now-politicized courts began to take some action. In two of TexPet's cases, the judge dismissed TexPet's claims as "abandoned" based on a grossly-wrong and manifestly-improper application of a Code of Civil Procedure provision. In one of those cases, TexPet had provided all evidence and taken all necessary steps to obtain a decision, and the only thing left was for the court to decide the case. In the other case, TexPet had repeatedly requested that the court move

forward with the evidentiary phase of the case, but the court had refused for 14 years to schedule a judicial inspection. In a third case, the judge dismissed TexPet's claim based on a clearly inapplicable statute of limitations for sales to retail consumers, even though under the unambiguous definition of those terms under Ecuadorian law, the Government was not a retail consumer of TexPet's. All three of those cases were not simply decided wrongly, they were decided in a grossly incompetent, biased and manifestly unjust fashion, in manifest disregard of clear principles of Ecuadorian law. In a fourth case -- the smallest of TexPet's claims worth approximately one-tenth of one percent (0.1%) of the total damages owed by Ecuador to TexPet -- the court belatedly ruled in TexPet's favor. The Government has appealed the decision, and the case therefore continues to languish in the Ecuadorian courts without TexPet being able to collect on its judgment. That judgment is clearly part of a transparent tactic to posture the Government for this proceeding."⁹

3.6 Volgens Chevron was – kort gezegd – in Ecuador voor haar geen recht te krijgen. Dienaangaande heeft zij het volgende aangevoerd:

"8. Ecuador's conduct constitutes both a denial of justice under customary international law and a violation of its treaty obligations to TexPet in two independent respects: (1) undue delay in deciding TexPet's seven cases, which have languished for well over a decade in the Ecuadorian courts; and (2) the courts' grossly incompetent, biased and manifestly unjust decisions in ultimately deciding some of the cases in manifest disregard of Ecuadorian law. In both respects, Ecuador violated its treaty obligations to (1) provide TexPet with effective means of asserting claims and enforcing its rights; (2) provide fair and equitable treatment to TexPet's investments; (3) provide full protection and security to those investments; and (4) refrain from treating those investments in an arbitrary or discriminatory manner.

9. (...) International law provides that when a country's courts deny justice to a foreign investor, and it would be futile for the investor to continue to pursue its claims in the host country's courts, an international arbitral tribunal must take and decide the claims. That is the situation here."¹⁰

3.7.1 Chevron heeft, voor zover thans van belang, gevorderd:

"102. For the foregoing reasons, Claimants request that the Tribunal render an award in favor of the Claimants:

(i) Finding and declaring that Respondent has breached its obligations under Article II(7) of the Treaty by failing to provide to Claimants an effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to their investments and investment agreements;

(ii) Finding and declaring that Respondent has committed a denial of justice under customary international law;"¹¹

3.7.2 Het onder 3.7.1 genoemde verzoek heeft Chevron later als volgt geherformuleerd:

"504. For the foregoing reasons, Claimants request that the Tribunal render an award in favor of the Claimants:

(i) Declaring that Respondent has breached its obligations under Article II(7) of the Treaty by failing to provide to Claimants an effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to their investments and investment agreements;

(ii) Declaring that Respondent has committed a denial of justice under customary international law;"¹²

3.8.1 Ecuador heeft de bevoegdheid van arbiters bestreden.¹³

3.8.2 Zij heeft voorts ten verwere aangevoerd dat

"(...) While Chevron portrays itself as diligently pressing for judgments in its seven lawsuits, by its own admission it took little action to meet its burden as plaintiff to advance the cases beyond the minimum perfunctory actions it considered necessary to keep them alive in the

courts (by all appearances, for future negotiating leverage) (...).¹⁴

3.8.3 Met betrekking tot de "politization" van haar rechterlijke macht heeft Ecuador aangevoerd dat het

"(...) in actuality, as universally attested to by international commentators, [has been] a reform effort carried out by the Ecuadorian people to raise the quality of jurisprudence in its country's courts (...)."¹⁵

3.8.4 Sterker nog,

"Indeed, the recent activity in TexPet's lawsuits is not, as it alleges, the result of any "retaliation" for Chevron's initiation of arbitration in this case – a reckless and completely unsubstantiated charge – but rather the early fruits of those very reforms."¹⁶

3.9 Blijkens de "Notice of Arbitration" grondt Chevron het arbitrageverzoek op art. VI lid 3(a)(iii) van de bilaterale overeenkomst tussen Ecuador en de Verenigde Staten van Amerika Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (BIT).¹⁷

3.10 Onder het hoofdje "Jurisdictional Issues" geven arbiters aan om welke bevoegdheidsvragen het gaat:

"39. The first set of issues concerns the preclusive effect, if any, that the Claimants' statements or conduct prior to the commencement of arbitration should have on their ability to pursue the present claim (see Section J.II below).

40. The second set of issues concerns whether the Claimants' contractual claims in the lawsuits in Ecuadorian courts qualify as an investment or part of an investment under the BIT (see Section J.III below). Alternatively, the question concerns whether the claims arise out of or relate to "investment agreements" under the BIT (see Section J.IV below).

41. The third set of issues concerns whether the Claimants must exhaust local remedies in order to fulfill the requirements of their claims for denial of justice and other BIT violations and, if so, whether they have in fact exhausted all required local remedies (see Section J.V below).

42. The last set of issues concerns the application *ratione temporis* of the BIT to a case whose factual background includes significant periods before the BIT's entry into force. In dispute is the temporal ambit of the BIT as regards pre-existing disputes and pre-entry into force acts and omissions. Also at issue is whether Ecuador's conduct constitutes a continuing or composite act allowing the conduct to be caught within the temporal ambit of the BIT (see Sections J.VI – J.VIII below)."¹⁸

3.11.1 Volgens arbiters zijn de volgende verdragsbepalingen hier van belang

"F.I. Treaty between the United States of America and Ecuador Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment ("BIT")

43. The principal relevant provisions of the BIT are set out below:

Article I

1. For the purposes of this Treaty,

(a) "investment" means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes:

(i) tangible and intangible property, including rights, such as mortgages, liens and pledges;
(ii) a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof;

(iii) a claim to money or a claim to performance having economic value, and associated with an investment;

(iv) intellectual property which includes, inter alia, rights relating to:

literary and artistic works, including sound recordings;

inventions in all fields of human endeavor;

industrial designs;

semiconductor mask works;

trade secrets, know-how, and confidential business information; and

trademarks, service marks, and trade names; and

(v) any right conferred by law or contract, and any licenses and permits pursuant to law;

[...]

Article VI

1. For purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (a) an investment agreement between that Party and such national or company; (b) an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority to such national or company; or (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment.

2. In the event of an investment dispute, the parties to the dispute should initially seek a resolution through consultation and negotiation. If the dispute cannot be settled amicably, the national or company concerned may choose to submit the dispute, under one of the following alternatives, for resolution:

(a) to the courts or administrative tribunals of the Party that is a party to the dispute; or

(b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute settlement procedures; or

(c) in accordance with the terms of paragraph 3.

3. (a) Provided that the national or company concerned has not submitted the dispute for resolution under paragraph 2 (a) or (b) and that six months have elapsed from the date on which the dispute arose, the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by binding arbitration:

(i) to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ("Centre") established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, done at Washington, March 18, 1965 ("ICSID Convention"), provided that the Party is a party to such Convention; or

(ii) to the Additional Facility of the Centre, if the Centre is not available; or

(iii) in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL); or

(iv) to any other arbitration institution, or in accordance with any other arbitration rules, as may be mutually agreed between the parties to the dispute.

(b) once the national or company concerned has so consented, either party to the dispute may initiate arbitration in accordance with the choice so specified in the consent.

4. Each Party hereby consents to the submission of any investment dispute for settlement by binding arbitration in accordance with the choice specified in the written consent of the national or company under paragraph 3. Such consent, together with the written consent of the national or company when given under paragraph 3 shall satisfy the requirement for:

(a) written consent of the parties to the dispute for Purposes of Chapter II of the ICSID Convention (Jurisdiction of the Centre) and for purposes of the Additional Facility Rules; and

(b) an "agreement in writing" for purposes of Article II of the United Nation Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York, June 10, 1958 ("New York Convention").

5. Any arbitration under paragraph 3(a) (ii), (iii) or (iv) of this Article shall be held in a state that is a party to the New York Convention.

6. Any arbitral award rendered pursuant to this Article shall be final and binding on the parties to the dispute. Each Party undertakes to carry out without delay the provisions of any such award and to provide in its territory for its enforcement.

7. In any proceeding involving an investment dispute, a Party shall not assert, as a defense, counterclaim, right of set-off or otherwise, that the national or company concerned has received or will receive, pursuant to an insurance or guarantee contract, indemnification or other compensation for all or part of its alleged damages.

8. For purposes of an arbitration held under paragraph 3 of this Article, any company legally constituted under the applicable laws and regulations of a Party or a political subdivision thereof that, immediately before the occurrence of the event or events giving rise to the dispute, was an investment of nationals or companies of the other Party, shall be treated as a national or company of such other Party in accordance with Article 25 (2) (b) of the ICSID Convention.

[...]

Article XII

1. This Treaty shall enter into force thirty days after the date of exchange of instruments of ratification. It shall remain in force for a period of ten years and shall continue in force unless terminated in accordance with paragraph 2 of this Article. It shall apply to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter.

2. Either Party may, by giving one year's written notice to the other Party, terminate this Treaty at the end of the initial ten year period or at any time thereafter.

3. With respect to investments made or acquired prior to the date of termination of this Treaty and to which this Treaty otherwise applies, the provisions of all of the other Articles of this Treaty shall thereafter continue to be effective for a further period of ten years from such date of termination.

4. The Protocol and Side Letter shall form an integral part of the Treaty.

IN WITNESS WHEREOF, the respective plenipotentiaries have signed this Treaty.

DONE in duplicate at Washington on the twenty-seventh day of August, 1993, in the English and Spanish languages, both texts being equally authentic.

F.II. Vienna Convention on the Law of Treaties ("VCLT")

44. The principal relevant provisions of the VCLT are set out below:

SECTION 2. APPLICATION OF TREATIES

Article 28

Non-retroactivity of treaties

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

[...]

Article 30

Application of successive treaties relating to the same subject matter

1. Subject to Article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States Parties to successive treaties relating to the same subject matter shall be determined in accordance with the following paragraphs.

2. When a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail.

3. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty.

4. When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one:

- (a) as between States Parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3;
- (b) as between a State party to both treaties and a State party to only one of the treaties, the treaty to which both States are parties governs their mutual rights and obligations.

5. Paragraph 4 is without prejudice to article 41, or to any question of the termination or suspension of the operation of a treaty under article 60 or to any question of responsibility which may arise for a State from the conclusion or application of a treaty the provisions of which are incompatible with its obligations towards another State under another treaty.

SECTION 3. INTERPRETATION OF TREATIES

Article 31

General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:
 - (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
 - (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.
3. There shall be taken into account, together with the context:
 - (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
 - (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
 - (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.
4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Article 32

Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

- (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.”¹⁹

3.11.2 Uit het BIT is voorts de considerans (preambule) van belang. Deze vermeldt onder meer:

“Desiring to promote greater economic cooperation between them (*de Verenigde Staten en Ecuador*), with respect to investment by nationals and companies of one Party in the territory of the other Party;

Recognizing that agreement upon the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties;

Agreeing that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources;”²⁰

3.11.3 Naast de reeds onder 3.11.1 geciteerde bepalingen is nog van belang:

"Article I

1. For the purposes of this Treaty,

(...)

(e) "associated activities" include the organization, control, operation, maintenance and disposition of companies, branches, agencies, offices, factories or other facilities for the conduct of business; the making, performance and enforcement of contracts; the acquisition, use, protection and disposition of property of all kinds including intellectual property rights; the borrowing of funds; the purchase, issuance, and sale of equity shares and other securities; and the purchase of foreign exchange for imports.

(...)

3. Any alteration of the form in which assets are invested or reinvested shall not affect their character as investment.

Article II

(...)

7. Each Party shall provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment, investment agreements, and investment authorisations."

3.12 Arbiters memoreren dat in november 1993 een class action van een aantal (klaarblijkelijk) Ecuatoriaanse burgers tegen Chevron aanhangig is gemaakt bij een Amerikaanse rechter. Zij schrijven daarover:

"61. (...) The action claimed compensation for environmental harm caused by TexPet as well as extensive equitable relief and an injunction restraining TexPet from entering into further activities that risked environmental harm.

62. The *Aguinda* plaintiffs argued that they could obtain the class action relief they were seeking only under United States law and from a court in the United States. TexPet moved to dismiss the *Aguinda* action on several grounds, including for forum non conveniens. This required that the parties to that litigation address the adequacy of the Ecuadorian courts as an alternative forum for the *Aguinda* action. During the course of jurisdictional debates at first instance and various levels of appeal over a period ranging from December 17, 1993, to April 7, 2000, TexPet's counsel maintained in expert affidavits and briefs, inter alia, that the Ecuadorian courts were efficient and fair. In further appeals through 2002, TexPet continued to argue the adequacy of Ecuadorian courts as an alternative forum. The *Aguinda* action was ultimately dismissed from US courts. The same plaintiffs then commenced an action against TexPet in 2003 in a court seated in the town of Lago Agrio, Ecuador (the "*Lago Agrio* action")."²¹

3.13 Vervolgens staan arbiters stil bij een aantal ontwikkelingen in Ecuador:

"63. Since the *Aguinda* case, a number of events have occurred involving the Ecuadorian judiciary. On November 25, 2004, Ecuador's Congress passed a resolution finding that the Constitutional Court and Electoral Court were illegally appointed in 2003. It dismissed the members of both. On December 5, 2004, a special session of Ecuador's Congress dismissed the entire Supreme Court. The same session of Congress also impeached six of the recently-removed judges of the Constitutional Court. On April 15, 2005, President Gutiérrez declared a state of emergency, suspending certain civil rights and dismissing all the newly-appointed judges of the Supreme Court. President Gutiérrez was later ousted and fled the country. During this period, both the UN

Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers and the Organization of American States' Mission in Ecuador intervened. Soon thereafter, the Ecuadorian Congress nullified the 2004 resolution dismissing the Supreme Court judges, but did not reappoint these former judges.

64. On April 25, 2005, Ecuador's Congress approved amendments to the Organic Law of the Judiciary which introduced a new mechanism to appoint judges to the Supreme Court. Members of the international community monitored and supported the new selection process and new Supreme Court judges were appointed in November 2005. Some observers, such as the Andean Community and the Red De La Justicia, approved of these reforms as re-establishing the independence and impartiality of the judiciary, while others, including the UN Special Rapporteur, deemed the reforms insufficient to bring Ecuador back in line with basic human rights norms.

65. On December 21, 2006, the Claimants filed their Notice of Arbitration commencing the current arbitration proceedings.

66. In January 2007, President Rafael Correa called for a referendum to establish a Constituent Assembly to create a new constitution. Despite initial opposition by the Congress and Electoral Court, the holding of the referendum was eventually approved. However, when President Correa modified the statute controlling the Constituent Assembly to be proposed in the referendum, and the Electoral Court approved President Correa's changes, the Congress removed the President of the Electoral Court in an apparent effort to block the referendum. In support of the Executive, the military and police then physically prevented the Congress from assembling in order to overturn President Correa's measure. Some of the ousted members of the Congress then sought relief from the Constitutional Court, which eventually ruled that their ouster was illegal. The new Congress members who had replaced them in the meantime, reacted by dismissing the entire Constitutional Court and shortly thereafter selecting a member of President Correa's political party to head a new Constitutional Court. In the midst of the above events, on April 15, 2007, the referendum in favor of establishing a Constituent Assembly passed in a popular vote.

67. On September 30, 2007, the members of the Constituent Assembly were elected. On November 27, 2007, the Constituent Assembly dismissed the Congress and proclaimed that it held absolute authority. In particular, it claimed the power to remove and sanction members of the judiciary that violate its decisions. It also undertook a mandate of judicial reform, criticizing the corruption of the judiciary. On December 14, 2007, the Constituent Assembly proposed to reduce judges' salaries by more than 50%. This provoked a series of resignations by judges.

68. On January 8, 2008, the Constitutional Court rejected a challenge to the Constituent Assembly's absolute powers. The Constitutional Court held that the Constituent Assembly's decisions were not subject to challenge by any other organ of government. In February 2008, the current President of the Supreme Court of Ecuador concurred in public statements that the Constituent Assembly enjoys absolute authority and that, because of this, the rule of law is only a partial reality in Ecuador: "*No podemos cubrir el sol con un dedo; la realidad jurídica y constitucional que vive el país es una realidad a medias, no vivimos en toda su plenitud en un estado de derecho*" ["We cannot deny it: the judicial and constitutional reality in our country is a partial reality; we are not fully living in a state of law"]. (Exh. C-104)."²²

3.14 Met betrekking tot de rechtsbedeling in de bij de rechter te Ecuador aanhangige procedures gaan arbiters van het navolgende uit:

"149. Of TexPet's seven Ecuadorian court cases at issue, one remains pending at first instance, two are the subject of pending appeals, two have been dismissed and are now closed, and two have been the subject of recent decisions. Several of the cases have seen action subsequent to service of the Notice of Arbitration in the present case.

(...)

150. The first Esmeraldas Refinery claim, Case 23-91, was filed on December 17, 1991. In early August 1995, the evidentiary phase of the case was completed. In December 2002 and January 2004, autos para sentencia were issued. The court subsequently dismissed the case on January 29, 2007, on grounds of prescription under a statute that provides for a two-year prescription period for retail sales. On February 9, 2007, TexPet appealed that decision. On March 7, 2008, the dismissal was upheld on appeal. On April 4, 2008, TexPet filed a cassation appeal. This was rejected on May 14, 2008. On May 16, 2008, TexPet filed a fact appeal. This was rejected on June 9, 2008. The case is now closed.

151. The second Esmeraldas Refinery claim, Case 152-93, was filed on December 10, 1993. The evidentiary phase of the case was completed by mid-1996 and an auto para sentencia, indicating that the trial was closed and ready for judgment, was issued on May 22, 2002. To date, no decision at first instance has been made.

152. The first Amazonas Refinery claim, Case 7-92, was filed on April 15, 1992. On May 5, 1993, the court set a date for the experts to officially accept their appointments and to conduct a judicial inspection of documents. As explained in paragraph 258, below, the official acceptance did not occur. Between July 1993 and February 2007, TexPet repeatedly requested that the court set a new date for the experts to accept their appointments and proceed with the evidentiary phase. The case was dismissed on April 9, 2007, on the basis that the case had been abandoned by the Claimants. This dismissal was appealed by the Claimants on April 25, 2007. On May 20, 2008, TexPet's appeal was rejected. On May 27, 2008, TexPet filed a cassation appeal. This was rejected on June 24, 2008. On June 30, 2008, TexPet filed a fact appeal. This was rejected on July 16, 2008. The case is now closed.

153. The second Amazonas Refinery claim, Case 153-93, was filed on December 14, 1993. In this case, all expert reports were submitted by October 31, 1996, and an auto para sentencia was issued on October 12, 1998, and again on May 22, 2002. On July 14, 2009, the President of the Provincial Court of Pichincha (formerly the Superior Court of Quito) rendered a judgment in favor of the Government of Ecuador.

154. The Imported Products claim, Case 154-93, was filed on December 14, 1993. In that case, the evidentiary phase was completed by July 8, 1997, and an auto para sentencia was issued on October 8, 1997, and again on May 21, 2002. On September 10, 2009, the President of the Provincial Court of Pichincha (formerly the Superior Court of Quito) rendered a judgment in favor of the Government of Ecuador.

155. The Force Majeure claim, Case 8-92, was filed on April 15, 1992. By March 1995, the evidentiary phase of the case was completed. An auto para sentencia was issued in that case on July 18, 1995. Following the Notice of Arbitration, the case was dismissed by the court for failure to prosecute the claims on October 2, 2006. That dismissal was reversed on January 22, 2008, on the grounds that an auto para sentencia had already been issued. The case was sent back to the court of first instance and was dismissed again on July 1, 2008, on grounds of prescription under a statute that provides for two-year prescription for retail consumer sales. On July 2, 2008, TexPet appealed the latest decision and that appeal remains pending.

156. The last claim, made under the Refinancing Agreement, was filed on April 15, 1992 and originally numbered Case 6-92. The evidentiary phase was completed by March 1995. In October 2003, the court decided that it did not have jurisdiction to hear the case and sent the case to a different court (and renumbered it Case 983-03). The new court issued an auto para sentencia on February 6, 2007. Following the Notice of Arbitration, on February 26, 2007, the court found in favor of TexPet. However, the judgment stipulated that the claim was to be paid to the "legal representative" of TexPet. According to the Claimants, this has prevented them from collecting on the judgment because, under Ecuadorian law, only domestic corporations may have "legal

representatives," while foreign corporations act only through "attorneys-in-fact." Both parties have appealed the judgment and the appeal remains pending."²³

3.15 Onder het hoofdje "Arguments by the Respondents" vatten arbiters de argumenten van Ecuador, strekkend ten betoge van de onbevoegdheid van arbiters samen. Voor zover thans nog van belang gaat het om het volgende:

"78. On *ratione materiae*, the Respondent submits that the present claims based on TexPet's lawsuits do not fit within the definition of an "investment dispute" found in Article VI(1) of the BIT. The Respondent thus asserts that the present dispute is outside the substantive scope of Ecuador's consent to arbitrate under the BIT. The Respondent raises several objections in this regard.

79. The Respondent contends that the present claims do not arise out of or relate to an "investment agreement" or a treaty breach "with respect to an investment." First, the Claimants' lawsuits do not possess the necessary characteristics to qualify as an "investment." Moreover, the Claimants' lawsuits cannot be fit under the heading of "claims to money" in the BIT's definition of covered investments. This is because the claims are not "associated with an investment" as required under that definition since the Claimants' investments no longer existed at the time of entry into force of the BIT. Nor do TexPet's claims fall under the heading of "rights conferred by law or contract" since the BIT only covers rights to do something or otherwise engage in some activity sanctioned by law analogous to rights under licenses or permits. Finally, the non-retroactivity of the BIT also prevents the Claimants from relying on "investment agreements" that had ceased to exist by the time of entry into force of the BIT.

80. Even if the claims constituted an "investment dispute" under the BIT, the Respondent further contends that the claims for denial of justice are not ripe for adjudication. Under international law, a State is not responsible for the acts of its judiciary unless a claimant has exhausted all available procedural remedies. Claims for denials of justice must therefore be based on the acts of the judicial system as a whole. Since the Claimants have failed to demonstrably exhaust potential procedural remedies in their cases, the claims for denial of justice cannot be made out and the claims must be deemed premature.

81. With respect to jurisdiction *ratione temporis*, the Respondent argues that States are responsible for the breach of treaty obligations only if such obligations were in force at the time that the alleged breach occurred. Any pre-BIT conduct of Ecuador's thus falls outside the temporal scope of the BIT according to the non-retroactivity principle of international law reflected in Article 28 VCLT. The Respondent raises three distinct objections in this regard.

82. The first objection is that the current dispute and all its associated facts arose prior to the coming into force of the BIT on May 11, 1997. It is merely the continuation in a different form of a pre-BIT dispute. The Respondent argues that such pre-BIT disputes are excluded from the temporal ambit of the BIT. The Tribunal should thus dismiss the present claims on the basis that they do not present a new dispute to which the BIT may apply.

83. According to the Respondent, the non-retroactivity principle and the law of State responsibility also bar the consideration of any pre-BIT acts in the determination of a breach. The Tribunal cannot judge Ecuador's acts or omissions according to BIT standards that did not exist at the time of such conduct. The foundation of the claims – the original alleged breaches of contractual obligations – are thus excluded from the Tribunal's jurisdiction. Moreover, the rest of the claim cannot stand on its own because the Respondent's conduct constitutes neither a "composite" nor a "continuing" act at international law.

84. The third *ratione temporis* objection asserts that the claims concern investments which ceased to exist upon TexPet's withdrawal from Ecuador. By 1995, the 1973 Agreement had expired, TexPet's operations in Ecuador had ended and all remaining rights relating to the earlier contracts

had terminated pursuant to the Settlement Agreements. Accordingly, by the time of the BIT's entry into force in 1997, the Claimants' investment and related rights constituted a "situation which ceased to exist" according to Article 28 VCLT."²⁴

3.16 Chevron heeft, het ligt gezien de onderhavige procedure voor de hand, het betoog van Ecuador bestreden. Arbiters vatten haar argumenten als volgt samen:

"86. The Claimants first argue that they continued to have investments in Ecuador after the entry into force of the BIT. The BIT's definition of "investment" is broad. Investments must also be examined holistically and not separated into components. Therefore, the investments undertaken pursuant to the 1973 and 1977 Agreements must be taken to include the legal and contractual claims emanating from those agreements that are the subject of their pending court cases as well as the environmental remediation work related to TexPet's operations that continued into 1998, after the BIT had come into force.

87. The Claimants further argue that the dispute concerns "investment agreements," namely the 1973 and 1977 Agreements. Such disputes are independently covered under the BIT. Moreover, since jurisdiction over such claims is not limited to treaty-based claims, the temporal limitations that apply to BIT claims do not apply. It is enough that these claims have continued to exist past the date of the BIT's entry into force.

88. The Claimants assert that the BIT does not bar pre-existing disputes. The BIT would need to include explicit language in order to exclude such disputes. Instead, according to Article XII of the BIT, disputes must merely be "existing" at the time of entry into force to be covered by the BIT. In any event, since the claims are for denials of justice, the dispute only crystallized after a critical degree of undue delay and politicization of the judiciary that came about in 2004.

89. The Claimants also reject the idea that claims under the BIT must be strictly based on post-BIT acts and omissions. First, pre-BIT conduct can serve as background to the denial of justice claims which only truly arose after entry into force of the BIT. Second, the non-retroactivity principle cannot bar responsibility for "continuing" or "composite" acts. The persistent failure of the Ecuadorian courts to decide the Claimants' cases and the events leading to the destruction of the independence of the Ecuadorian judiciary constitute continuing and composite acts."²⁵

3.17 Voor de goede orde teken ik nog aan dat arbiters de door partijen aangedragen stellingen kenschetsen als "helpful" en dat het de in hun ogen "most relevant" behandelen.²⁶ Het juridische debat in cassatie is beperkt gebleven, met name ook op het punt van verwijzingen naar relevante juridische bronnen. Mr. Van der Beek heeft naar één juridische bron (een arrest van Uw Raad over art. 79 RO) verwezen; mr. Van Geuns heeft op twee plaatsen in de cassatiedagvaarding naar juridische bronnen verwezen; in zijn pleitnota komen ze niet voor. Partijen verwachtten blijkbaar veel van de zelfwerkzaamheid van Raad en Parket.

3.18 Met betrekking tot het gewicht dat toekomt aan beslissingen van "other courts and tribunals" merken arbiters het volgende op:

"4. Relevance of Decisions of other Tribunals

119. In the legal arguments made in their written and oral submissions, the Parties rely on numerous decisions of other courts and tribunals. Accordingly, it is appropriate for the Tribunal to make certain general preliminary observations in this regard.

120. First of all, the Tribunal considers it useful to make clear from the outset that it regards its task in these proceedings as the very specific one of applying the relevant provisions of the BIT and of arriving at the proper meaning to be given to those particular provisions in the context of the BIT in which they appear.

121. On the other hand, Article 32 VCLT permits recourse, as supplementary means of interpretation, not only to a treaty's "preparatory work" and the "circumstances of its conclusion," but indicates by the word "including" that, beyond the two means expressly mentioned, other supplementary means of interpretation may be applied in order to confirm the meaning resulting from the application of Article 31 VCLT. Article 38(1)(d) of the Statute of the International Court of Justice provides that judicial decisions and awards are applicable for the interpretation of public international law as "subsidiary means." Therefore, these legal materials can also be understood to constitute "supplementary means of interpretation" in the sense of Article 32 VCLT.

122. That being so, it is not evident how far arbitral awards are of determinative relevance to the Tribunal's task. It is at all events clear that the decisions of other tribunals are not binding on this Tribunal. The many references by the Parties to certain arbitral decisions in their pleadings do not contradict this conclusion.

123. However, this does not preclude the Tribunal from considering arbitral decisions and the arguments of the Parties based upon them, to the extent that it may find that they throw any useful light on the issues that arise for decision in this case."²⁷

3.19 In deze procedure staan (thans nog) twee vragen centraal: is sprake van terugwerkende kracht als zou worden uitgegaan van de toepasselijkheid van het BIT voor het onderhavige geschil en is – kort gezegd – sprake van een "investment" in de zin van het BIT. Het lijkt goed om hetgeen partijen, in de weergave van arbiters, te dezer zake hebben aangevoerd en het oordeel dat arbiters daarover hebben geveld in extenso weer te geven.

"1. Arguments by the Respondent

150. The Respondent rejects the possibility that the Claimants can fit their claims under Article VI(1)(c) of the BIT. In order to fall within Article VI(1)(c) as a "breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment," the Respondent argues that TexPet's lawsuits must constitute an "investment." The Respondent argues that the claims themselves lack the necessary characteristics of an "investment." Along with "investment capital" and "risk," an investment must somehow contribute to the economic development of the host State. The Respondent continues:

As a practical matter [...] Claimants have failed to plead an "investment" as none of Claimants' activities as of the date the BIT entered into force (May 11, 1997), or at any time thereafter, has contributed – or even been intended to contribute – to the economic development of the Republic. To the contrary, the 1973 and 1977 Contracts terminated years before the BIT entered into force, and Claimants' litigation claims are intended to take money from the State, not to benefit the State

(R II, paras. 160-162; Tr. at 95:7-20, 114:6-19; HR1 p. 54).

151. The Respondent further argues that the lawsuits cannot be fit under BIT Article I(1)(a)(iii), "claims to money or claims to performance having economic value, and associated with an investment." Under that article, the lawsuits qualify as "claims" but are not associated with any "investment" because the investments that they would potentially relate to ceased to exist before the entry into force of the treaty. The non-retroactivity of the BIT prevents the Claimants from relying on an association to pre-BIT investments (R II, paras. 165-167; Tr. at 95:21-96:2, 121:4-14; R III, para. 150; R IV, para. 27). The BIT only protects the "claims" so long as the investment with which they are associated expired after the date when the BIT entered into force. It does not protect purely historical investments that are beyond being encouraged according to the forward-looking purpose of the BIT (Tr. at 403:2-404:1; HR1 p. 44; R IV, paras. 10-15). However, when TexPet withdrew from Ecuador, it also withdrew its investment capital and actively sought to eliminate any remaining investment risk (R II, paras. 167-171; HR1 pp. 49-51). TexPet had no

investment with which their claims could be associated by the time the BIT entered into force. The Respondent submits that the above temporal limitation is analogous to the implied territorial limitation to the definition of investment found in *Canadian Cattlemen* (R II, para. 166; Tr. at 119:22-120:10; R III, para. 161; R IV, paras. 28-29).

152. The Respondent rebuts several arguments advanced by the Claimants in regard to Article I(1)(a)(iii). To the extent that *Mondev v. United States* is cited for the idea that lawsuits can constitute investments, that case is distinguishable. NAFTA, the treaty at issue in *Mondev*, differs significantly in its language from the U.S.-Ecuador BIT. Amongst other differences, NAFTA's definition of "investment" does not require that claims be associated with an "investment" in order to be protected. NAFTA instead includes any claims that "involve the same kinds of interests" as its other categories of included investments. In fact, the tribunal in *Mondev* based its decision on the fact that the claims in that case involved the same kinds of interests as "interests arising from the commitment of capital or other resources," an extremely broad category with no parallel in the U.S.-Ecuador BIT (Tr. at 107:7-108:19; HR1 p. 46; R III, para. 160; R IV, para. 38). The Respondent also counters the Claimants' reliance on the U.S. President's transmittal letter to the U.S. Senate concerning the BIT, which suggests that the phrase "associated with an investment" was only inserted in order to exclude simple trade transactions from coverage under the BIT. Although this may be one effect of the phrase, the letter does not suggest that it is the only effect (Tr. at 117:13-118:5; HR1 p. 58; R IV, para. 20).

153. Additionally, the Respondent argues that the lawsuits cannot be fit under the heading of "rights conferred by law or contract" under Article I(1)(a)(v) of the BIT. To start, the Respondent submits that the lawsuits fall squarely in the category of "claims to money or claims to performance having economic value" under BIT Article I(1)(a)(iii). In that provision, the claims must be "associated with an investment," which the Respondent asserts that they are not for the reasons noted above. Article I(1)(a)(v) on the other hand envisages "rights, not to receive money or performance from another, but to act in a manner, or to do something, to which the owner of the right would not otherwise be entitled" (R II, para. 172; Tr. at 96:3-10; HR1 p. 60). This is what is suggested by the inclusion of the words "licenses and permits" in the provision (R II, paras. 179-185; HR1 pp. 62-63; R III, paras. 167-169). The provision does not intend to include mere "claims" already addressed in Article I(1)(a)(iii) (R II, paras. 186-188). The Claimants should not be allowed to broaden the scope of Article I(1)(a)(v) to the point of engulfing Article I(1)(a)(iii) and rendering that provision meaningless (R II, paras. 172-178; Tr. at 123:16-20; HR1 p. 64; R III, paras. 164-165). All the true "rights" that the Claimants may have held definitively ended with the expiry of the Concession Agreements, TexPet's withdrawal from Ecuador, and the numerous Settlement Agreements signed between the Parties (R II, paras. 186-197; Tr. at 123:5-15; HR1 p. 61).

154. Having argued that the lawsuits cannot be an investment in their own right, the Respondent also refutes the idea that the investments could be considered a part of an overall investment under the Claimants' "lifespan" theory. They cite that the language of Article I(1)(a)(iii) seems to separate and oppose "claims" to the "investment" that they must be associated to under that provision. Article I(1)(a)(iii) would, in fact, become superfluous because the investment would subsume the claims without the need to accord them separate status as an investment (Tr. at 111:12-22; R III, paras. 176-177). Where the Claimants refer to Article II(7), Article I(3), and Article II(3)(b) as showing the different stages of the "lifespan" of a protected investment, the Respondent asserts that these provisions say nothing about what constitutes an investment, but only about what investment-related activities are protected (R IV, para. 24). In fact, Article II(7), like Article I(1)(a)(iii), distinguishes and opposes "claims" and "rights" from "investments" (R IV, para. 22). The Respondent also points to *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador* which held that disputed claims to money (tax refund claims) could not be considered to be an "investment" or even part of one (Tr. at 112:4-18; HR1 p. 48; R IV, paras. 16, 32-33).

155. The Respondent states that the only case possibly endorsing the "lifespan" theory of investment advanced by the Claimants is the *Mondev* case, which is either distinguishable or

incorrect. First, the Respondent notes that the lifespan issue was not the subject of written briefing in that case (Tr. at 101:15-19; R III, paras. 183-184; R IV, para. 37). Second, the tribunal in *Mondev* was motivated by an equitable consideration not present in this case, namely that a State should not be able to defeat jurisdiction by virtue of the very expropriation claimed against (Tr. at 102:8-21; HR1 pp. 446-47; R III, paras. 185-188; R IV, paras. 40-43). Third, the tribunal's logic in that case is circular. If a claim for a pre-treaty expropriation is enough for jurisdiction, then every person who had property expropriated, no matter how long before the treaty comes into effect, would be entitled to claim under the treaty (Tr. at 104:19-105:19; R III, paras. 193-194).

156. According to the Respondent, other cases cited by the Claimants do not support the "lifespan" theory either and bolster the Respondent's own position. In *Jan de Nul v. Egypt*, for example, both parties and the tribunal recognized that the investment had ended even if some claims were still outstanding. Egypt, however, did not object to jurisdiction based upon the fact that the investment did not exist on the date of entry into force of the BIT. The BIT did not expressly require an investment to be in existence as of its effective date and the investments were covered under a predecessor BIT in any event (R III, paras. 195-199; R IV, paras. 34-35). Meanwhile, in the case of *Occidental v. Ecuador*, the tribunal flatly rejected the idea that a tax refund claim could be an investment or part of one (R III, paras. 200-201).

157. Lastly, the Respondent challenges the Claimants' reference to their remediation work pursuant to environmental agreements to extend their investment past the date of entry into force. The remediation work on its own does not exhibit the characteristics of investments (R III, paras. 227-228). In any event, only a *de minimis* portion of the work took place after the BIT's entry into force and was wholly disconnected from the matters involved in TexPet's seven lawsuits (HR1 pp. 55-56; R III, paras. 226, 229). The remediation work also did not continue the investment. There was a two-year hiatus between the expiration of the investment and the execution of the first environmental agreement, breaking the "continuum of events" required under the Claimants' lifespan theory (R III, para. 205). The Respondent cites an admission by TexPet's in-house counsel that "addressing potential environmental impact arising from the Consortium's operations was treated as a separate issue" from those involved in the global settlement and was thus negotiated in a separate agreement with separate agreed upon consideration (Tr. at 116:6-13; HR1 p. 52; R III, paras. 208-211; R IV, para. 48). The Claimant is also not able to rely on the "unity of the investment" principle because the 1994 MOU and 1995 Remediation Agreement do not exhibit sufficiently close linkages to the 1973 and 1977 Agreements required by the jurisprudence. Nor did the jurisprudence on the unity principle ever consider the issue of whether or not an "investment" existed at the cut-off date under the relevant treaty (Tr. at 116:14-117:6; R III, paras. 214-221).

2 Arguments by the Claimants

158. The Claimants accuse the Respondent of mischaracterizing the Claimants' investments. The Claimants state that, at the time the BIT entered into force on May 11, 1997, TexPet still possessed legal and contractual rights, whose enforcement was being sought through the claims pending in the seven court cases. These rights derived from the investment agreements of 1973 and 1977 and from many millions of dollars invested in exploring for and producing oil in Ecuador. In addition, at the time the BIT entered into force, TexPet was undertaking and continued to undertake several projects associated with the winding up of its investment under Settlement Agreements with Ecuador. These included a substantial environmental investigation and remediation project and several community development projects, both stemming from TexPet's oil exploration and production activities as part of the Consortium (C II, paras. 128-130; Tr. at 246:13-248:8; HC3 p. 4; C IV, paras. 28-35).

159. The Claimants argue that the plain meaning of Article I(1)(a) covers a broad scope of investments. The definition of the term "investment" therein includes "every kind of investment" and the article provides a non-exhaustive list of overlapping examples included in the definition of investment (C II, paras. 132-135; Tr. at 233:19-25; HC3 pp. 6-7; C III, paras. 13-14). The Claimants cite a number of cases that construed the inclusion of "every kind of investment" or "every kind of asset" language to create a broad scope of covered investments (C II, paras. 140-143). The object and purpose of the BIT is also furthered by a broad definition and not by a restrictive one (C II, para. 137; Tr. at 233:1-5; HC3 p. 5; C III, paras. 10-12).

160. The Claimants disagree with the Respondent's assertion that TexPet's investment has not contributed to the development of Ecuador. When the investments are seen as a whole, it is clear that the Claimants incurred substantial risk and made a significant and direct contribution of revenues to the Government, technical and human resources to the Consortium, and oil for domestic consumption (C II, para. 153). In addition, the Claimants undertook significant environmental investigation, remediation, and community development projects, which were still being carried out when the BIT entered into force (C II, para. 158; HC3 p. 14).

161. The Claimants also disagree with the Respondent's argument that the Claimants did not have a subsisting interest in Ecuador at the time of entry into force of the BIT because the 1973 and 1977 Agreements had expired by that time. Viewing the investments as a whole, the legal and contractual rights being enforced in the domestic claims cannot be separated from the rest of the Claimants' overall investment in Ecuador pursuant to those agreements (C II, paras. 154-155; Tr. At 231:3-232:4; HC3 pp. 10-15).

162. The Claimants further dispute that the non-retroactivity of the BIT prevents them from basing their claims on contractual rights related to pre-BIT investment activity. Although Article XII of the BIT limits the application of the BIT's protections "to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter," "this merely requires that the claim to money or performance exist at the time of the BIT's entry into force" (C II, para. 169; C IV, paras. 19-20).

163. The Claimants emphasize that investments must be viewed holistically and not as discrete transactions or components. Arbitral precedent supports the view that an investment includes everything associated with a given "overall operation" or "overall project" of an investor (CII, paras. 144-150). The Claimants rely in particular on paragraphs 80-83 of the case of *Mondev*. In that case, the claimant's only subsisting interest was "certain claims for damages" relating to a failed investment. The underlying investment project had failed and no longer existed by the time of NAFTA's entry into force. On this basis, the United States raised an objection that there were no investments existing on the date of entry into force of NAFTA. The tribunal rejected this argument. According to the Claimants, the tribunal held that "once an investment exists it is protected throughout its lifespan by an investment treaty that enters into force at any time before the ultimate conclusion of the investment" (C II, paras. 156-157, 170-173; Tr. at 251:14-252:19; HC3 pp. 16-20; C III, paras. 27-42). The provisions of the BIT also support this view, such as Article I(3) which protects alterations in the form of the investment and Article II(3)(b) which protects investments throughout their "management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion or disposal" (Tr. at 248:16-23; C III, para. 21).

164. In reference to the Respondent's interpretation of Article I(1)(a)(iii), the Claimants argue that the

phrase restricting the definition of investments to claims to money or performance “associated with an investment” was only intended to exclude stand-alone claims associated with a simple commercial transaction. President Clinton’s transmittal message to the U.S. Senate concerning the BIT states that,

[t]he requirement that a “claim to money” be associated with an investment excludes claims arising solely from trade transactions, such as a simple movement of goods across a border, from being considered investments covered by the Treaty. (C II, para. 162; Tr. at 235:7-14; HC3 p. 7; C III, paras. 17-19)

Further support for this interpretation comes from commentary to the 1992 U.S. Model BIT, which contains language identical to Article I(1)(a)(iii) of the BIT (C II, para. 163). The Claimants believe that the *Canadian Cattlemen* case relied on by the Respondent also supports their position. In that case, the tribunal interpreted NAFTA Article 1139(j) to exclude claims to money arising from simple cross-border trade transactions in similar fashion to the interpretation of the BIT that the Claimants urge here (C II, paras. 165-167). In fact, the Claimants assert that the Respondent’s interpretation would render Article I(1)(a)(iii) redundant because the investment with which the claim was associated would already be sufficient to attract the protection of the BIT (C IV, paras. 26-27).

165. The Claimants generally criticize the Respondent for importing and applying notions of investment under the ICSID Convention to the present UNCITRAL proceeding. For the Claimants, the definition of “investment” in the instant case depends solely on interpretation of the plain language of the BIT (C II, paras. 176-183).

166. In reference to the Respondent’s interpretation of Article I(1)(a)(v), the Claimants argue that the “Respondent manufactures an artificial distinction between ‘rights’ and ‘claims’”(C II, para. 186; Tr. at 258:13-259:7; HC3 pp. 23; C III, para. 20). The Claimants allege that the 1995 Global Settlement did not terminate the Claimants’ contractual rights at issue in the court cases and the plain meaning of “rights” in Article I(1)(a)(v) includes court claims to enforce pre-existing rights (C II, paras. 186-187). The reference to “licenses and permits” does not limit the “rights” included in the provision because the provision includes contractual rights and licenses *and* permits (C II, paras. 188-191). Even if the reference did have a limiting effect, the rights that the Claimants seek to enforce in the court claims are within the same broad category as licenses and permits since they relate to the 1973 Agreement’s granting of rights to explore for and exploit oil (C II, para. 192).

167. The provision also does not contain language limiting the rights included to those “associated with an investment.” In response to the Respondent’s argument that “associated with an investment” should be read into the clause in order not to render Article I(1)(a)(iii) meaningless, the Claimants contend that this approach would apply the rule of effectiveness so as to produce a result contrary to the plain language and spirit of the BIT (C II, paras. 193-197).

3 The Tribunal

168. As mentioned above, the detailed analyses of the relevant provisions of the BIT and related instruments submitted by the Parties have been helpful for this Tribunal. The following considerations

of the Tribunal, without addressing all the arguments of the Parties, concentrate on what the Tribunal itself considers to be determinative on jurisdiction.

3.a. Retroactivity in general

169. The Parties have argued at length on the general issue of retroactivity of treaties in relation to the Respondent's *ratione materiae* objections as well as their *ratione temporis* objections. Since the Parties have argued the present issue in relation to the general issue of retroactivity of treaties, the Tribunal will deal with certain aspects of this question preliminarily before applying any conclusions in this regard to Article XII of the BIT and to the specific case at hand. The Tribunal will draw from these conclusions in later sections of this Award.

170. The legal provisions relevant to the general question of retroactivity are, in particular, Article 28 of the VCLT and Article 13 of the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility ("ILC Draft Articles").

171. Article 28 VCLT is titled "Non-retroactivity of treaties" and reads as follows:

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

172. The language of Article 28 VCLT makes clear that there is no retroactivity unless a different intention appears from the treaty or can otherwise be established. ILC Draft Article 13 confirms this same principle for State responsibility:

An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs.

173. The principle of non-retroactivity is not different for provisions in treaties dealing with the resolution of disputes, and in particular jurisdictional clauses contained therein. In the drafting of the VCLT, the retroactivity of such treaties was considered. However, specific rules regarding the retroactivity of these treaties and clauses were not taken up in the final version of Article 28 of the VCLT. Its "unless" language can nonetheless easily be applied to jurisdictional or arbitral treaties dealing with acts or disputes that have arisen before the conclusion of the given treaty. As a result the final version of Article 28 of the VCLT applies also to treaties dealing with the resolution of disputes.

174. None of the investment jurisprudence cited by the Parties establishes a different approach. The cases of *Luchetti* and *Vieira*, on the one hand, and *Mavrommatis*, on the other, can be seen as applying Article 28 in view of the specific wording and intention of the respective treaties dealt with in those cases. *Tradex Hellas* applied the same principle to a situation where both a BIT and a domestic investment law potentially provided alternative bases for jurisdiction over the claim. The tribunal in

that case found jurisdiction based on establishing a legislative intent that the domestic investment law applied to pre-existing disputes, but found no intention to apply the BIT retroactively to a claim filed before the BIT had entered into force.

175. Therefore, in line with the *Ambatielos case* and the Respondent's general line of argument, the Tribunal finds that the BIT, including its jurisdictional provisions, cannot apply retroactively unless such an intention can be established in the BIT or otherwise.

176. There may be a different approach to retroactivity in the human rights context. The Tribunal need not, however, decide if any presumption of retroactivity exists for human rights treaties as a genre. The Tribunal considers that any possible presumption must result from the specific context and purpose of international human rights or a sui generis rule in that field. In either case, the Tribunal does not find the analogy between BITs and human rights treaties sufficiently strong to warrant deviating from the dominant legal framework for retroactivity just described.

3.b. Application to the present case

177. Under Article VI(1)(c), the Tribunal has jurisdiction over "a dispute ... arising out of or relating to ... an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment." The Tribunal has a twofold task to determine whether the present dispute can be fit into this provision. First, the Tribunal must determine whether the Claimants have an investment within the meaning of that term in the BIT. If the Claimants do have an investment, the Tribunal must then determine if that investment is covered by the BIT in light of Article XII(1) of the BIT ("It shall apply to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter"). These are two distinct determinations and they should be approached separately and sequentially.

178. Assuming that those two questions (i.e., an investment *ratione materiae* and an investment *ratione temporis*) are answered in the affirmative, a further question is whether the BIT applies also to disputes that have arisen prior to its entry into force. That question is addressed in Section J.VI below ("Jurisdiction *Ratione Temporis* regarding Pre-Existing Disputes"). Thus, Article XII(1) addresses retroactivity regarding investments, but not retroactivity regarding disputes. Article VI(1) in turn concerns resolutions of disputes without addressing retroactivity. The distinction between the applicability *ratione temporis* of substantive obligations in a BIT and jurisdiction *ratione temporis* was also made in *Generation Ukraine* and *Salini v. Jordan*.

179. The Tribunal finds it useful to start by repeating the BIT's definition of "investment," found in Article I(1)(a):

"investment" means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes:

(i) tangible and intangible property, including rights, such as mortgages, liens and pledges;

(ii) a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof;

(iii) a claim to money or a claim to performance having economic value, and associated with an investment;

(iv) intellectual property which includes, inter alia, rights relating to:

[...]

(v) any right conferred by law or contract, and any licenses and permits pursuant to law;

The Tribunal must first determine whether the Claimants hold an investment that falls within the above definition.

180. The Respondent does not and cannot reasonably deny that the Claimants had what would be considered to be an investment in Ecuador in their oil exploration and extraction activities ranging from the 1960s to the early 1990s. Nor can the Respondent deny that all the necessary characteristics were present in this investment. The Respondent disputes instead that the Claimants' lawsuits in Ecuadorian courts cannot, on their own, be considered to be an "investment" under the BIT. The Tribunal, however, agrees with the Claimants that in the present situation, which is similar to that in *Mondev* (discussed below), these lawsuits concern the liquidation and settlement of claims relating to the investment and, therefore, form part of that investment.

181. The Claimants highlighted in their submissions that the definition of "investment" in the BIT is a broad one that covers "every kind of investment." Beyond being broad in its general terms, the definition enumerates a myriad of forms of investment that are covered. It first specifies that it covers investment forms "such as equity, debt, and service and investment contracts." It then gives a further non-exhaustive list of forms that an investment may take. The list covers, among other things, multiple further incorporeal assets and speaks of a variety of rights, claims, and interests that an investor may hold in them. In addition, Article I(3) of the BIT provides that "[a]ny alteration of the form in which assets are invested or reinvested shall not affect their character as investment."

182. The Claimants have also highlighted that Article II(3)(b) of the BIT protects investments from "arbitrary or discriminatory measures" with respect to their "management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion or disposal." They also point to the further guarantee in Article II(7) of "effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment."

183. Taken together, the above-mentioned provisions indicate to the Tribunal that once an investment is established, the BIT intends to close any possible gaps in the protection of that investment as it proceeds in time and potentially changes form. Once an investment is established, it continues to exist and be protected until its ultimate "disposal" has been completed – that is, until it has been wound

up.

184. The Claimants' investments were largely liquidated when they transferred their ownership in the concession to PetroEcuador and upon the conclusion of various Settlement Agreements with Ecuador. Yet, those investments were and are not yet fully wound up because of ongoing claims for money arising directly out of their oil extraction and production activities under their contracts with Ecuador and its state-owned oil company. These claims were excluded from any of the Settlement Agreements (R II, para. 169; C II, para. 40). The Claimants continue to hold subsisting interests in their original investment, but in a different form. Thus, the Claimants' investments have not ceased to exist: their lawsuits continued their original investment through the entry into force of the BIT and to the date of commencement of this arbitration.

185. This conclusion is consistent with the *Mondev* case, where the tribunal was clear that by the time of entry into force of NAFTA "all *Mondev* had were *claims to money associated with an investment* which had already failed" (emphasis added). The United States objected that these claims were insufficient to constitute an investment. However, the tribunal considered that it would merely be providing protection to the subsisting interests that *Mondev* continued to hold in the original investment. The tribunal summarized its finding as follows:

Issues of orderly liquidation and the settlement of claims may still arise and require "fair and equitable treatment", "full protection and security" and the avoidance of invidious discrimination. A provision that in a receivership local shareholders were to be given preference to shareholders from other NAFTA States would be a plain violation of Article 1102(2). The shareholders even in an unsuccessful enterprise retain interests in the enterprise arising from their commitment of capital and other resources, and the intent of NAFTA is evidently to provide protection of investments throughout their life-span, i.e., "with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments."

186. Despite the Respondent's comment that the *Mondev* decision may not have benefited from a detailed written briefing, the Tribunal finds no reason to disagree with the above statement. Nor does the Tribunal see any sufficient difference between NAFTA and the BIT to depart from that reasoning. In the present case, the relevant language of the BIT is at least as broad in scope as the NAFTA provisions relied upon by the *Mondev* tribunal for its "life-span" theory of investment protection.

187. The existence of an investment at the time of entry into force and at the time of commencement of the arbitration does not completely resolve the issue. The Tribunal must determine whether the BIT confers jurisdiction over pre-existing investments. Recalling what has been stated on retroactivity above, this is not a question of the general rule of non-retroactivity but of the interpretation of Article XII(1) of the BIT. The general rule of non-retroactivity might restrict the application of the BIT to only investments that come into existence after the entry into force of the BIT. However, in accordance with Article 28 VCLT's "unless" clause, Article XII(1) of the BIT must be interpreted to determine to what extent it makes an exception to non-retroactivity.

188. The relevant portion of Article XII(1) states that the BIT "shall apply to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter." Article XII(1) of the BIT has to be applied in the sense of Article 28 of the VCLT: in addition to investments made or

acquired after entry into force, it expressly provides for application to “investments existing at the time of entry into force.” That can only mean that investments made before entry are covered if they still existed at the time of entry into force. How long the investment may have existed before the entry into force is in fact irrelevant. Therefore, in spite of the general rule of non-retroactivity, the Tribunal may apply the BIT to a pre-existing investment such as the Claimants’ lawsuits in the present case.

189. The Tribunal has already found that the Claimants’ lawsuits are an “investment” under the BIT. Consequently, and in view of the language of Article XII(1), the Tribunal finds that the Claimants’ investments were “existing at the time of entry into force” of the BIT.

190. Although the Tribunal is satisfied that the above reasoning disposes of the Respondent’s *ratione materiae* objections, the Tribunal nonetheless wishes to address certain of the Respondent’s submissions regarding interpretation of the BIT’s definition of investment, given the extensive argument that the Parties have submitted on the matter.

191. Under Article I(1)(a)(iii), the Respondent’s approach first notes that for “claims to money” to constitute an investment, they must be associated with an “investment.” The Respondent therefore argues that the Tribunal must refer back to the BIT’s definition of “investment” to define a further investment with which the claims to money are associated. The Respondent asks the Tribunal to simultaneously restrict the definition of the associated “investment” through Article XII(1)’s limitation to investments existing at the time of entry into force of the BIT.

192. The Tribunal does not agree that the further mention of the term “investment” within the definition itself should be understood as providing for a recursive definition. Instead, the further mention of the term should be taken to refer to the plain meaning of the word. This is shown by the opening phrase “‘investment’ means every kind of investment ... such as [certain kinds of investment] ... and includes [other kinds of investment].” A recursive approach to the opening use of “every kind of investment” would, in the Tribunal’s view, render the definition circular and meaningless. Meanwhile, the use of the plain meaning of the word “investment” provides a basis with which to supplement the non-exclusive list of covered investments, particularly as regards new kinds of investment that may arise in the future.

193. This approach resolves the concern expressed in *Mondev* and *Jan de Nul* that an investor whose investment was definitively expropriated would hold a claim to compensation but would technically no longer hold any existing “investment.” The *Canadian Cattlemen* decision is also consistent with this approach. That decision interpreted NAFTA Article 1139(j)’s similar language to exclude claims to money arising from “mere cross-border trade interests,” but was willing to include claims arising from “something more permanent – such as a commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory” without necessarily requiring a separate and associated investment to be proven. Given that NAFTA’s definition of investment is worded in a more restrictive fashion, the phrase “associated with an investment” requires, at its strictest, that the claims involve interests of the same nature as other covered categories of investments.

194. As for Article I(1)(a)(v) “rights pursuant to law or contract,” the Tribunal considers that, in isolation, the rights spoken of in this provision might be construed according to canons of interpretation to be limited to “licenses and permits” and rights analogous to those. The context and

purpose of the BIT, however, do not support this interpretation. The word “rights” is used in a broader and more general sense in various other provisions of the BIT. As mentioned above, the BIT intends a broad coverage, using language that is inclusive. This is evident, for example, in Article II(7)’s guarantee of “effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment.”

195. The non-restrictive meaning of “rights” becomes even clearer when the structure of Article I(1)(a) (v) is contrasted to the wording of the other categories of investment. Article I(1)(a)(i) starts by stating that it covers the category of tangible and intangible property. It then proceeds to specify that this coverage “includ[es] rights, such as mortgages, liens and pledges.” Similarly, Article I(1)(iv) begins with the general category of intellectual property and then specifies that this category “includes, inter alia, rights relating to” a number of specific types of intellectual property. Article I(1)(ii) covers “a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof.” In all the above cases, the category to which the “rights” or “interests” must pertain is clearly stated prior to the use of the term. In light of the above, the contrary formulation of Article I(1)(v) whereby the BIT covers “any right conferred by law or contract, and any licenses and permits pursuant to law” (emphasis added) suggests that the “rights conferred by law or contract” are a general category unto themselves, not to be limited by the subsequent language of “licenses and permits.”²⁸

(...)

“J.VI. Jurisdiction *Ratione Temporis* regarding Pre-Existing Disputes

1 Arguments by the Respondent

239. In grounding its first *ratione temporis* objection – that a new and distinct “dispute” must be found for the BIT to apply – the Respondent relies principally on the ICSID case of *Lucchetti* (R II, paras. 66-71). In particular, the Respondent references a passage that it claims embodies the “*Lucchetti* test”:

The Tribunal must therefore now consider whether, in light of other here relevant factors, the present dispute is or is not a new dispute. In addressing that issue, the Tribunal must examine the facts that gave rise to the [present] dispute and those that culminated in the [previous] dispute, seeking to determine in each instance whether and to what extent the subject matter or facts that were the real cause of the disputes differ from or are identical to the other. According to a recent ICSID case, the critical element in determining the existence of one or two separate disputes is whether or not they concern the same subject matter. The Tribunal considers that, whether the focus is on the “real causes” of the dispute or on its “subject matter,” it will in each instance have to determine whether or not the facts or considerations that gave rise to the earlier dispute continued to be central to the later dispute. [citations omitted]

(R II, para. 70)

240. In that case, the tribunal found that it lacked jurisdiction *ratione temporis* because the alleged new dispute was a pre-BIT dispute that had continued past the date of entry into force of the BIT. This finding was despite the allegation of wrongful post-BIT acts that were related to but separate from

the pre-BIT dispute (R II, para. 71). The Respondent also highlights the tribunal's finding that the fact that an international law BIT cause of action was being invoked by the claimant as opposed to obligations under municipal laws was irrelevant (R II, paras. 98-103).

241. The Respondent also cites *Vieira v. Chile* as a recent example of the affirmation and application of the "Lucchetti test" above in similar circumstances. That case added the proposition that post-entry into force acts will not create a new dispute if these are "secondary" in importance or centrality to the overall dispute when compared with the pre-BIT acts (R II, paras. 72-76).

242. In applying *Lucchetti* to the present facts, the Respondent points out that, in the Claimants' own characterization of the present claim, the pre-BIT cases in Ecuadorian courts are emphasized as the source of the present dispute and the post-entry into force acts are merely accessory to the denial of justice claim (R II, paras. 79-83). Even if the denial of justice is taken separately from the pre-BIT acts, the resulting liability would necessarily be based on the substance of the pre-BIT disputes: "If Claimants' alleged dispute based on 'denial of justice' were truly a separate and independent one from the disputes that prompted the seven claims, the outcome of the latter would be irrelevant – or at most, only marginally relevant – to the present dispute" (R II, paras. 84-85).

243. The Respondent deems irrelevant the fact that the claim is presented as a denial of justice. Claims of denial of justice, regardless of their particular legal characteristics, are no different than other BIT protections such as fair and equitable treatment. The *Lucchetti* test concerns identity of subject matter and not identity of claims. Because the dispute had crystallized prior to the entry into force of the BIT and the current claims are a mere continuation of that dispute, an assertion of jurisdiction over the dispute would equate to asserting jurisdiction over pre-BIT investments. This would clearly violate the principle of non-retroactivity enshrined in Article 28 VCLT and BIT Article XII, requiring that the BIT only be applied to "investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter" (R II, paras. 95-96; Tr. At 197:23-198:9). In this light, the Respondent asks the Tribunal to avoid setting a precedent that allows would-be claimants to subvert temporal restrictions of BITs by repackaging their pre-BIT claims as denials of justice (R II, para. 97; Tr. at 194:15-197:22; HR2 pp. 24-25). "Differently put: the Tribunal should not permit Claimants to use their denial of justice claim as a Trojan horse for pre-BIT disputes" (R II, para. 93).

244. The Respondent also considers irrelevant the fact that the BIT in question here does not contain an explicit clause barring its retroactive effect on pre-existing disputes (as the BIT in *Lucchetti* did). According to the Respondent, "the Vienna Convention establishes a presumption of non-retroactivity: the principle applies tacitly in all cases unless the parties to the treaty have expressly established otherwise" (R II, para. 106; Tr. at 202:10-13; R IV, para. 147). The Respondent cites *M.C.I. v. Ecuador* as having settled upon this interpretation of the BIT at issue here (R II, paras. 105-106; Tr. at 206:10-207:11; HR2 pp. 20-21). In addition, the Peru-Chile BIT in *Lucchetti* had a broader scope, applying to "investments made before or after the treaty's entry into force." Thus, the drafters of that agreement might be presumed to have wanted to be more explicit about non-retroactivity in that context (R II, paras. 107-108; Tr. at 202:13-203:12). The Respondent further cites several cases, including *Impregilo*, *Salini*, and *Generation Ukraine*, where language indicating a broader scope of included "disputes" still did not rebut the presumption of non-retroactivity (R II, paras. 109-115; Tr. at 205:2-206:15, 392:8-394:7; HR2 pp. 12-19; HC3 pp. 7-8).

245. Next, the Respondent submits that "it is also not relevant whether Claimants may have had a cause of action under customary international law for any pre-BIT State acts ... As noted by the *M.C.I.*

tribunal, “[T]he existence of a breach of a norm of customary international law before a BIT enters into force does not give one a right to have recourse to the BIT’s arbitral Jurisdiction” (R II, para. 116). These claims must be pursued, if at all, in another forum having jurisdiction over these claims (R II, paras. 117-119; Tr. 209:20-210:10).

246. The Respondent refutes the sources relied on by the Claimants, principally the *Mavrommatis* case, to argue that the non-retroactivity of the BIT only applies to substantive provisions of the BIT and therefore the dispute need only exist at the time of entry into force and need not arise thereafter. The Respondent asserts that the distinction does not exist in the BIT or at international law (Tr. at 173:11-20; R IV, para. 167). The *Mavrommatis* case constitutes an exception to the general rule of non-retroactivity because the treaty involved required retroactive effect by its nature and purpose (Tr. at 176:5-23; HR2 p. 4; R III, para. 382; R IV, paras. 154, 165). Yet, even if *Mavrommatis* had at one point stood for the Claimants’ proposition, it has since been superseded by the VCLT and the *Ambatielos* case (Tr. at 175:2-8, HR2 pp. 5-7; HR3 p. 21; R III, para. 377; R IV, paras. 158, 161). Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, in his commentary to a precursor of Article 28 VCLT in the “Third Report on the law of Treaties,” cites *Ambatielos* and distinguishes *Mavrommatis* when stating that a “disputes clause will only cover pre-treaty occurrences in exceptional cases” (R III, paras. 406-415; Tr. at 177:12-22; HR2 pp. 8-11). As for the retroactive application of human rights treaties, the Respondent maintains that human rights treaties are *sui generis* and not analogous to modern BITs. So, any retroactive application in that context is also exceptional and not transferable to the present situation (Tr. at 184:2-21, 395:18-399:5; HR3 pp. 2-7; R III, paras. 433-436; R IV, para. 155). Lastly, the *Jan de Nul v. Egypt* decision, which the Respondent claims to be the only investor-State case to accept jurisdiction over a pre-BIT dispute, is also *sui generis* because the tribunal was motivated by the fact that the superseding BIT at issue did not include a saving clause for disputes under the old BIT, likely due to inadvertence of the negotiators (Tr. at 391:16-392:23; R III, paras. 468-472).

247. The Respondent maintains that the same analysis and same conclusions apply with equal force to the claims that the Claimants raise under Article VI(1)(a) of the BIT. There is no difference in the non-retroactive effect of this provision as compared to other provisions of the BIT (Tr. at 191:7-194:14; R IV, paras. 169-177).

2 Arguments by the Claimants

248. The Claimants assert that the non-retroactivity principle “does not bar pre-treaty disputes from falling within the jurisdictional provisions (the disputes clause) of the treaty” (CII, para. 225). The Claimants argue that, in the absence of any restrictive language, “the general rule in international law is that a clause in a treaty that provides for jurisdiction over disputes applies to all disputes that exist during the treaty’s duration, regardless of whether they first arose before the entrance date” (C II, para. 251).

249. The commentary to a precursor of Article 28 VCLT in the Third Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, supports this view:

The word “disputes” according to its natural meaning is apt to cover any dispute which exists between the parties after the coming into force of the treaty. It matters not either that the dispute concerns events which took place prior to that date or that the dispute itself arose prior to it; for the parties

have agreed to submit to arbitration or judicial settlement all of their existing disputes without qualification.

(C II, para. 251).

250. The Claimants cite the judgment in the *Mavrommatis* case, among other cases and commentaries that follow it, in support of the general distinction to be made between jurisdiction *ratione temporis* and the temporal application of a BIT's substantive obligations. Even if pre-BIT conduct is excluded when determining whether a BIT breach has occurred, it is not necessarily outside the *ratione temporis* jurisdiction of an arbitral tribunal (C II, paras. 253-259; Tr. at 265:5-20; HC3 pp. 28-34; C III, paras. 124-136; C IV, paras. 96-104).

251. According to the Claimants, the decisions in the *Lucchetti* and *Vieira* cases that the Respondent relies upon are predicated on specific treaty language that derogates from the general rule above. The *Lucchetti* tribunal based its decision on Article 2 of the Peru-Chile BIT which states that "[i]t shall not, however, apply to differences or disputes that arose prior to its entry into force" (C II, paras. 262-263; Tr. at 268:3-21; HC3 p. 35; C III, paras. 143-147). The *Vieira* tribunal also based its decision on language that excluded prior "claims or disputes" in the Chile-Spain BIT (C II, para. 265). Given that there is no equivalent language in the BIT at issue here, the present Tribunal has jurisdiction over pre-BIT disputes.

252. The Claimants submit that the reason for the inclusion of specific language barring prior disputes in the Chilean BITs was to bar a category of disputes that otherwise would be admissible. Non-treaty-based claims and pre-BIT substantive breaches were potentially open to be arbitrated under those BITs (C II, paras. 272-273). Thus, the no-prior-disputes language was not superfluous and limited the scope of consent to arbitration. The Claimants assert that the *Lucchetti* Annulment Committee's decision was based on the tribunal's belief that pre-BIT substantive breaches were covered by the BIT and that the no-prior-disputes clause was needed to exclude these (C II, para. 273).

253. The Claimants further argue that the Respondent mischaracterizes the *Impregilo v. Pakistan* and *Salini v. Jordan* decisions. According to the Claimants, those decisions emphasize the distinction between jurisdiction *ratione temporis* and the applicability *ratione temporis* of substantive treaty obligations (C II, para. 277). The cases did not apply a general rule of exclusion of pre-existing disputes. Rather, the tribunal in *Impregilo* refused to consider the pre-entrance-date conduct because such conduct "had no 'continuing character'" and therefore could not support a substantive breach (C II, para. 278). Meanwhile, the disputes in *Salini* arose prior to the date of entry into force and the tribunal refused jurisdiction over the claims based entirely on pre-BIT conduct. Yet, the tribunal asserted jurisdiction over the claims based on Jordan's post-entry refusals to arbitrate, despite the fact that the underlying disputes and alleged breaches concerned pre-BIT conduct (C II, para. 279; Tr. at 272:18-273:2).

254. The Claimants also dispute the Respondent's interpretation of *M.C.I. v. Ecuador* and *Generation Ukraine v. Ukraine*. With regard to *M.C.I. v. Ecuador*, the Claimants admit that the passages cited by the Respondent "superficially appear to support the *Lucchetti* approach, but if that is what the M.C.I. Tribunal meant, Claimants respectfully submit that it was wrong on this point" (C II, para. 281). When read as a whole, however, the Claimants contend that these passages confuse jurisdictional non-

retroactivity with substantive non- retroactivity. Despite the statements cited by the Respondent about the preclusion of pre-existing disputes, the tribunal also states that,

[a]cts or omissions prior to the entry into force of the BIT may be taken into account as background, causal link, or the basis of circumstances surrounding the occurrence of a dispute from the time the wrongful act was consummated after the entry into force of the norm that had been breached.

(C II, para. 281)

255. According to the Claimants, in the end, the *M.C.I.* tribunal “exercised jurisdiction over the post-entrance-date conduct without considering whether those acts constituted a new dispute and did not insist on finding a new dispute that arose after the entrance date” (C II, paras. 269, 282; Tr. at 271:5-8; HC3 pp. 37-39). The Claimants suggest that, if the Respondent’s position were correct, the tribunal should have dismissed the entire case.

256. With regard to *Generation Ukraine*, the Claimants again note that the tribunal did not apply a no-pre-existing-disputes rule; rather, like the other cases cited by Ecuador, it discussed the indirect effect of a treaty’s substantive, non-retroactive obligations (C II, para. 285). Moreover, the conclusion that “a cause of action based on one of the BIT standards of protection must have arisen after [the BIT’s entrance date]” is only supported by one authority, *Tradex Hellas v. Albania*. According to the Claimants, the *Tradex Hellas* tribunal, however, “never examined whether the post-entrance-date acts were part of a dispute that had already arisen” and, in fact, “concluded that it had jurisdiction over pre-existing disputes, so long as the specific acts or omissions that violated the investment law occurred after the relevant legal obligation entered into force” (C II, paras. 285-286; Tr. at 267:3-268:2; HC3 p. 34).

257. The Claimants also assert that their claims would satisfy the legal standard set out by the Respondent’s *Lucchetti* test. The Claimants counter that their claims, properly characterized, have only arisen after the critical date. The claims concern the local courts’ denial of justice, which the Claimants argue stems from acts and omissions of Ecuador’s courts and political branches that have taken place since the BIT entered into force on May 11, 1997. Specifically, the Claimants’ claims are said to “arise from the undue delay suffered by TexPet in its seven breach-of-contract cases against the Ecuadorian Government, from the grossly incompetent and biased rulings in three of those cases (which were handed down in 2006 and 2007), and from the politicization of Ecuador’s judiciary to the point that Ecuador has failed to provide Claimants with a fair and effective forum for adjudicating claims and rights” (CII, para. 219; HC3 pp. 40, 42). The particular dispute thus only crystallized after entry into force: “at some point, so much time elapses in a given case that it becomes apparent that an international delict has occurred. Claimants allege that this point was reached by December 31, 2004, which was more than seven years after the BIT’s entry into force” (C II, para. 219).

258. The Claimants further disagree with the Respondent’s assertion that the underlying lawsuits and their merits constitute the essence of the present dispute. According to the Claimants, the underlying lawsuits provide the “factual basis” for post-entry into force BIT violations. However, Ecuador’s liability for a denial of justice may be determined without reference to the substantive merits of the underlying cases. The only relevance of the merits of those cases is in proving “as a measure of damages that but for Ecuador’s denial of justice, TexPet would have won its underlying cases. The nature of a claimant’s damages, however, is not a jurisdictional issue” (C II, para. 291).

259. The Claimants further posit that a denial of justice is a fundamentally different claim than a failure to rectify earlier wrongs. They cite the *Jan de Nul v. Egypt* award in this regard. In that case, Jan de Nul alleged wrongdoing by the Egyptian courts and Egypt raised an argument based on *Lucchetti*. The tribunal decided that Jan de Nul's claims "address the actions of the court system as such, and are thus separate and distinct from the conduct which formed the subject matter of the domestic proceedings" (C II, para. 299; Tr. at 273:12-23; HC3 p. 41). The tribunal admitted the centrality of the domestic claims in the dispute, but deemed that the Egyptian court's actions constituted "the intervention of a new actor" and therefore "that the original dispute has (re)crystallized into a new dispute" (C II, para. 301; Tr. at 273:24-274:8). The tribunal also specifically rejected the argument that this allowed the claimants "to disguise their contract case as a treaty case" (C II, para. 300).

260. The Claimants also contend that the Tribunal has jurisdiction *ratione temporis* because Article VI(1)(a) confers jurisdiction over disputes relating to an "investment agreement." According to the Claimants' interpretation, this article covers claims under domestic and customary international law as well as BIT violations. Any other interpretation would render Articles VI(1)(a) and (b) meaningless, since those claims would already be subsumed under Article VI(1)(c) (C II, para. 304).

261. The Claimants note that the Respondent does not argue that the 1973 and 1977 Agreements are not "investment agreements," but that the agreements ceased to exist prior to the entry into force of the BIT (see Section J.IV above). The Claimants counter that even if this is the case, under Article VI(1)(a) the Tribunal would still have jurisdiction over claims that arise out of or relate to those agreements under domestic or customary international law (C II, para. 305). The temporal limitations that apply to BIT claims would not apply to non-treaty claims. The Claimants submit that the Tribunal has jurisdiction as long as a given dispute concerning an investment agreement either arises or continues to exist after the BIT entered into force (C II, paras. 306-307; Tr. at 281:18-282:4; HC3 p. 45).

262. In this regard, the Claimants distinguish two cases cited by the Respondent. In *M.C.I. Power v. Ecuador*, the claimants only argued for jurisdiction over substantive treaty violations under Article VI(1)(c) and the *M.C.I.* tribunal did not decide the scope of jurisdiction under VI(1)(a) (C II, para. 308). In *Mondev v. United States*, the tribunal dismissed the claims simply because NAFTA does not contain any provision allowing non-treaty claims equivalent to Article VI(1)(a) of the BIT (C II, paras. 309-310).

3 The Tribunal

263. As mentioned above, the detailed analyses of the relevant principles and jurisprudence submitted by the Parties have been helpful for this Tribunal. The following considerations of the Tribunal, without addressing all the arguments of the Parties, concentrate on what the Tribunal itself considers to be determinative on jurisdiction.

264. In the examination of jurisdiction under Article VI of the BIT, given the Tribunal's finding of an "existing investment" at the time of entry into force, the Tribunal sees no need to conduct a separate examination of jurisdiction over disputes. However, because the Parties have exchanged wide-ranging argument on jurisdiction *ratione temporis* regarding pre-existing disputes, the Tribunal will briefly address this issue as well.

265. As discussed in the section dealing with “investment” (Section J.III.3 above), Article XII(1) of the BIT makes an exception to the principle of non-retroactivity in accordance to Article 28 VCLT. Under Article XII(1), the present BIT applies as long as there are “investments existing at the time of entry into force.” The BIT’s temporal restrictions refer to “investments” and not disputes. Thus, the BIT covers any dispute as long as it is a dispute arising out of or relating to “investments existing at the time of entry into force.”

266. Again, this is not an issue of retroactivity, but of application of the specific rule to be found in Article XII of the BIT. The *Luchetti* and *Vieira* decisions were based on the wording in the respective BITs’ temporal provisions. In contrast to the present BIT, those BITs specifically concerned themselves with temporal restrictions on “disputes” and not just “investments.”

267. Given the fulfillment of the temporal conditions of Article XII(1) and the absence of any further temporal restriction on disputes, the word “disputes” must simply be given its ordinary meaning as highlighted in the Claimants’ quote of Waldock above. The ILC Commentary of Sir Arthur Watts, also cited by the Claimants, repeats this idea:

The question has come under consideration in international tribunals in connexion with jurisdictional clauses providing for the submission to an international tribunal of “disputes,” or specified categories of “disputes,” between the parties. The Permanent Court said in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case:

“The Court is of opinion that, in cases of doubt, jurisdiction based on an international agreement embraces all disputes referred to it after its establishment ... The reservation made in many arbitration treaties regarding disputes arising out of events previous to the conclusion of the treaty seems to prove the necessity for an explicit limitation of jurisdiction and, consequently, the correctness of the rule of interpretation enunciated above.”

This is not to give retroactive effect to the agreement because, by using the word “disputes” without any qualification, the parties are to be understood as accepting jurisdiction with respect to all disputes *existing* after the entry into force of the agreement. [emphasis in original]

268. The Claimants are also correct in their view of the *Tradex Hellas* case. The *Tradex* tribunal refused jurisdiction under the BIT because the expropriation complained of and the filing of the arbitration occurred before the entry into force of the BIT. To take jurisdiction in light of either of these factors would require clear retroactive application of the BIT’s respective substantive or jurisdictional provisions. In the present case, however, the Claimants base their claims on post-BIT conduct and commenced the arbitration after entry into force of the BIT.

269. In any event, the Tribunal concludes that the present dispute has arisen after the entry into force of the BIT. As stated in the preceding section on “investment agreements,” a customary international law claim for denial of justice is a fundamentally different claim than a domestic law claim for breach of contract. The *Jan de Nul* tribunal came to the same conclusion:

Admittedly, the previous dispute is one of the sources of the present dispute, if not the main one. It is clear, however, that ... [s]ince the Claimants also base their claim upon the decision of the Ismaïlia Court, the present dispute must be deemed a new dispute.

The intervention of a new actor, the Ismaïlia Court, appears here as a decisive factor to determine whether the dispute is a new dispute. As the Claimants' case is directly based on the alleged wrongdoing of the Ismaïlia Court, the Tribunal considers that the original dispute has (re)crystallized into a new dispute when the Ismaïlia Court rendered its decision.

Under these circumstances, the Tribunal considers that the decision of the Ismaïlia Court is, in the words of the *Luchetti* award, "a legally relevant element that compels a ruling that the dispute before this Tribunal is a new dispute." Hence, the Tribunal concludes that the present dispute arose on 22 May 2003. [citations omitted]

270. Similarly in the present case, separate from and subsequent to the disputes relating to breaches of the 1973 and 1977 Agreements, the Claimants have alleged actions (or inaction) of the Ecuadorian courts that have crystallized into a new dispute over denial of justice. This new dispute only arose after the entry into force of the BIT."²⁹

(...)

"J.VII. Jurisdiction *Ratione Temporis* regarding Pre-BIT Acts

1 Arguments by the Respondent

271. The second prong of the Respondent's *ratione temporis* objections posits that the Tribunal lacks jurisdiction to evaluate the wrongfulness of pre-BIT acts or facts (R II, para. 120; Tr. at 207:15-24). This objection is based on the wording of Article 28 VCLT. It also relies on Article 13 of the ILC's Draft Articles:

An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs.

(R II, para. 122)

272. The fifteen year period during which Claimants allege that they have been denied justice includes a period of four to six years prior to the BIT's entry into force during which Ecuador had no BIT obligations to the Claimants. Thus, the Tribunal cannot assume jurisdiction over these events and evaluate them according to standards of protection that did not exist at the time of those events (R II,

paras. 130-131; Tr. at 207:24-208:15; R IV, paras. 160, 195).

273. The Respondent further objects on the basis that the alleged violation of the BIT by Ecuador is a "situation that ceased to exist" according to Article 28 VCLT. According to the Respondent's version of events, TexPet's operations and investments in Ecuador, as well as its rights under the 1973 and 1977 Agreements, were terminated according to an agreement between the Parties on June 6, 1992. Therefore, the Concession Agreements as well as TexPet's operations and investments constitute a "situation that ceased to exist" several years before the BIT's entry into force (R II, paras. 151-152).

2 Arguments by the Claimants

274. The Claimants contest that the principle of non-retroactivity requires a claim to be based purely on acts and omissions after the entry into force of the BIT. "The principle that a treaty does not apply to acts which occurred before it entered into force does not mean that it cannot apply to acts occurring after that date but which have reference to investments made before that date" (C II, para. 223).

275. The Claimants point to the ILC Commentary on Article 15 of the Draft Articles on State Responsibility: "the non-retroactivity principle 'need not prevent a court taking into account earlier actions or omissions for other purposes,' such as 'to establish a factual basis for the later breaches'" (C II, para. 244; Tr. at 275:9-13; HC3 p. 43).

276. The Claimants further counter this objection by citing passages from the NAFTA case *Mondev v. United States* – a case that is also relied upon by the Respondent. The *Mondev* decision stated that,

as the Feldman Tribunal held, conduct committed before 1 January 1994 cannot itself constitute a breach of NAFTA.

On the other hand, it does not follow that events prior to the entry into force of NAFTA may not be relevant to the question whether a NAFTA Party is in breach of its Chapter 11 obligations by conduct of that Party after NAFTA's entry into force. To the extent that the last sentence of the passage from the Feldman decision appears to say the contrary, it seems to the present Tribunal to be too categorical, as indeed the United States conceded in argument.

Thus events or conduct prior to the entry into force of an obligation for the respondent State may be relevant in determining whether the State has subsequently committed a breach of the obligation. But it must still be possible to point to conduct of the State after that date which is itself a breach.

(C II, paras. 239, 241)

277. On the basis on the above, the *Mondev* tribunal proceeded to determine the treaty compliance of

certain U.S. court decisions that concerned pre-BIT State conduct. The Claimants also reference a series of other decisions in which they assert that pre-treaty conduct was relied on when determining whether a post-treaty breach had occurred (C II, paras. 246-249).

278. Finally, the Claimants also insist that the non-retroactivity principle “is not infringed by applying the treaty to continuing violations and composite breaches that occur when the treaty is in force, even if those acts began before the treaty became effective” (C II, para. 224). In support of this proposition, the Claimants cite the ILC Commentary to a draft that later became Article 28 VCLT:

If, however, an act or fact or situation which took place or arose prior to the entry into force of a treaty continues to occur or exist after the treaty has come into force, it will be caught by the provisions of the treaty. The non- retroactivity principle cannot be infringed by applying a treaty to matters that occur or exist when the treaty is in force, even if they first began at an earlier date.

(C II, para. 226; HC3 p. 43)

3 The Tribunal

279. As mentioned above, the detailed analyses of the relevant principles submitted by the Parties have been helpful for this Tribunal. The following considerations of the Tribunal, without addressing all the arguments of the Parties, concentrate on what the Tribunal itself considers to be determinative on jurisdiction.

280. Again, in the examination of jurisdiction under Article VI of the BIT, given the Tribunal’s finding of an “existing investment” at the time of entry into force, the Tribunal finds no need to conduct a separate examination as to its jurisdiction over acts. However, since the Parties have exchanged wide-ranging argument on jurisdiction *ratione temporis* regarding pre-BIT acts, the Tribunal will briefly deal with this issue as well.

281. For the reasons given in more detail above in the section dealing with “investment” (Section J.III.3), this is not an issue of the non-retroactivity of treaties, but rather of the application of the specific rules found in Article XII(1) of the BIT and Article 13 of the ILC Draft Articles on State Responsibility.

282. The Tribunal accepts that, according to Article 13 of the ILC Draft Articles, acts or facts prior to the entry into force of the BIT cannot on their own constitute breaches of the BIT, given that the norms of conduct prescribed by the BIT were not in effect prior to its date of entry into force. Moreover, the Tribunal agrees with the decision in the *Mondev* case that “[t]he mere fact that earlier conduct has gone unremedied or unredressed when a treaty enters into force” does not justify a tribunal applying the treaty retrospectively to that conduct. That rule is also embodied in Article 14(1) of the ILC Draft Articles:

The breach of an international obligation by an act of a State not having a continuing character occurs at the moment when the act is performed, even if its effects continue.

283. However, as the Claimants have argued, this does not mean that a breach must be based solely on acts occurring after the entry into force of the BIT. The meaning attributed to the acts or facts post-dating the entry into force may be informed by acts or facts pre-dating the BIT; that conduct may be considered in determining whether a violation of BIT standards has occurred after the date of entry into force. The Tribunal again agrees with the passage from the *Mondev* award cited by the Claimants in this regard:

[E]vents or conduct prior to the entry into force of an obligation for the respondent State may be relevant in determining whether the State has subsequently committed a breach of the obligation. But it must still be possible to point to conduct of the State after that date which is itself a breach.

284. In the present case, a portion of the Respondent's alleged acts or omissions constituting a denial of justice may pre-date the entry into force of the BIT. A finding of denial of justice may thus require taking into account pre-BIT acts. However, as already discussed, the Claimants held an "existing investment" at the time of entry into force of the BIT. That investment, as it exists, has been influenced by acts and omissions occurring prior to the entry into force of the BIT. The Tribunal is thus satisfied that the alleged improper action or inaction by the Ecuadorian courts post-dating the BIT's entry into force could still amount to a denial of justice that, in turn, could constitute a violation of the BIT's substantive standards."³⁰

(...)

"J.VIII. Continuing and Composite Acts

1 Arguments by the Respondent

285. The Respondent disputes the Claimants' characterization of the alleged breaches as a "composite act." The Respondent also asserts that the allegation of a "composite act" does not allow the Claimants to circumvent the temporal limitations of the BIT.

286. According to the Respondent, the definition of a "composite act" is itself limited by the temporal ambit of the BIT. The Respondent argues that a "composite act" consists of a series of individual acts or omissions that are not in conformity with a given international obligation. As such, the acts or omissions that make up a "composite act" must postdate the entry into force of the given obligation. In support of this point, the Respondent cites the commentary to Article 15 of the ILC Draft Articles:

[T]he State must be bound by the international obligation for the period during which the series of

acts making up the breach is committed. In cases where the relevant obligation did not exist at the beginning of the course of conduct but came into being thereafter, the “first” of the actions or omissions of the series for the purposes of State Responsibility will be the first occurring after the obligation came into existence.

(R II, para. 136)

287. The Respondent further posits that a “composite act” must consist of at least two acts or omissions occurring after the BIT’s entry into force. The Respondent submits, however, that the only post-entry into force act complained of here is the alleged “politicization of the courts” in 2004. Thus, given only one admissible act to examine, there exists no series of acts making up a “composite act” (R II, paras. 137-138).

288. *Generation Ukraine* is cited as an example of a situation where the tribunal rejected a claim that a series of acts straddling the entry into force of a BIT constituted expropriation. In that case, non-retroactivity barred the consideration of the acts predating the BIT, leaving the claimant unable to substantiate an expropriation claim (R II, para. 139).

289. Alternatively, the Respondent contends that even if the alleged contractual breaches were not barred *ratione temporis*, those breaches and the politicization of the Ecuadorian courts do not exhibit the requisite complementarity to be composite acts. The Report of the ILC on its Thirtieth Session is referred to in this respect:

[T]he composite act of the State does not consist of a single course of conduct extending over a period of time but remaining the same; it consists of a series of individual acts of the State succeeding each other in time, that is to say, a sequence of separate courses of conduct, actions or omissions, adopted in separate cases, but all contributing to the commission of the aggregate act in question. The performance of these individual acts is required to fulfill the conditions for the breach of an international obligation, which consists precisely in prohibiting the commission of the aggregate act that is the resultant of the sum of the individual acts. . . . To conclude, the distinctive common characteristic of State acts of the type here considered is that they comprise a sequence of actions which, taken separately, may be lawful or unlawful, but which are interrelated by having the same intention, content, and effects, although relating to different specific cases.

(R II, para. 140)

290. The politicization of the Ecuadorian courts is substantially disconnected from the alleged contractual breaches that form the basis of the claim. Moreover, “the same intention, content, and effects” are not present because the politicization of the courts is a general event that was not specifically targeted at the Claimants (R II, paras. 141-143; Tr. at 210:22-211:8).

291. The Respondent rejects the Claimants’ assertion that the alleged breaches constitute a “continuing act” on largely the same basis. Ecuador is not responsible under the BIT for acts prior to the date of entry into force. The contractual breaches that are alleged to have commenced the continuing act were not unlawful at that time and are barred from consideration by the Tribunal. Therefore, since the starting point for the continuing act is excluded, there is no act or violation within

the Tribunal's jurisdiction which can be considered to be "continuing" (R II, paras. 144-148). The Respondent cites a particular passage from *Mondev v. United States* in this respect:

The mere fact that earlier conduct has gone unremedied or unredressed when a treaty enters into force does not justify a tribunal applying the treaty retrospectively to that conduct. Any other approach would subvert both the intertemporal principle in the law of treaties and the basic distinction between breach and reparation which underlies the law of State responsibility.

(R II, para. 148)

The Respondent quotes from Waldock's Third Report as well:

The mere continuance of a situation after a treaty comes into force does not suffice to bring the fact which produced that situation within the regime of the treaty. The matter claimed to fall under the provisions of the treaty must itself occur or arise after the treaty came into force.

(R IV, para. 183)

2 Arguments by the Claimants

292. According to the Claimants, in determining whether State conduct constitutes a continuing or composite act, "the critical distinction is one between a continuing breach and a breach that has been consummated but the effects of which continue to be felt" (C II, para. 229; HC3 p. 44). The Claimants also cite *SGS v. Philippines* as an example of a tribunal holding that "the failure to pay sums due under a contract is an example of a continuing breach," despite the fact that the refusal of payment manifested itself before the BIT entered into force (C II, para. 232).

293. The Claimants disagree with the Respondent's argument that a continuing or composite act must be based on more than one post-BIT entry into force act and that the Claimants have only alleged one such act. First, they respond that "the destruction of Ecuadorian judicial independence is itself a continuing and composite wrong, consisting of numerous related acts that began in 2004 and continues more than three years later" (C II, paras. 236). Second, they state that the Respondent's argument "ignores that the treaty and denial of justice customary international law violations of which Claimants complain occurred wholly after the BIT entered into force," including by undue delay, incompetent and unjust decisions, and acts of bias in the Claimants' cases after May 11, 1997 (C II, paras. 236).

294. The Claimants further counter the objection that pre-BIT conduct is absolutely outside of the Tribunal's jurisdiction by relying on the NAFTA cases of *Feldman v. Mexico* and *Mondev v. United States*, including in particular, the following passage from *Feldman*:

[I]f there has been a permanent course of action by Respondent which started before [NAFTA's

entrance date] and went on after that date and which, therefore, “became breaches” of [NAFTA] on that date ... that [post- entrance-date] part of Respondent’s alleged activity is subject to the Tribunal’s jurisdiction, as the Government of Canada points out ... and also Respondent [Mexico] concedes.
(C II, para. 238)

3 The Tribunal

295. As mentioned above, the detailed analyses of the relevant principles and jurisprudence submitted by the Parties have been helpful for this Tribunal. The following considerations of the Tribunal, without addressing all the arguments of the Parties, concentrate on what the Tribunal itself considers to be determinative on jurisdiction.

296. This section overlaps to a great extent with the preceding sections and the Tribunal again considers that, given its finding of an “existing investment” at the time of entry into force, there is no need to conduct a separate examination as to its jurisdiction over specific acts. However, since the Parties have exchanged wide-ranging argument on jurisdiction *ratione temporis* regarding pre-BIT acts, the Tribunal will shortly deal with this issue as well.

297. For the reasons given in more detail above in the section dealing with “investment” (Section J.III.3 above), this is again not an issue of the non-retroactivity of treaties, but of the application of the specific rules found in Article XII(1) of the BIT and Article 15 of the ILC Draft Articles on State Responsibility.

298. In regard to continuing acts, the impugned delays by the Ecuadorian courts have already been found to have existed at the date of entry into force of the BIT and to have continued afterwards. Therefore, the Tribunal finds that the Respondent has engaged in a “permanent course of action” in the sense used in the passage from Feldman cited by the Claimants above. Given that the temporal scope set by Article XII(1) specifies that the BIT applies to acts or situations affecting “investments existing at the time of entry into force,” the Tribunal finds that the Respondent’s continuing conduct in relation to the seven lawsuits could constitute a denial of justice within the Tribunal’s jurisdiction under the BIT.

299. With regard to the continuing acts, the Watts ILC Commentary explained as follows:

If, however, an act or fact or situation which took place or arose prior to the entry into force of a treaty continues to occur or exist after the treaty has come into force, it will be caught by the provisions of the treaty. The non- retroactivity principle cannot be infringed by applying a treaty to matters that occur or exist when the treaty is in force, even if they first began at an earlier date.

300. As for composite acts, the Respondent cites the commentary to Article 15 of the ILC Draft Articles for the idea that a composite act must be based exclusively on post-BIT conduct. While the commentary seems superficially to support this position, it is in light of the wording of Article 15 that

the Commentary must be read. Article 15 reads as follows:

Article 15

Breach consisting of a composite act

1. The breach of an international obligation by a State through a series of actions or omissions defined in aggregate as wrongful, occurs when the action or omission occurs which, taken with the other actions or omissions, is sufficient to constitute the wrongful act.

2. In such a case, the breach extends over the entire period starting with the first of the actions or omissions of the series and lasts for as long as these actions or omissions are repeated and remain not in conformity with the international obligation.

301. In the present case, the "acts" alleged here are the actions and inaction of the Ecuadorian courts in relation to the Claimants' lawsuits. Article 15(1) thus establishes that a BIT breach can only have arisen when the actions or inaction of the Ecuadorian judiciary, when "taken with [its] other actions or omissions," became sufficient to constitute a denial of justice. In accordance with Article 13 of the ILC Draft Articles, that breach must have arisen, if at all, after the BIT entered into force. Meanwhile, Article 15(2) merely provides that the denial of justice persists for as long as the Ecuadorian courts continue and repeat the actions or omissions alleged. In light of the above, the commentary cited by the Respondent merely clarifies that the alleged breach commenced upon the occurrence of the action or inaction that consummated the denial of justice. As discussed in the preceding section, it does not, however, establish that pre-BIT acts may not be taken into account in evaluating when the denial of justice arose. Thus, the Tribunal finds that, if true, the Respondent's alleged conduct could constitute a composite act giving rise to a denial of justice within its jurisdiction."³¹

3.20 De Rechtbank heeft er in rov. 2.7 op gewezen dat arbiters zich bevoegd hebben verklaard en dat zij de schadevergoedingsverplichting hebben gebaseerd op "denial of justice" "omdat in de zeven procedures bij de Ecuadoriaanse gerechten niet tijdig vonnis is geweest". Zij leidt dat kennelijk af uit hetgeen in de "Partial Award on the Merits" van 30 maart 2010 onder het hoofdje "Decisions" is verwoord. Dat oordeel wordt in appel niet bestreden. Nochtans lijkt goed het oordeel wat te preciseren. Arbiters baseren in de "Decisions" onder 2 hun oordeel op art. II lid 7 BIT en laten onder 4 nadrukkelijk in het midden of ook sprake is van schending van "customary international law".

4. Stond de weg voor Chevron open naar de Inter-Amerikaanse Commissie voor de Rechten van de Mens?

4.1 Zoals hiervoor aangegeven heeft Chevron een BIT-arbitrage aanhangig gemaakt omdat volgens haar sprake was van "denial of justice", volgens arbiters daarin bestaande dat de procedures bij de rechter te Ecuador te lang hebben geduurd. Ik heb mij ambtshalve de vraag gesteld of Chevron niet eerst de weg naar de Inter-Amerikaanse Commissie voor de Rechten van de Mens had moeten bewandelen. Weliswaar is die vraag in deze procedure niet aan de orde gesteld, maar het antwoord zou wellicht enig gewicht in de schaal kunnen leggen wanneer deze vraag bevestigend had moeten worden beantwoord.

4.2 De Inter-Amerikaanse Commissie voor de Rechten van de Mens heeft de zojuist bedoelde vraag ontkennend beantwoord; evenals het Hof.³²In *Tomas Enrique Carvallo Quintana v. Argentina*³³ overwoog de Commissie:

"55. The jurisprudence of the Commission is consistent in indicating that claims raised before it that were litigated before the national courts in the name of juridical persons as opposed to

individual victims are not admissible, because the Commission lacks the competence *ratione personae* to examine claims which concern the rights of juridical persons. This is indicated quite directly in the preamble of the American Convention, which indicates that "the essential rights" protected are "based on attributes of the human personality," Article 1(1), which speaks to the obligation of the State to respect and ensure the rights of "all persons" subject to its jurisdiction, and Article 1(2) which defines "person" as "every human being." The present case discloses no elements to justify a change in the Commission's practice in this regard."³⁴

4.3 In een vrij uitvoerig gemotiveerd arrest in de zaak *Cantos v. Argentina* illustreert het Inter-Amerikaanse Hof dat en waarom deze interpretatie in voorkomende gevallen onbevredigend is. Het slijpt er daarom de scherpe kantjes van af.³⁵ Het Hof oordeelde als volgt:

"22. The first preliminary objection that the Court will analyze and decide on relates to Article 1(2) of the American Convention which states: "For the purposes of this Convention, "person" means every human being." Based on this text, Argentine maintains that the American Convention is not applicable to legal entities and that the companies of José María Cantos, which have been incorporated under different regimes, are therefore not protected by Article 1(2) of the Convention.

23. To support its argument, the State invokes the practice of the Inter-American Commission with regard to the interpretation of Article 1(2) of the Convention and cites the following two passages, among others, extracted from statements made by the Commission:

[t]hat the Preamble to the American Convention on Human Rights and also the provisions of Article 1(2) establish that 'for the purposes of this Convention, "person" means every human being' and, therefore, the system of natural persons and does not include legal entities [... c]onsequently, in the inter-American system, the right to property is a personal right and the Commission has authority to protect the rights of an individual whose property is confiscated, but does not have jurisdiction over the rights of legal entities, such as companies, or banking institutions, as in this case.

[...] according to the second paragraph of the norm transcribed above [Article 1], the person protected by the Convention is 'every human being' [...]. Hence, the Commission considers that the Convention grants protection to natural persons, excluding legal entities from its sphere of application, because they are legal fictions and lack real material existence.

24. For the time being, it will be useful to accept the interpretation suggested in the passages cited above and the consequences it would have. According to this opinion, a civil or commercial company that suffered a violation of its constitutional rights, such as the inviolability of defense in a lawsuit or the impunity of its correspondence, would be unable to invoke Article 25 of the Convention merely because it was a legal entity. Similar examples could be mentioned with regard to Articles 10 and 24 of the Convention, among others.

25. It is also worth examining Article 21 of the American Convention with regard to private property, which is the subject of this case. According to the interpretation suggested by Argentina, which the Commission appears to share, if a landowner acquires a harvesting machine to work his fields and the Government confiscates it, he would be protected by Article 21. But if, instead of a landowner, it was a case of two poor farmers who formed a company to buy the same harvester and the Government confiscated it, they would not be able to invoke the American Convention because the harvester in question would be owned by a company. Now, if these same farmers, instead of constituting a company, bought the harvester in co-ownership, the Convention could protect them because, according to a principle that goes back to Roman law, co-ownership does not constitute a legal entity.

26. All legal norms always refer to human conduct and describe it as permitted, prohibited or obligatory. When a legal norm attributes a right to a company, it presumes a voluntary association

of persons who establish a joint capital fund to collaborate in operating a company in order to obtain individuals benefits, by sharing the profits. The law offers the individual a wide range of alternatives to regulate his relations with other individuals and to limit his responsibility. Thus, there are general partnerships, corporations, limited responsibilities, limited partnerships, etc. In any case, this organized union allows for the coordination of individual efforts in order to attain a greater common goal. Accordingly, a legal entity that is different from its components is constituted; this, in turn, establishes a capital fund, which presumes a movement of things or rights from the patrimony of the partners to the company, introducing limits in the responsibility of these partners towards third parties. In this respect, the International Court of Justice in the *Barcelona Traction case* has differentiated between the rights of the shareholders of a company and those of the company itself, indicating that domestic legislation grants shareholders specific direct rights, such as those of receiving the agreed dividends, attending and voting at general meetings, and receiving part of the assets of the company when it is liquidated.

27. In the case *sub judice*, Argentina asserts that legal entities are not included in the American Convention and, therefore, its provisions are not applicable to them, since they do not have human rights. However, the Court observes that, in general, the rights and obligations attributed to companies become rights and obligations for the individuals who comprise them or who act in their name or representation.

28. In addition, we could recall the Vienna Convention on the Law of Treaties in this respect, as this Court has on several occasions¹⁰, and affirm that the interpretation alleged by the State leads to unreasonable results, because it implies removing an important group of human rights from protection by the Convention.

29. This Court considers that, although the figure of legal entities has not been expressly recognized by the American Convention, as it is in Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, this does not mean that, in specific circumstances, an individual may not resort to the inter-American system for the protection of human rights to enforce his fundamental rights, even when they are encompassed in a legal figure or fiction created by the same system of law. However, it is worth making a distinction in order to identify which situations could be examined by this Court within the framework of the American Convention. In this respect, this Court has already examined the possible violation of the rights of individuals when they are shareholders.”

4.4 In de doctrine wordt aangenomen dat de enkele omstandigheid dat de weg naar het EHRM of de Inter-Amerikaanse Commissie of het Hof wél open zou staan, niet meebrengt dat geen arbitrage onder een BIT aanhangig kan worden gemaakt. Kriebaum³⁶ schrijft er het volgende over:

“Although not originally designed as a body for the settlement of investment disputes, the ECtHR today must be counted among these bodies. The property protection offered under the ECHR, however, has a number of disadvantages compared to international investment protection. The biggest comparative disadvantages of the human rights system for investors are: first, that the ECHR in principle offers no protection for indirect damages of shareholders;³⁷ second, the compulsory requirement to exhaust local remedies; and third the possibility to be awarded less than full compensation in case of a violation of the Convention. Furthermore, the issue of awarding compensation could be further improved under the ECHR both in terms of the ECtHR’s methodology and the reasons given.

The biggest advantage of the ECHR is the absence of the nationality requirement found in international investment law. Therefore, an investor who has no BIT or other investment protection treaty providing for the jurisdiction of an arbitral tribunal at its disposal and has invested in one of the states parties to the ECHR and its Additional Protocol can rely on the property protection offered by the Convention.

Furthermore, where the investment protection treaty only provides for jurisdiction in case of an expropriation and no expropriation has occurred, the comprehensive property protection of the ECHR is an option. Especially in cases where the interference was unlawful, there is a good chance

to obtain redress before the ECtHR.

A further asset is the proportionality approach developed by the ECtHR in its case law to balance property protection interests and applicants with the state's interest to interfere with property rights for a public purpose. Investors therefore do not risk getting 'all' or 'nothing' in case of an interference with their property rights.

Ultimately, the two systems are not really alternatives, since they do not exclude each other. In typical investment cases, investment arbitration offers clear advantages. However, the human rights system can serve as a useful complement. Furthermore, the two systems could and should cross-fertilize each other."³⁸

4.5 Op grond van dit een en ander kunnen we m.i. de Inter-Amerikaanse dimensie verder buiten beschouwing laten.

5 Denial of justice

- 5.1 In dit stadium van de rechtsstrijd is niet meer aan de orde of inderdaad, zoals arbiters hebben aangenomen, sprake was van denial of justice, bestaande uit het te traag malen van de molens van het rechterlijk apparaat in Ecuador.³⁹ Arbiters hebben hun bevoegdheid in deze gebaseerd op art. II lid 7 BIT,⁴⁰ een bepaling die volgens hen "relatively rare" zou zijn en waarover slechts in beperkte mate eerdere uitspraken voorhanden waren (sub 241). Naar het oordeel van arbiters was uitputting van lokale rechtsmiddelen, die volgens Ecuador wel bestonden,⁴¹ heel kort gezegd – in casu geen vereiste onder de vigeur van art. II lid 7 BIT.⁴² Daaraan deed niet af dat "a claimant is required to make use of all remedies that are available and might have rectified the complained of", terwijl een "highly likelihood of success of these remedies is not required".⁴³ Naar het oordeel van arbiters kan worden gezegd dat "the delay itself usually evidences the general futility of all remedies except those that specifically target the delay." Vervolgens bespreken arbiters een aantal concrete mogelijkheden die door Ecuador zijn genoemd; zij achten deze – kort gezegd – niet toereikend. Met betrekking tot "recusals" oordelen ze – op m.i. niet overdonderend overtuigende gronden – dat ook daarvan weinig heil viel te verwachten, waarbij ze aantekenen dat grote voorzichtigheid past bij "retrospectively questioning strategic litigation decisions."⁴⁴
- 5.2 De benadering van arbiters is gevolgd in een andere en latere arbitrageprocedure, waarin Brower eveneens één van de arbiters was.⁴⁵ Zij vindt in de doctrine steun bij sommige schrijvers⁴⁶ en kritiek bij andere auteurs.⁴⁷
- 5.3 Ik behoef verder niet in te gaan op de vraag hoe ik aankijk tegen het arbitrale oordeel met betrekking tot de vraag of "undue delay" kan worden gerubriceerd onder art. II lid 7 BIT, de aanname dat van "undue delay" sprake was en het oordeel dat uitputting van lokale rechtsmiddelen in de gegeven omstandigheden niet kon worden gevegd. Immers heeft Ecuador op dit punt de strijd opgegeven in deze procedure. Zij heeft het thema in eerste aanleg vanuit een aantal invalshoeken aan de orde gesteld. De Rechtbank is daarop niet ingegaan. In appel is Ecuador op deze kwestie(s) niet meer teruggekomen. In cassatie evenmin, wat naar Nederlands recht trouwens onmogelijk zou zijn geweest nu zij op dit punt in appel geen grieven had ontwikkeld.
- 5.4 In cassatie zal dus moeten worden aangenomen – om algemeen aanvaarde redenen van Nederlands procesrecht, neergeslagen in de wet en in vaste rechtspraak⁴⁸ – dat sprake is van een "denial of justice" en dat deze kan worden gebracht onder de vigeur van art. II lid 7 BIT. Toch lijkt goed om kort bij dit thema te verwijlen.
- 5.5 Het navolgende sluit niet (goed) aan bij het betoog van partijen, maar dat is m.i. geen onoverkomelijk beletsel om het toch aan de orde te stellen, zoals hierna wordt toegelicht.
- 5.6.1 Het begrip "denial of justice" of, huiselijker uitgedrukt, het niet kunnen krijgen van zijn recht,

is een begrip dat in veel discussies in mijn ogen wat eenzijdig is gekleurd vanuit "Westerse optiek".⁴⁹ Natuurlijk is juist en belangrijk dat binnen een redelijke termijn rechterlijke oordelen moeten kunnen worden verkregen. Wanneer die mogelijkheid niet bestaat, is sprake van een situatie die zeker niet optimaal is vanuit het oogpunt van rechtsbescherming. Daaraan doet niet af dat het hier gaat om een veel voorkomend euvel, ook in Europa. De eindeloze stroom arresten van het EHRM tegen verschillende (ook West Europese) landen spreekt hier boekdelen.⁵⁰ Het valt zeker toe te juichen dat tegen dit euvel iets kan worden ondernomen, daargelaten of de door de verschillende mensenrechtenverdragen op dit punt geopende rechtsgang *daadwerkelijk* steeds of zelfs maar vaak voldoende soelaas biedt; zie ook hiervoor onder 4. Op zich is goed begrijpelijk dat investeerders geïnteresseerd zijn in daadwerkelijke beslechting van hun geschillen vóór Sint Juttemis.

5.6.2 Hetzelfde zou kunnen worden gezegd van rechtsstelsels waar wel recht te krijgen is, maar waarin de toegang tot de rechter wordt bemoeilijkt door erg hoge kosten; een problematiek die in ons land thans actueel is.

5.7 Merkwaardiger is m.i. de focus die in dit soort zaken vooral lijkt te zijn gericht op formele feilen. Het niet kunnen verkrijgen van een uitspraak binnen redelijke termijn is in mijn ogen minder ernstig dan het *in het geheel niet* kunnen verzilveren van een "recht". Daarmee kom ik op glad ijs, want over de vraag wanneer sprake is van een "recht" kan men heel verschillend denken. Afhankelijk van de materie waarom het gaat, zijn de verschillen tussen de rechtsstelsels groot of juist klein.⁵¹ Bovendien staat het de nationale wetgever, binnen grenzen bepaald door het internationale recht,⁵² vrij om de deur op bepaalde terreinen te sluiten.

5.8 Ter illustratie van mijn punt dat het niet kunnen halen van "recht" zeker even belangrijk is als het niet binnen redelijke termijn kunnen krijgen van een beslissing bespreek ik enkele voorbeelden. Men vergeve mij dat het wellicht gaat om wat beladen voorbeelden. Ik heb ze met opzet gekozen omdat ze mijn punt goed illustreren. Het gaat om voorbeelden die zijn gelegen op terreinen die ver liggen van BIT-kwesties.⁵³

5.9 De doodstraf is in een aantal landen, betrekkelijk willekeurig verdeeld over de aardbol, nog steeds niet afgeschaft. Art. 6 lid 2 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten⁵⁴ erkent en billijkt dat er landen zijn waarin deze nog bestaat. Het tweede facultatieve Protocol bij het zojuist genoemde verdrag⁵⁵ verplicht elke staat die partij is alle maatregelen te nemen om de doodstraf onder zijn rechtsmacht af te schaffen (art. 1 lid 2). Als ik het goed zie, wordt zo langzamerhand de doodstraf vaak gezien als een inhumane straf die niet meer past in de huidige tijd.⁵⁶ Nochtans is er zeker niet in elk land iets tegen te doen; ook niet in sommige landen met een voorbeeldige rechtspraak en hoog gekwalificeerde integere rechters, zoals de Verenigde Staten.

5.10.1 Een ander voorbeeld is de rassensegregatie. De Universele Verklaring van de rechten van de mens⁵⁷ bevat twee bepalingen die de vrijheid, gelijkwaardigheid van mensen en het verbod van discriminatie betreffen.⁵⁸ Ook de Amerikaanse Declaration of Independence sprak daarvan: "All men are created equal." Zoals bekend werd deze gelijkheid voor de Universele Verklaring niet alom erkend, laat staan in de praktijk gebracht. Nog slechts ruim een eeuw geleden oordeelde de Amerikaanse Federal Supreme Court dat "it [the Fourteenth amendment] could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to endorse social, as distinguished from political, equality ... If one race be inferior to the other socially, the Constitution (...) cannot put them upon the same plane."⁵⁹

5.10.2 Het duurde nog ruim een halve eeuw voordat de Supreme Court overstag ging in *Brown v. Board of Education*.⁶⁰

5.11 Een laatste en beladen voorbeeld is klimaatverandering. Zoals bekend is de gangbare

wetenschappelijke opvatting dat de wereld afstevent op rampen van een onvoorstelbare omvang en ernst wanneer de uitstoot van CO2 niet héél spoedig drastisch wordt beperkt.⁶¹ Nochtans is zéér de vraag of vorderingen strekkend tot zodanige beperking in veel landen een gunstig onthaal zullen vinden,⁶² al zien gezaghebbende auteurs bij sommige rechters wel kansen.⁶³

- 5.12 Aangenomen mag worden dat naar meer gangbare inzichten met betrekking tot specifieke onderwerpen niet kansloze vorderingen nopens investeringen bij sommige nationale rechters geen gunstig onthaal zullen vinden of naar meer gangbare inzichten kansloze vorderingen juist te gemakkelijk.⁶⁴ Art. VI BIT biedt de "investeerder" een keuzemogelijkheid.⁶⁵ Hij kan ervoor kiezen om het geschil voor te leggen aan de overheidsrechter⁶⁶ of aan arbiters (art. VI leden 2 en 3 BIT). Als wordt gekozen voor de overheidsrechter dan is de weg naar arbitrage in beginsel gesloten. Volgens arbiters staat deze dan toch open als sprake is van "denial of justice".
- 5.13 Het ligt voor de hand dat een investeerder in elk geval zal kiezen voor de overheidsrechter wanneer hij verwacht daar de beste kansen te hebben. Ook dat hij de voorkeur zal geven aan arbitrage wanneer hij veronderstelt bij de nationale rechter bot te zullen vangen. De BIT-regeling biedt investeerders aldus het beste van twee werelden. Dat is een gegeven waarop thans niet verder behoeft te worden ingegaan. Het is een keuze die in casu door de verdragsstaten is gemaakt.
- 5.14 De onderhavige zaak kenmerkt zich door de bijzonderheid dat Chevron het geschil eerst aanhangig heeft gemaakt bij de rechter te Ecuador. Eerst toen uitspraken (aanvankelijk) uitbleven, heeft zij zich gewend tot arbiters.
- 5.15 In een setting waarin een investeerder ervoor kiest om het geschil (eerst) aan de overheidsrechter voor te leggen, biedt het BIT m.i. geen bescherming wanneer deze rechter de vorderingen afwijst, tenzij de afwijzingen bijvoorbeeld het gevolg zijn van overheidsinmenging in de rechtspraak en/of de rechter aantoonbaar omkoopbaar was of zelfs *is* omgekocht of wellicht sprake is van *manifest onjuiste* uitkomsten.⁶⁷ De enkele omstandigheid dat de uitspraak op wankelende gronden berust of dat de rechter uit eerlijke overtuiging niet openstaat voor bepaalde vorderingen, gebaseerd op zijn visie op en beoordeling van het recht en een goede rechtsbedeling, is m.i. onvoldoende om de weg naar arbitrage te plaveien.
- 5.16 In zekere zin is onevenwichtig dat de weg naar arbitrage in scenario's als zojuist beschreven wél wordt geopend wanneer het lang duurt om een uitspraak te krijgen, maar niet wanneer er geen reële kans bestaat op een *inhoudelijk gunstige* uitspraak omdat de rechter voor bepaalde vorderingen in het geheel niet openstaat. Deze onevenwichtigheid zien we, ook en misschien wel juist, in Europa vaker. Zou het niet zo kunnen zijn dat we in voorkomende gevallen te veel aandacht hebben voor formaliteiten en te weinig voor inhoud, zo vraag ik soms af.
- 5.17 Doet dit alles er toe voor de vragen die in cassatie aan de orde zijn? Men kan daarover in alle redelijkheid verschillend denken, waarbij ik aanstonds aantekenen dat meer valt te zeggen voor de opvatting dat het er niet (meer) toe doet dan dat het wel enig betekenis zou kunnen hebben, gegeven dat de cassatieklachten, als gezegd, niet inhaken op kwesties als hiervoor besproken. Zelf zou ik menen dat het antwoord op deze ambtshalve aan de orde gestelde kwestie toch niet van ieder belang is gespeend.
- 5.18 Zou de Ecuadoriaanse rechter, die volgens de eigen stellingen van Chevron in veruit het grootste deel van de periode dat het geschil bij hem aanhangig was, aan alle eisen van bekwaamheid, onafhankelijkheid en integriteit voldeed, vóór de inwerkingtreding van het BIT de vorderingen hebben afgewezen of in heel beperkte mate hebben toegewezen, dan zou daarmee voor Chevron bijna zeker het doek zijn gevallen. Zelfs wanneer voor de opvatting van deze rechter(s) weinig te zeggen viel, zolang zij maar niet (bijkans) onverdedigbaar was. Dat zou niet anders zijn geweest wanneer hetzelfde zou zijn gebeurd na de inwerkingtreding van het BIT.

- 5.19 Bij die stand van zaken is niet aanstonds evident dat een nog lopend geschil naar arbiters kan worden overgeheveld op de enkele grond dat de procedure op een ruim *na* de inwerkingtreding van het BIT gelegen tijdstip te lang is gaan duren. Nochtans is dat het uitgangspunt waarvan we in cassatie moeten uitgaan omdat Ecuador op dit punt de witte vlag heeft gehesen. Bovendien wordt, zoals we hebben gezien, de benadering van arbiters weliswaar niet algemeen onderschreven, maar zij heeft wel navolging gekregen, zij het dan ook in een zaak waarvan één van de arbiters dezelfde was als in de onderhavige zaak.
- 5.20 Wanneer we ervan uit gaan dat de deur naar BIT-arbitrage in gevallen als thans besproken door art. II lid 7 BIT in een bepaalde optiek te gemakkelijk kan worden geopend, rijst de vraag of dat consequenties zou moeten of kunnen hebben voor de uitleg van *andere* bepalingen uit het BIT, met name de "investeringskwestie" of de temporele werking die in cassatie centraal staan.
- 5.21.1 Zoals hierna onder 11 nog ampel zal worden onderbouwd, bestaat in bepaalde kringen een toenemend onbehagen over ruime mogelijkheden om BIT-arbitrage aanhangig te maken. Dat alles leidt er m.i. toe dat voorzichtigheid is geboden om ook het begrip "investering" en hetgeen daarmee verband houdt ruim uit te leggen. Immers kan men zich in gemoede afvragen of BIT-arbitrage niet te gemakkelijk is (geworden) en of partijen dat werkelijk hebben gewild.
- 5.21.2 Ingeval van twijfel over de uitleg van de BIT-bepalingen die in cassatie aan de orde zijn, is daarom in mijn ogen voorzichtigheid geboden om deze zo uit te leggen dat een ruime mogelijkheid tot BIT-arbitrage bestaat. Ik kan het ook anders en directer zeggen. Als de betrokken bepalingen redelijkerwijs voor verschillende uitleg vatbaar zijn dan kan uit het hiervoor besprokene met de nodige goede wil een argument worden geput voor een beperkte uitleg. Ik benadruk: "een argument". Ik zeg niet en bedoel evenmin: een doorslaggevend argument, want dat is het zeker niet.
- 5.22.1 Overschrijden we hiermee de grenzen van hetgeen in cassatie mogelijk is? Processuele hardliners zullen die vraag ongetwijfeld en zonder aarzeling bevestigend beantwoorden. Hun antwoord is allerminst vreemd. Ik geef volmondig toe dat het niet eenvoudig is om hetgeen hiervoor werd betoogd in cassatie mee te wegen bij de uitleg van de betrokken BIT-bepalingen, even aannemend dat deze kunnen worden aangemerkt als recht in de zin van art. 79 RO, zoals onder 6 wordt verdedigd. Onmogelijk lijkt het me evenwel niet. Bij de uitleg van het recht zal de rechter rekening moeten houden met alle in zijn ogen relevante feiten en omstandigheden. Ik denk dat in mijn aanpak de grenzen van art. 419 leden 1 en 2 Rv. nog net niet worden overschreden.
- 5.22.2 Dat laatste kan worden toegelicht aan de hand van een voorbeeld dat we uit de binnen- en buitenlandse praktijk kennen en waarmee ik denk enigszins vertrouwd te zijn. In het aansprakelijkheidsrecht is een bekend thema hoe ver de rechter wil gaan bij het toekennen of juist afwijzen van schadevergoeding. Het antwoord op die vraag hangt af van een aantal factoren waarvan drie bijzonder zwaar wegen, denk ik: a) noties over rechtvaardigheid in het algemeen, b) in het concrete geval en c) het wat de Engelsen noemen "floodgate-argument".⁶⁸ Dat laatste is hier van belang. Het probleem met het meewegen van deze en dergelijke factoren is vaak – niet altijd – dat niet heel veel bekend is over hetgeen *zal* gebeuren wanneer een rechter een bepaalde richting inslaat. Het gaat dus vaak om veronderstellingen die meestal (mede) worden gebaseerd op redelijke verwachtingen, extrapolatie van hetgeen eerder is gebeurd en opvattingen in de doctrine die evenwel met hetzelfde probleem worstelt: voorspellingen doen over wat nog niet is, blijft lastig. Een feitelijke grondslag als bedoeld in art. 419 lid 2 Rv. is in dergelijke gevallen niet aanwezig en dat kan vaak ook niet anders. Toch spelen dit soort argumenten een rol, al wordt dat niet steeds met zoveel woorden gezegd. Het illustreert dat er een zekere marge is bij het verdisconteren van argumenten, zelfs wanneer deze in cassatie niet over het voetlicht zijn gebracht.

6. De reikwijdte van de toetsingsmogelijkheden in cassatie (art. 79 RO) ⁶⁹

- 6.1 Ingevolge art. 79 lid 1 RO vernietigt de Hoge Raad, voor zover thans van belang, arresten wegens:
- a. verzuim van vormen voor zover de nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm;
 - b. wegens schending van het recht met uitzondering van het recht van vreemde staten.
- 6.2 Naar gangbare inzichten kunnen ook arresten die – in cassatie-technische zin – niet op begrijpelijke wijze zijn gemotiveerd worden vernietigd.⁷⁰ Bovendien kan een bestreden arrest worden vernietigd wanneer daarin essentiële stellingen niet zijn besproken. De Hoge Raad is evenwel gebonden aan de voorgedragen cassatiemiddelen, waarin wordt aangegeven dat en waarom de bestreden uitspraak in de ogen van de partij die het middel voordraagt onjuist of onbegrijpelijk zou zijn.⁷¹
- 6.3 Het principale middel postuleert vooral motiveringsklachten. Voor zover het tevens rechtsklachten behelst die betrekking hebben op het bilaterale (BIT-) verdrag tussen Ecuador en de Verenigde Staten, rijst de vraag of dat verdrag moet worden aangemerkt als het recht van “vreemde staten” in de zin van art. 79 lid 1 onder b RO.⁷² Een bilateraal verdrag waarbij Nederland partij is, valt (uiteraard) wel onder recht in de zin van art. 79 RO.⁷³
- 6.4.1 Volgens Veegens/Korthals Altes/Groen leert de wetsgeschiedenis dat de uitsluiting van beoordeling van “vreemd recht” door de Hoge Raad voorwerp is geweest van debat tussen de Staten-Generaal en de Minister van Justitie, waarbij ook de Hoge Raad is betrokken. De Hoge Raad vreesde dat hij, in de bewoordingen van deze auteurs, “zo hij zou moeten oordelen over regels van vreemd recht, hij daaraan nimmer hetzelfde gezag zou kunnen bijzetten als toekomt aan zijn beslissingen omtrent eigen recht”, terwijl ook de vrees voor overbelasting werd uitgesproken.⁷⁴
- 6.4.2 Ik begrijp dat eerste argument zo dat de Hoge Raad en in zijn voetspoor kennelijk ook de Minister vreesde dat de kans op minder gelukkige of zelfs verkeerde interpretaties van “vreemd recht” niet denkbeeldig was en dat zulks afbreuk zou doen aan het gezag van de Hoge Raad. Dat valt ook te begrijpen. In de eerste plaats omdat bronnen over “vreemd recht” vaak zijn geschreven in talen die de Nederlandse rechter niet machtig is, terwijl hij niet het apparaat heeft om tot in de vereiste mate van detail uit te zoeken wat de stand van het recht in een ander land is. Bovendien, en dat lijkt me nog belangrijker, is de interpretatie in hoogste aanleg een aangelegenheid van het andere land in kwestie, zeker wanneer het gaat om een afweging van in verschillende richtingen wijzende gezichtspunten (in goed Nederlands: *topoi*).
- 6.5 De weergave in Veegens c.s. is niet helemaal volledig. In het mondeling verslag waarop zij doelen is onder meer te lezen dat de Minister als voorbeeld van onwenselijke gevolgen van toetsing van “vreemd recht” door de Hoge Raad heeft gewezen op de mogelijkheid dat de hoogste rechter van het “vreemde land” na de uitspraak van de Hoge Raad een ander oordeel zou geven, terwijl de verwijzingsrechter zou zijn gebonden aan het inmiddels onjuist gebleken oordeel van de Hoge Raad.⁷⁵ Bovendien werd onderkend dat in “exceptionele gevallen: behoefte zou kunnen bestaan aan “controle door de Hoge Raad”, zij het dan ook dat dit niet voldoende gewicht in de schaal wierp om de Hoge Raad te laten oordelen over “vreemd recht”.⁷⁶ Opmerking verdient nog dat de Commissie meende dat het laatste woord over deze kwestie nog niet was gezegd, gelet op de “Europese integratie”.⁷⁷
- 6.6 Dit alles neemt niet weg dat toetsing van “vreemd recht” niet volledig onmogelijk is. Met behulp van motiveringsklachten is een beperkte controle door de cassatierechter mogelijk.⁷⁸

- 6.7 Hier aangekomen kunnen we met betrekking tot de vraag naar de omvang van de toetsing(smogelijkheden) van BITs twee kanten op. De eenvoudigste en alleszins verdedigbare opvatting is dat dergelijke verdragen geen recht vormen in de zin van art. 79 RO, tenzij Nederland daarbij partij is. Die opvatting wortelt in de tekst van dit artikel en behoeft dus geen nadere toelichting.
- 6.8.1 Een tegengestelde opvatting is m.i. zeer wel mogelijk. Noch de tekst van de wet, noch ook de wetsgeschiedenis biedt voedsel aan de gedachte dat de wetgever aan situaties als de onderhavige heeft gedacht; en dat is heel begrijpelijk, zeker aan het begin van de zestiger jaren van de vorige eeuw.
- 6.8.2 Er is weinig reden aan te nemen dat de wetgever, zou hij aan deze specifieke problematiek hebben gedacht, BITs zou hebben gekenschetst als "vreemd recht". Nog minder dat hij dat heden ten dage zou doen, gezien het belang dat Nederland hecht aan het spelen van een belangrijke rol in de internationale geschillenbeslechting. Hiervan uitgaande zijn we, als we dat zouden willen, verlost van de knellende band van art. 79 RO.
- 6.9 Zo men wil, zou ook kunnen worden verdedigd dat de tekst/letter van art. 79 RO in andere richting wijst dan onder 6.7 vermeld. Bij BITs gaat het, strikt genomen, immers niet om het recht van "vreemde staten", maar om *internationaal* recht, zij het dan ook dat dit slechts voor een beperkt aantal staten geldt. Het is, in deze redenering, dus geen recht van enige *staat*. Dit formele argument acht ik evenwel niet voldoende klemmend om *op zich beschouwd* een van de meer gangbare opvatting afwijkend standpunt op te kunnen bouwen, zij het dan ook dat in de doctrine BITs niet worden besproken.
- 6.10.1 Wanneer we kijken naar de hiervoor kort besproken ratio van art. 79 lid 1 onder b RO dan springt in het oog dat deze voor gevallen als de onderhavige niet of nauwelijks een rol speelt. Pleidooien voor BIT-courts ten spijt,⁷⁹ is er, als de weg van BIT-arbitrage wordt ingeslagen, voor bilaterale verdragen als hier aan de orde geen (andere) rechter die tot oordelen bevoegd is, anders dan in het kader van het aanvechten van de arbitrale vonnissen.⁸⁰ Maar in dat laatste geval is er niet één rechter die tot oordelen bevoegd is, maar hangt het af van de omstandigheden van het geval (naar Nederlands recht: de plaats van arbitrage) welke rechter bevoegd is.⁸¹ Dat brengt mee dat het risico waar de wetgever (en klaarblijkelijk ook de Hoge Raad)⁸² begrijpelijkerwijs beducht voor was (waren), te weten het niet met de vereiste mate van gezag kunnen oordelen over een bepaalde rechtsvraag, geen of hooguit een veel beperktere rol speelt. Er is met betrekking tot de uitleg van BITs immers geen andere hoogste rechter die het laatste woord heeft.
- 6.10.2 Weliswaar kan zich de situatie voordoen dat hoogste rechters in verschillende landen, indien geroepen om een oordeel over arbitrale BIT-vonnissen te vellen, tot tegengestelde oordelen komen met betrekking tot dezelfde of vergelijkbare bepalingen, maar dat heeft niet van doen met het gezag van de onderscheiden rechters. De vraag welke opvatting uiteindelijk zal zegevieren, zal – naar mag worden gehoopt en verwacht – in belangrijke mate afhangen van de (overtuigings)kracht van de aangedragen argumenten. Aldus is er geen grond voor de door de Minister uitgesproken vrees dat een uitspraak van de Hoge Raad "geen betekenis" heeft.⁸³
- 6.11 Ook het argument van de overbelasting⁸⁴ klemt niet. Voor zover ik weet is dit de eerste BIT-zaak die aan Uw Raad wordt voorgelegd.
- 6.12 Het zojuist besproken argument dat er geen andere (hoogste) rechter is die (bij uitsluiting van andere rechters) bevoegd is om oordelen te vellen over arbitrale vonnissen is m.i. het meest zwaarwegende argument voor een ruime toetsing(smogelijkheid), zeker in gevallen als de onderhavige.

6.13 Ter vermijding van misverstand: gegeven de omstandigheid dat BITs voorzien in arbitrage, zal een rechter grote terughoudendheid aan de dag moeten leggen bij de *inhoudelijke* beoordeling van dergelijke vonnissen. Naar Nederlands recht volgt die terughoudendheid reeds uit art. 1065 lid 1 Rv. en de rechtspraak van Uw Raad.⁸⁵ Maar voor de *bevoegdheid* van arbiters ligt dat m.i. anders. De enkele omstandigheid dat een BIT de weg naar arbitrage opent, betekent niet en zeker niet zonder meer, dat voetstoots van het oordeel van arbiters daaromtrent kan worden uitgegaan. Dat klemt eens te meer nu de kritiek op deze vorm van arbitrage aanzwelt; ik kom daarop hieronder sub 11 terug.

6.14 Maar ook andere argumenten pleiten voor een *inhoudelijke* en dus niet beperkte toetsing van de *bevoegdheid* van arbiters door Uw Raad. In geschillen als de onderhavige staat er voor beide partijen veel op het spel. Wanneer juist is de stelling van Ecuador dat het in deze zaak in feite gaat om US\$ 8,5 miljard behoeft dat geen toelichting. Een dergelijk bedrag is voor zowel Chevron als Ecuador heel substantieel. Ten overvloede voeg ik hieraan nog toe dat volgens een aantal bronnen die ik op internet kon vinden Ecuador vreest in grote moeilijkheden te komen door allerlei BIT-arbitrages.⁸⁶ Ik stip dat ten overvloede aan omdat ik de juistheid van die beweringen niet kan beoordelen, al komen zij, gezien de omvang van de bedragen waarom het gaat, niet onaannemelijk voor, mede gelet op het nationaal inkomen (GDP) en het aantal inwoners van Ecuador (respectievelijk US\$ 84 miljard en 15,5 miljoen in 2012),⁸⁷ ten opzichte van Nederland (respectievelijk US\$ 770 miljard en 16,5 miljoen).

6.15 Ten slotte merk ik nog op dat arbiters hun bevoegdheid tot beoordeling van het geschil hebben aangenomen in weerwil van in Ecuador lopende, door Chevron zelf aanhangig gemaakte, procedures. Daarmee raakt deze procedure de soevereiniteit van een nationale staat, waarbij moet worden bedacht dat zeker niet alleen Ecuador maar ook de andere verdragspartij, de Verenigde Staten van Amerika, daar moeite mee heeft.⁸⁸ Het ligt in mijn ogen minder voor de hand dat een nationale rechter die bevoegd is en geroepen wordt om – kort gezegd – de geldigheid van een arbitraal vonnis te beoordelen op het stuk van de arbitrale bevoegdheid de bevoegdheid van arbiters om verstrekkende oordelen te vellen slechts marginaal zou mogen toetsen. Dat geldt al helemaal wanneer Johnson gelijk zou hebben met zijn kritische kanttekeningen bij het arbitrale (eind)vonnis:

“In the end, it may be the tribunal and investors who lose more than Ecuador and the Ecuadorian plaintiffs in this anomalous dispute. By broadly asserting its powers and unconvincingly brushing aside the rights of non-parties to the arbitration, the tribunal has prompted challenges to the authority of its orders in other national courts and tribunals. At a time when skepticism of (if not an outright backlash against) investor-state dispute settlement is evident, and states and other stakeholders are increasingly concerned that this “system” is not producing any of the benefits it was purportedly designed for, such unrestrained conduct by tribunals may catalyze a move away from investor-state arbitration.”⁸⁹

6.16 Het is op al deze gronden dat ik, al met al, meen dat de uitsluiting van het recht van “vreemde staten” als bedoeld in art. 79 lid 1 onder b RO niet ziet op BITs als hier aan de orde.⁹⁰

6.17 Mr. Van der Beek heeft nog betoogd dat art. 79 RO

“eveneens in de weg staat aan de toetsing van motiveringsklachten die zich niet laten beoordelen zonder daarbij ook de juistheid van het bestreden oordeel over de inhoud en uitleg van het vreemde recht te betrekken.”

In dat verband beroept hij zich op de zogenaamde Srebrenica-arresten⁹¹ van Uw Raad.⁹²

6.18 Het is juist dat de Hoge Raad in deze belangrijke arresten een dergelijk oordeel heeft geveld.⁹³ Maar daarbij moet m.i. worden bedacht dat het in die rechtsoverweging louter en alleen ging om de beoordeling van het *rationale recht* van een buitenlandse Staat (Bosnië-Herzegovina). Reeds daarom gaat de parallel niet op. Mijn hiervoor ontwikkelde argumenten zien immers op een

specifieke categorie "vreemd recht", niet zijnde (louter) nationaal recht van een andere Staat. Bovendien is, bij kennisneming van de klachten van de door de Hoge Raad genoemde onderdelen⁹⁴ heel duidelijk waarom uitleg van het recht van Bosnië-Herzegovina en beoordeling van de in de onderdelen genoemde feiten en omstandigheden onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden.⁹⁵ In de onderhavige zaak gaat het niet (zo zeer) om de beoordeling van de feiten (daarover zijn partijen het in essentie eens) maar om de uitleg van enkele bepalingen van het BIT.

6.19.1 Volledigheidshalve merk ik nog op dat het Supreme Court of British Columbia in een NAFTA-arbitragezaak als "a matter of policy" het volgende uitgangspunt heeft verwoord, ontleend aan een andere zaak van dezelfde rechter:⁹⁶

"It is important to parties to future such arbitrations and to the integrity of the process itself that the court express its views on the degree of deference to be accorded the decision of the arbitrators. The reasons advanced in the cases discussed above for restraint in the exercise of judicial review are highly persuasive. The concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes spoken of by Blackmun J. [in *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 U.S. 614 (1985)] are as compelling in this jurisdiction as they are in the United States or elsewhere. It is meet therefore, as a matter of policy, to adopt a standard which seeks to preserve the autonomy of the forum selected by the parties and to minimize judicial intervention when reviewing international commercial arbitral awards in British Columbia."

6.19.2 De onder 6.19.1 gevolgde benadering houdt, onnodig te zeggen, geen verband met art. 79 RO maar onderstreept wel dat de door mij gemaakte keuze niet voor zich spreekt; maar dat gaf ik zelf al aan. Daarbij moet wel worden bedacht dat het geschilpunt in de onder 6.19.1 genoemde zaak niet de bevoegdheid van arbiters als zodanig was, maar de vraag of zij buiten hun bevoegdheden waren getreden.⁹⁷

7 De uitleg van verdragen

"The first obstacle that the analysis of interpretation comes across is the oft-repeated statement that interpretation appeals to the artistic rather than scientific qualities of a lawyer. In the great debate on whether law is art, or mere technique, interpretation occupies a prime position on the crossroads between law and politics". ⁹⁸

"Every treaty needs interpretation and is open to it. Even if the scope and the meaning of its terms may appear evident and clear, this is a result of an interpretative operation." ⁹⁹

7.1 De artikelen 31-33 van het Weens Verdragen Verdrag (hierna WVV) geven regels over de uitleg van verdragen.¹⁰⁰ Ingevolge art. 1 onder a WVV is een verdrag een internationale overeenkomst in geschrifte gesloten tussen Staten en beheerst door het volkenrecht.¹⁰¹ Het Hof memoreert in rov. 13 dat tussen partijen niet in geschil is dat het BIT moet worden uitgelegd volgens de regels van het WVV. Blijkens het cassatiemiddel gaat Ecuador uitdrukkelijk uit van de juistheid van 's Hofs oordeel; zij beroept zich op een aantal plaatsen op dit verdrag. Chevron heeft 's Hofs oordeel evenmin bestreden.

7.2 Het Hof is klaarblijkelijk ervan uitgegaan dat er tussen de Engelse en de Spaanse tekst van het BIT¹⁰² geen voor deze zaak relevante verschillen bestaan. Volgens het Verdrag zijn beide teksten gelijk en zijn zij beide authentiek. Als ik het goed zie dan heeft geen der partijen aangevoerd dat er een relevant verschil bestaat tussen de Spaanse en de Engelse tekst. Daarom ga ik verder uit van de Engelse tekst. Daarmee is art. 33 WVV thans niet van belang.

7.3.1 De meest relevante bepaling (art. 31 WVV) werd hiervoor onder 3.10 al geciteerd. De doctrine daarover is een *mer à boire*. Thans behoeven we slechts te putten uit een beperkt aantal elementen van deze belangrijke bepaling. Onder 8 ga ik afzonderlijk in op de uitleg “in good faith”; onder 9 sta ik stil bij art. 32 WVV.

7.3.2 Het navolgende berust integraal op ambtshalve verricht onderzoek. Partijen hebben het in cassatie niet nodig gevonden te verwijzen naar rechtspraak of literatuur op dit punt.

7.4 Het navolgende is ontleend aan Dörr.¹⁰³

“On the other hand, the text of a treaty as it stands since the time of its conclusion is not all that matters for an interpretation *lege artis*. Art 31 para 3 requires taking account of subsequent developments, agreements between the parties and practice in applying the treaty, and thus seems to focus on the current consensus of the parties in understanding the treaties. That consensus, which exists at the time of interpretation, may in some cases even override the original understanding of the text of the treaty, which prior to the subsequent developments may have appeared perfectly clear.

In order to structure the process of interpretation, Art 31 is designated to contain ‘the general rule’ of treaty interpretation. The singular mode emphasizes that the provision *contains one single rule*, that contained in para 1, and that its three main elements, wording, context and objects and purpose, as well as the guiding principle of good faith, constitute integral parts of that rule and have to be applied in a single combined operation.”

7.5 Verderop wijst Dörr op de betekenis van arbitrale uitspraken in het kader van verdragsuitleg, met name in gevallen waarin deze bij het verdrag bindende kracht hebben gekregen in welk verband mede beroep wordt gedaan op de Diallo-uitspraak van het ICJ.

“Although the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, it believes that it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty. The point here is to achieve the necessary clarity and the essential consistency of international law, as well as legal security, to which both the individuals with guaranteed rights and the States obliged to comply with treaty obligations are entitled. Likewise, when the court is called upon, as in these proceedings, to apply a regional instrument for the protection of human rights, it must take due account of the interpretation of that instrument adopted by the independent bodies which have been specifically created, if such has been the case, to monitor the sound application of the treaty in question.”¹⁰⁴

7.6 Voorts betoogt Dörr:

“One of the traditional formulae of treaty interpretation is the principle *in dubio mitius*, also called the *principle of restrictive interpretation*, according to which treaties are to be interpreted in favour of State sovereignty: where a treaty’s provisions are open to doubt, the interpretation that entails the lesser obligation for sovereign States should be selected, and if an obligation is not clearly expressed, its less onerous extent is to be preferred.

(...)

Traces of that approach can still be found in the case law of the WTO. The ICJ, however, never adopted it, and also in the PCIJ in ‘*Wimbledon*’ emphasized clear limits to restrictive interpretation, when it felt “obliged to stop at the point where the so-called restrictive interpretation would be contrary to the plain terms of the article and would destroy what has been clearly granted”. Moreover, in a recent decision, the ICJ made it very clear that a treaty provision, which has the purpose of limiting the sovereign powers of a State, must be interpreted like any other provision of a treaty, thus there can be no such principle as *in dubio mitius* in treaty interpretation. It is not only of little value for treaty interpretation itself, but, above all, does not constitute a rule of customary

international law.”¹⁰⁵

7.7 Deze laatste opvatting van het ICJ is voor onze zaak van veel minder gewicht dan men op het eerste gezicht wellicht zou denken. Met alle respect zit er ook iets circulaire in de redenering zoals deze door Dörr wordt weergegeven. Daarom is wellicht goed om te citeren wat het ICJ, waarop Dörrs betoog mede berust, heeft overwogen in de zaak *Navigational Rights*:¹⁰⁶

“48. In the second place, the Court is not convinced by Nicaragua’s argument that Costa Rica’s right of free navigation should be interpreted narrowly because it represents a limitation of the sovereignty over the river conferred by the Treaty on Nicaragua, that being the most important principle set forth by Article VI.

While it is certainly true that limitations of the sovereignty of a State over its territory are not to be presumed, this does not mean that treaty provisions establishing such limitations, such as those that are in issue in the present case, should for this reason be interpreted *a priori* in a restrictive way. A treaty provision which has the purpose of limiting the sovereign powers of a State must be interpreted like any other provision of a treaty, i.e. in accordance with the intentions of its authors as reflected by the text of the treaty and the other relevant factors in terms of interpretation.

A simple reading of Article VI shows that the Parties did not intend to establish any hierarchy as between Nicaragua’s sovereignty over the river and Costa Rica’s right of free navigation, characterized as “perpetual”, with each of these affirmations counter-balancing the other. Nicaragua’s sovereignty is affirmed only to the extent that it does not prejudice the substance of Costa Rica’s right of free navigation in its domain, the establishment of which is precisely the point at issue; the right of free navigation, albeit “perpetual”, is granted only on condition that it does not prejudice the key prerogatives of territorial sovereignty.

There are thus no grounds for supposing, *a priori*, that the words “libre navegación . . . con objetos de comercio” should be given a specially restrictive interpretation, any more than an extensive one.”

7.8 Zoals uit het citaat onder 7.7 blijkt, wordt door het ICJ overwogen dat beperkingen van de staatssoevereiniteit niet “a priori” beperkt moeten worden uitgelegd. Dat ligt inderdaad voor de hand in een situatie waarin – kort gezegd – voldoende duidelijk is dat bepaalde beperkingen zijn bedoeld. Maar de vraag of dat het geval is, is in de onderhavige zaak nu juist *des Pudels kern*. Als ik het goed zie, dan moet in elk geval worden gewaakt tegen een onnodig ruime inbreuk op de soevereiniteit van een verdragsstaat.

7.9 Dörr wijst voorts op de verschillende elementen van art. 31 lid 1 WVV:

“The first, interpretation in good faith, flows directly from the rule *pacta sunt servanda* (Art. 26). The second requires every interpretation to have recourse to the ordinary, as opposed to a special meaning of the terms used in the treaty, and the third principle is that of the ordinary meaning is not to be determined in the abstract but in the context of the treaty and in the light of its object and purpose. The general rule of interpretation does not describe some hierarchical or chronological order in which those principles are to be applied, but sets the stage for a *single combined operation* taking account of all named elements simultaneously.”¹⁰⁷

7.10 Het ligt voor de hand dat ook de considerans (“Preamble”) een rol speelt bij de uitleg.¹⁰⁸ Deze kan ook van belang zijn om het doel van een verdrag vast te stellen.¹⁰⁹

7.11 Hiervoor zagen we al dat Wirth zich kritisch over het onderhavige arbitrale vonnis heeft uitgelaten, voor zover het gaat om de “effective means”-clausule. Ze verzucht dat de uiteenlopende uitspraken voor personen die vertrouwd zijn met het precedentenstelsel (en m.i. niet alleen voor hen) verrassend mogen zijn, maar dat “precedent” in arbitrages over bilaterale verdragen minder belangrijk is. Ze voegt daaraan toe:¹¹⁰

“Each tribunal has the independent power to interpret the provision of the treaty before it.

Inconsistent decisions are common because “different tribunals can come to different conclusions about the same standard in the same treaty.” This is so even where the arbitrators use established means of treaty interpretation because those rules contain inherently malleable concepts that are themselves subject to interpretation.”

7.12 Voor de onderhavige zaak acht ik met name ook het volgende van groot belang. Volgens Dörr geldt het volgende:

“On the other hand, the text of a treaty as it stands since the time of its conclusion is not all that matters for an interpretation *lege artis*. Art 31 para 3 requires taking account of subsequent developments, agreements between the parties and practice in applying the treaty, and thus seems to focus on the *current consensus of the parties* in understanding the treaty. That consensus, which exists at the time of interpretation, may in some cases even override the original understanding of the text of the treaty, which prior to the subsequent developments may have appeared perfectly clear.”¹¹¹

7.13 Verderop wijst hij op het belang van “subsequent practice”. Het gaat daarbij om “the way in which a treaty has actually been applied by its parties.”¹¹²

7.14.1 Dörr verwijst in dat verband naar twee *advisory opinions* van het ICJ. In de eerste zaak ging het om herhaalde uitlatingen van Zuid-Afrika. Het ICJ overweegt dat zij – kort gezegd – de verplichtingen van Zuid-Afrika teweeg brengen. Het vervolgt zijn gedachtegang aldus:

“Interpretations placed upon legal instruments by the parties to them, though not conclusive as to their meaning, have considerable probative value when they contain recognition by the party of its own obligations under an instrument.”¹¹³

7.14.2 Ook in een tweede *advisory opinion* waar Dörr naar verwijst, wordt betekenis toegekend aan een latere handelwijze van – iets te kort gezegd – een partij.¹¹⁴

7.15 Dörr maakt, m.i. terecht, onderscheid tussen de vraag of de uitleg moet worden gebaseerd op de zogenaamde “static approach”/“principle of contemporaneity” dan wel de “dynamic approach” enerzijds¹¹⁵ en anderzijds wat hij noemt “the use of dynamic means of interpretation” waaronder “subsequent practice”.¹¹⁶ Het gaat mij thans om dit laatste.

7.16 In cassatie zal moeten worden aangenomen dat de Verenigde Staten van Amerika zich in 2002 met betrekking tot één van de kernstellingen van Ecuador (het verdrag ziet, samengevat, slechts op investeringen in de operationele fase) eenzelfde standpunt heeft verdedigd als Ecuador thans doet.¹¹⁷ Weliswaar ging het in die arbitrage om een ander verdrag (te weten: NAFTA) dat was gesloten tussen andere partijen, maar de kern van het geschil was hetzelfde.¹¹⁸ De parallel met de door Dörr genoemde problematiek met betrekking tot “subsequent practice” in de onderhavige zaak dringt zich op. *Inhoudelijk* zijn beide staten het klaarblijkelijk met elkaar eens over de uitleg van de kernbepaling waarop arbiters hun bevoegdheid hebben gebaseerd. Het verschil is hierin gelegen dat dit, waar het de Verenigde Staten betreft, niet kan worden afgeleid uit haar opstelling met betrekking tot de *litigieuze BIT*, maar uit haar standpunt in een arbitrage met betrekking tot een – voor zover thans van belang – soortgelijke bepaling in een *ander* verdrag tussen andere partijen. Dat laatste brengt mee dat de redengevende kracht van mijn hier besproken argument minder groot is dan wanneer het zou gaan om hetzelfde verdrag tussen dezelfde partijen. Maar daarmee is het argument m.i. nog allerminst naar de prullenmand verwezen. Immers ligt erg weinig voor de hand dat de Verenigde Staten zich zou hebben bediend van volstrekt tegenstrijdige argumenten, al naar gelang het gaat om het ene of het andere verdrag. Daarbij valt nog te bedenken dat Staten in dit soort zaken altijd de aangesproken partij zijn. Het ligt voor de hand aan te nemen dat aangesproken Staten wegen plegen te zoeken om claims van zich af te houden. Een beperkte interpretatie van de bevoegdheid van arbiters is één van de manieren om dat doel te bereiken. Staten die er voor kiezen om claims aan te zuigen zijn, naar ik meen, dun gezaaid. Ook daarom ligt in de rede dat de Verenigde Staten in een BIT-procedure eenzelfde

verweer zou voeren als zij heeft gedaan in de Mondev-zaak.

- 7.17 Opmerking verdient nog dat "practice" (in de zin van art. 31 lid 3 onder b WVV) weliswaar ruim wordt uitgelegd,¹¹⁹ maar niet kan berusten op een enkele daad.¹²⁰ Ook daarom past voorzichtigheid om het hier besproken argument *zelfstandige* betekenis toe te kennen. Maar dat laat geheel onverlet dat het argument, ontleend aan de eigen stellingname van de Verenigde Staten, kan worden meegewogen, zeker ingeval serieuze twijfel mogelijk is over de uitleg van één of meer BIT-bepalingen waar dezelfde kwestie speelt.
- 7.18 Hier aangekomen, rijst nog de vraag of Ecuador opbreekt dat zij in cassatie niet is opgekomen tegen rov. 24 van 's Hofs arrest waarin wordt geoordeeld dat "evenmin is voldaan aan de in art. 31 lid 3 onder b WVV vermelde voorwaarde dat de 'practice' 'establishes the agreement of the parties regarding its interpretation". Het Hof respondeert daar, naar ik veronderstel, op de pleitnota van mr. Van Geuns in appel waar aan het slot en à la barbe van de grieven wordt opgemerkt:
- "Als de zaak Mondev v. USA al iets zou zeggen, dan is het dus dat ook de Verenigde Staten van opvatting is dat een vordering die samenhangt met een reeds beëindigde investeringen¹²¹ niet beschermd wordt."¹²²
- 7.19 Behulpzaam voor Ecuador is 's Hofs in cassatie niet bestreden oordeel natuurlijk niet; daar kan ik kort over zijn. Maar het behoeft Ecuador m.i. niet per se op te breken. Mijn argument is subtieler dan het argument dat het Hof in rov. 24 kennelijk verwerpt.¹²³ Zoals hiervoor aangegeven, bepleit ik het meewegen van het Mondev-argument als een afwegingsfactor maar niet meer dan dat. Aan het argument komt dan slechts betekenis toe als op grond van de andere uitlegcriteria voldoende basis bestaat voor serieuze twijfel over deze of gene uitleg.
- 7.20 McLachlan, Shore en Weiniger hebben betrekkelijk uitvoerig aandacht geschonken aan wat zij noemen de "process of interpretation". Ik moge daarnaar verder verwijzen.¹²⁴

8 Uitleg in good faith

- 8.1 Ingevolge art. 31 aanhef WVV moeten verdragen "in good faith" worden uitgelegd. Ook over dat begrip is heel veel geschreven. À la barbe van der partijen debat ga ik erop in omdat het me voor de onderhavige zaak niet zonder belang lijkt.
- 8.2 Volgens Villiger vergt goede trouw (good faith, bonne foi, nach Treu und Glauben) van
- "the parties to a treaty to act honestly, fairly and reasonably, and to refrain from taking unfair advantage."¹²⁵
- 8.3 Volgens Dörr speelt goede trouw als bedoeld in art. 31 lid 1 WVV een rol in de hele uitlegfase,
- "ie when examining the ordinary meaning of the text, the context, object and purpose, the subsequent practice of the parties etc In addition, the result of the interpretative operation must be appreciated in good faith as well.
- (...)
- what is to be avoided by applying the principle of good faith is set out in Art 32 lit b, ie that interpretation of a treaty should not lead to a result that is manifestly absurd or unreasonable."¹²⁶
- 8.4 Gardiner gaat uitvoerig op het begrip in. Hij tekent aan dat het soms de betekenis heeft van "reasonable" en soms – in mijn parafrase – een machtswoord is ten gunste voor een bepaalde uitleg "without providing any obviously additional criterions."¹²⁷ Hij bespreekt vervolgens een arbitrale uitspraak¹²⁸ waarin een eerdere uitspraak wordt geciteerd:¹²⁹
- "In so far as the text is not sufficiently clear, it is allowable to have recourse to the intentions of

the parties concerned. If, in this case, the intentions are clear and unanimous, they must prevail over every other possible interpretation. If, on the contrary, they diverge or are not clear, that meaning must be sought which, within the context [*dans le cadre du texte*], best gives either a reasonable solution of the controversy, or the impression which the offer of the party which took the initiative must reasonably and in good faith have made on the mind of the other party...".¹³⁰

- 8.5 In de zojuist geciteerde uitleg is van een erg terughoudende toetsing geen sprake, zij het dan ook dat deze eerst aan de orde komt als der partijen bedoeling niet duidelijk en eensluidend is. Hoe dat ook zij, het begrip goede trouw en trouwens ook een aantal andere uitlegcriteria in art. 31 en 32 WVV is betrekkelijk flexibel en laat verschillende interpretaties toe.¹³¹
- 8.6.1 Het voert te ver om uitvoerig in te gaan op de diepgravende beschouwingen van Robert Kolb.¹³² Ik volsta ermee op te merken dat zijn inziens in een zeer overvloedige ("riche") rechtspraak drie elementen worden onderscheiden. Voor ons is thans de volgende van belang:
- "l'équité n'est pas ici source d'une décision indépendante mais permet au juge de choisir entre plusieurs interprétations possibles celle qui paraît la plus conforme aux exigences de la justice."¹³³
- 8.6.2 Aldus brengt Kolb heel trefzeker onder woorden wat mij tot deze erg lange inleiding heeft bewogen. Ik heb getracht argumenten te verwoorden die, wanneer redelijke twijfel over de uitleg van het bilaterale verdrag tussen de Verenigde Staten en Ecuador mogelijk is, zouden kunnen worden gebruikt om met meer dan een machtswoord te kiezen voor een specifieke uitleg. Het gaat, nogmaals, om argumenten die geenszins ieder voor zich *bepalend* zijn, maar die een, als ik dat zo mag uitdrukken, subsidiaire rol bij de uitleg vervullen.
- 8.7.1 Het belang van de uitleg te goeder trouw lijkt me vooral gelegen in de Mondev-zaak.¹³⁴ Daarin speelde, als gezegd, eenzelfde vraag als thans aan de orde, zij het in het kader van een ander verdrag (NAFTA).¹³⁵ Ook het Hof heeft, in cassatie (door Chevron) niet bestreden, in rov. 24 aangenomen dat de Verenigde Staten in de Mondev-arbitrage "de onbevoegdheid van arbiters [bepaleiten] op vergelijkbare gronden als Ecuador dat in de huidige zaak doet". Met "vergelijkbare gronden" doelt het Hof op de stelling dat "de operationele fase van de investering ten tijde van de inwerkingtreding van het verdrag reeds was geëindigd" (eveneens rov. 24), zodat, zo voeg ik toe, de bevoegdheid van arbiters ontbreekt. Het Hof kaart dat verweer van Ecuador af omdat de proceshouding van de Verenigde Staten in de Mondev-zaak geen "state practice" is, terwijl ook overigens niet is voldaan aan de in art. 31 lid 3 onder b WVV gestelde eis (nog steeds rov. 24). Dat oordeel wordt in cassatie (door Ecuador) niet bestreden.
- 8.7.2 Arbiters hebben in hun Interim Award onder 186 aangegeven dat er geen aanleiding bestaat om ten aanzien van de vragen waar het thans om gaat onderscheid te maken tussen het NAFTA- en het onderhavige BIT-verdrag.
- 8.8.1 Ecuador heeft in cassatie niet aangevoerd dat het "Mondev-argument" toch van belang is, zij het in een ander kader, te weten de uitleg te goeder trouw of op grond van art. 32 aanhef en onder b WVV. Ik heb mij de vraag gesteld of het niet aan de orde stellen van deze kwestie eraan in de weg staat om het Mondev-argument toch in de beschouwingen te betrekken. Het antwoord op die vraag dringt zich in zoverre op dat het stilzwijgen van het middel op dit punt zulk een meewegen niet gemakkelijk maakt.
- 8.8.2 Toch zou ik, zij het niet zonder aarzeling, willen aannemen dat het niet opwerpen van een klacht over het niet meewegen van een "Mondev-argument" niet behoeft mee te brengen dat aan de Mondev-kwestie geen aandacht mag worden besteed. In dat laatste kader acht

ik beslissend dat in cassatie kan worden aangenomen dat de Verenigde Staten zich, weliswaar in een NAFTA-kader en niet in een procedure waarbij Ecuador verdragspartij was, op eenzelfde standpunt heeft gesteld als Ecuador in deze procedure doet. Dat laatste vloeit immers voort uit rov. 24. M.i. mag de cassatierechter argumenten meewegen die kunnen worden gebaseerd op vaststaande feiten. Dat zou, in de hier gevolgde redenering, slechts anders zijn als het Hof *zou hebben* geoordeeld dat het Mondev-argument *geen enkele* rol speelt en tegen dat oordeel geen klacht zou zijn gericht. Maar dat laatste heeft het Hof niet geoordeeld.

8.9 Bij deze stand van zaken en met de herhaalde kanttekening dat er onloochenbaar argumenten zijn om de hier besproken kwestie niet mee te wegen bij de uitleg van de BIT-bepalingen, leek nuttig en wenselijk om hiervoor kort in te gaan op de betekenis van de uitleg te goeder trouw.

8.10.1 Het komt mij voor dat de goede trouw als bedoeld in art. 31 lid 1 WVV in geding is bij een uitleg die haaks staat op de uitleg door *beide* verdragspartijen, zoals die kan worden afgeleid uit hun standpunten in arbitrale procedures; Ecuador in de huidige en de Verenigde Staten in de Mondev-zaak. Daarbij ga ik ervan uit dat beide partijen (de Verenigde Staten en Ecuador) in die procedures op basis van hun bedoelingen bij het aangaan van de betrokken verdragen en/of hun interpretatie daarvan de hier bedoelde uitleg hebben bepleit.

8.10.2 Maar doorslaggevend is het zojuist genoemde argument niet, alleen al niet omdat het door Ecuador niet in cassatie is aangevoerd.

8.11 Onder 8.8 mocht ik al aangeven dat om redenen van Nederlands procesrecht zal moeten worden aangenomen dat de Verenigde Staten zich in de Mondev-zaak op eenzelfde standpunt hebben gesteld als Ecuador in deze procedure waar het betreft de uitleg van het begrip "investment". Immers moet naar Nederlands recht worden aangenomen dat een door het Hof gegeven oordeel dat in cassatie niet wordt bestreden voor de cassatierechter uitgangspunt is; dat blijkt heel duidelijk uit art. 419 lid 3 Rv. Chevron heeft rov. 24 niet bestreden.

8.12 Lezing en herlezing van de Mondev-zaak geven wellicht voedsel aan de gedachte dat het standpunt van de Verenigde Staten in de Mondev-zaak niet geheel hetzelfde was als dat van Ecuador in de huidige. Maar zelfs als dat zo zou zijn en als we heen zouden willen stappen over de onder 8.11 genoemde hindernis, blijft overeind dat de Verenigde Staten in de Mondev-zaak *luce clarius* op zoek was naar argumenten om de (temporele) werking van het toepasselijke (NAFTA-)verdrag zo ver mogelijk te beperken. In zoverre is in elk geval sprake van een treffende gelijkenis van de opstelling van de Verenigde Staten in de Mondev-zaak en die van Ecuador in de huidige. Voor de toepassing van hetgeen in deze en de volgende paragraaf ontwikkelde gronden lijkt dat laatste me voldoende.

9 Art. 32 WVV

9.1 Als ik het goed zie, dan waren partijen het erover eens dat de rechtsbedeling in Ecuador ten tijde van het sluiten van het verdrag geen reden tot zorg was. Immers heeft Chevron op dat punt zelf gehamerd om procedures aan beoordeling door de Amerikaanse rechter te onttrekken. Een juridische complicatie daarbij is evenwel dat het Hof daaromtrent niets heeft vastgesteld en de klachten van Ecuador hierbij niet aanhaken.

9.2 De voor de hand liggende conclusie is dan dat er toentertijd geen reden bestond om een BIT-voorziening te treffen of om een regeling op te nemen voor oude investeringen. Men zou daaruit wellicht kunnen afleiden dat een uitleg zoals door het Hof gegeven op basis van een door hem bijgebracht ervaringsfeit in elk geval geen rol kan hebben gespeeld bij het aangaan van het onderhavige bilaterale verdrag. Wanneer er toen aan de Ecuadoriaanse rechtsbedeling niets

schortte, dan behoeften toekomstige investeerders immers niet te worden gelokt met een goede afwikkeling van oude zaken. Deze was immers al in orde.

- 9.3 Het is wellicht mogelijk om dit argument te gieten in het vat van de "circumstances of its conclusion", als bedoeld in de aanhef van art. 32 WVV, waaronder moet worden verstaan "elements existing at the time the treaty was concluded".¹³⁶
- 9.4 Het is wellicht zelfs mogelijk om te betogen dat een uitleg die afwijkt van de interpretatie die, zoals we hiervoor bij de bespreking van de Mondev-zaak hebben gezien, beide verdragsluitende staten in vergelijkbare procedures verdedigen leidt tot "manifestly absurd or unreasonable" resultaten als bedoeld in art. 32 aanhef en onder b WVV.
- 9.5 Bij deze laatste observatie plaats ik twee kanttekeningen. In de eerste plaats dat het aantal gevallen waarin de ontsnappingsroute van art. 32 aanhef en onder b WVV bij de uitleg volgens art. 31 WVV soelaas biedt hoge uitzondering is.¹³⁷
- 9.6 Bij het in het kader van de uitleg meewegen van de hiervoor onder 9 besproken argumenten geldt andermaal dat het cassatiemiddel er niet op inhaakt. Is dat laatste beslissend? Als vaker gezegd: men kan daar verschillend over denken. Het antwoord op de vraag waarom dat meewegen *niet* kan is eenvoudig: art. 419 lid 1 Rv.; dat is, naar ik ruiterlijk erken, een geduchte hindernis. Toch lijkt mij verdedigbaar dat het argument wel ambtshalve in de strijd kan worden geworpen gelet op art. 25 Rv. nu de relevante feiten om dit aspect mee te wegen in cassatie vaststaan.
- 9.7 Voor zover de zo-even kort besproken argumenten al niet zouden worden meegewogen bij de uitleg van de litigieuze BIT-bepalingen, leek het goed er in elk geval *par acquit de conscience* aandacht aan te schenken.

10 Terugwerkende kracht in het internationale recht

- 10.1 Volgens Ecuador hebben arbiters (in feite) terugwerkende kracht gegeven aan het BIT. Daarom lijkt het goed om ook stil te staan bij dit leerstuk.
- 10.2 Terugwerkende kracht is een heikel en omstreden onderwerp, vooral ook in het nationale recht.¹³⁸ Het is, in elk geval voor een deel, onlosmakelijk verbonden met de vraag of men uitgaat van de gedachte dat een rechter recht scheidt (maakt), dan wel slechts uitspreekt hoe het "altijd is geweest". Over dit thema is veel diepzinnig gefilosofeerd. Of die discussies wezenlijk tot een beter inzicht hebben bijgedragen en of ze veel praktische betekenis hebben, kan thans blijven rusten. Immers is het partijdebat opgehangen aan iets anders. Te weten de vraag of de uitleg die arbiters aan het BIT hebben gegeven meebrengt dat het terugwerkt. Dat is geen filosofische maar een uitlegvraag.
- 10.3 Naarmate deze laatste discussie meer op het scherp van de snede wordt gevoerd, kan toch van belang zijn hoe tegen het vraagstuk der terugwerkende kracht wordt aangekeken. Daarmee belanden we opnieuw bij het WVV en wel bij art. 28.
- 10.4 De zojuist geformuleerde vraag rijst in het licht van art. I BIT luidend:
"This Treaty (shall) apply to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter."
- 10.5 Art. 28 WVV ziet op de terugwerkende kracht. Het luidt:
"Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party."

10.6.1 De vraag wat deze laatste bepaling voor gevallen als de onderhavige betekent, is niet eenvoudig te beantwoorden. Odendahl verwijst naar een arrest van het EHRM waarin het EHRM ter beantwoording van de vraag of gevangenhouding te lang heeft geduurd de periode vóór de inwerkingtreding in aanmerking neemt.¹³⁹

10.6.2 M.i. gaat het daarbij evenwel om een andere situatie dan in deze zaak aan de orde is omdat de gevangenhouding over de inwerkingtreding heenliep. Zo simpel ligt het in de onderhavige zaak niet.

10.7 Odendahl vervolgt haar betoog als volgt:

“However, analyzing whether an act/fact/situation has ended is not enough to determine the exact scope of Art 28. In addition, it is necessary to make a differentiation between past incidents (*facta praeterita*), ongoing incidents (*facta pendentia*) and future incidents (*facta futura*). According to Art 28 a new treaty is not applicable to *facta praeterita*. The applicability of a new treaty to *facta pendentia* and *facta futura*, which seems logical as a converse conclusion, is not expressly provided for in Art 28, since Art 28 is a unilateral, retroactive and negative conflict rule. Therefore, general principles have to be considered. The applicability of a new treaty to *facta futura* is beyond question. Its applicability to *facta pendentia*, however, is not as obvious. The answer depends on whether there is a principle in public international law providing for the immediate effect of a new rule or, on the contrary, for the survival of the old rule. Both principles form part of the inter-temporal law. If a principle exists on the immediate effect of a new rule, a new treaty will be applicable to *facta pendentia*. If there is a principle on the survival of the old rule, a new treaty will not be applicable to them.

The ILC affirmed the existence of the *principle on the immediate effect of a new rule* in public international law. It declared:

“[If] an act or fact or situation which took place or arose prior to the entry into force of a treaty continues to occur or exist after the treaty has come into force, it will be caught by the provisions of the treaty. The non-retroactivity principle cannot be infringed by applying a treaty to matters that occur or exist when the treaty is in force, even if they first began at an earlier date.”

Furthermore the ILC explained that *the principle on the survival of the old rule did not exist in public international law*. (...) Therefore, the principle of non-retroactivity means that, unless otherwise provided, a new treaty is not applicable to *facta praeterita*, but is applicable to *facta pendentia*¹⁴⁰ and to *facta futura*.

The applicability of a treaty provision to *facta pendentia* is of special importance for the *jurisdiction of international courts or tribunals*. The jurisdictional clause of a treaty as well as a State's declarations of acceptance of jurisdiction may regulate in detail on which incidents the court in question shall have jurisdiction. If this is not the case, the question arises whether the international court has jurisdiction over all disputes brought before it after the entry into force of the respective treaty, all disputes that arose after this date or all disputes relating to incidents that occurred after that date. Many international courts had to face this problem, and their judgements all go in the same direction: if jurisdictional clauses do not otherwise provide, an international court has jurisdiction over all disputes existing at the date of the entry into force of the treaty in question.

In numerous cases the ECommHR held that it was not competent to entertain complaints regarding alleged violations of the ECHR that occurred before the entry into force of the convention with respect to the State in question. If there were fresh proceedings or recurring applications of the alleged violations, however, the Commission had assumed jurisdiction. The ECtHR has adopted this attitude. If there is a “continuing violation” of human rights, and not only an “instantaneous act or fact” with continuing effects, it has always affirmed jurisdiction over the case. The UN Commission on Human Rights declared several times that it could not consider an alleged violation of human rights said to have taken place prior to the entry into force of the Covenant for a States

Parties, unless it was a violation that continued after that date or had effects which themselves constituted a violation of the Covenant after that date.”¹⁴¹

10.8 Dopagne zegt er het volgende over¹⁴²

“20. As alluded to *supra* (when addressing the issue of the jurisdiction *ratione temporis* of international tribunals) a further limit to the principle of non-retroactivity stems from the principle of immediate effect. It is worth dwelling somewhat on that point.

21. The principle of immediate effect is not explicitly enshrined in Article 28. Having said this, it can be argued that Article 28 *implicitly* embodies the principle since it only refers to situations ‘which ceased to exist’ before the date of the entry into force of the treaty: such wording seems to mean that, *a contrario*, situations which have *not* ceased to exist at the time when the treaty enters into force do effectively fall within the scope of the treaty, as from the latter’s entry into force. Nevertheless, this is by no means tantamount to applying the treaty retroactively; strictly speaking, the treaty does not apply to acts or facts prior to its entry into force, it simply applies ‘immediately’, which means that it ‘govern[s] the legal situation from the moment that situation [comes] under the new rule’.

22. That said, it seems that a distinction must be made between ‘a merely passive continuation’ of a situation and the ‘active’ prolongation of a situation. When factors subsequent to the entry into force of the treaty ‘are merely the continuation or development’ of an earlier situation, the principle of non-retroactivity requires not applying the treaty to this situation. For example, the European Commission of Human Rights decided that the mere fact that the applicant was still serving a sentence after the entry into force of the Convention with regard to the defendant State did not render the Convention applicable to the proceedings which had taken place before such date. On the other hand, when, after the entry into force of the treaty, there are fresh or repeated occurrences of the previous acts in which the situation originated, the principle of immediate effect requires applying the treaty to that situation. However, no doubt in practice the foregoing distinction will at times be hard to draw.”

10.9.1 Villiger wijst op het volgende:¹⁴³

“For instance, if a human rights treaty provides for international jurisdiction in respect of alleged unfairness of a trial, any complaint will be incompatible *ratione temporis* with the provisions of the treaty if the conviction and sentence following the trial became final before the treaty’s entry into force. (The mere serving of the sentence cannot as a rule suffice to activate the treaty’s provisions.) If, on the other hand, at least the decision of the final judgement instance is given after the treaty’s entry into force, the complaint may be entertained in respect of that part, as well as the outcome, of the proceedings.”

10.9.2 Het voorbeeld van Villiger heeft voor een deel gelijkenis met de onderhavige zaak. In beide gevallen is immers sprake van een procedure die begon vóór de inwerkingtreding en die nadien doorliep. Maar daarmee houdt de gelijkenis ook op. Immers is thans nog vereist dat aan een ander vereiste is voldaan. Sprake moet – kort gezegd – sprake zijn van een “investment”.

10.10.1 Mede gezien de omstandigheid dat partijen zich beide bevinden op het Amerikaanse continent (dat wil zeggen Noord- en Zuid-Amerika), lijkt het goed nog stil te staan bij een belangrijk arrest van het Inter-Amerikaanse Mensenrechtenhof in de zaak *Cantos v. Argentinië*, een zaak die in ander verband al eerder werd vermeld. Het ging in die zaak om de trieste lotgevallen van Cantos die – tevergeefs – probeerde recht te halen bij de Argentijnse rechter. Nadat zijn vorderingen in hoogste aanleg waren afgewezen, was hij op 3 september 1986 door de Supreme Court veroordeeld tot betaling van US\$ 140.000.000.¹⁴⁴ Volgens Argentinië had het Inter-Amerikaanse Hof geen bevoegdheid om over de zaak te

oordelen met betrekking tot hetgeen was gebeurd voorafgaand aan de dag waarop Argentinië was toetreden tot de Amerikaanse Conventie (5 september 1984). Het Hof gaat uitvoerig op het verweer in¹⁴⁵ en overweegt:

"33. Before examining this objection on lack of competence, the Court deems it appropriate to indicate some rules of international law that have not been set forth clearly in this dispute.

34. In this respect, it is evident from the text of the Convention that a State may be a party to it and accept or reject the obligatory jurisdiction of the Court. Article 62 of the Convention uses the verb "may" to signify that acceptance of the jurisdiction is optional. It should also be emphasized that the Convention establishes obligations for States. These obligations are the same for all the States parties, in other words, they bind in the same way and with the same strength both the State party that has accepted the obligatory jurisdiction of the Court and the State party that has not done so. Also, it is necessary to distinguish between "reservations to the Convention" and "acceptance of the jurisdiction of the Court". The latter is a unilateral act of each State, governed by the terms of the American Convention as a whole and, therefore, not subject to reservations. Although some doctrine refers to "reservations" to the acceptance of the jurisdiction of an international court, in reality, this refers to limitations in the acceptance of the jurisdiction and not, technically, to reservations to a multilateral treaty.

35. When codifying general law on this issue, Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties establishes that:

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

36. It is worth indicating that Argentina deposited the instrument ratifying the American Convention and accepting the contentious jurisdiction of the Court on the same date, in the understanding (pursuant to Article 62) that it would only have effect with regard to juridical acts or facts that occurred after the instrument ratifying the Convention and accepting the Court's contentious jurisdiction had been deposited.

37. In view of the foregoing, the Court considers that the principle of the nonretroactivity of international norms embodied in the Vienna Convention on the Law of Treaties and in general international law should be applied, respecting the terms in which Argentina became a party to the American Convention.

38. The Court now examines the facts set out in the application, in accordance with the terms in which Argentine ratified the Convention and accepted the Court's contentious jurisdiction. Among the facts set forth (*supra* § 2), it is necessary to determine those that may fall within the Court's contentious jurisdiction. In this respect, a first series of facts comprises those that occurred mainly in the 1970s and allegedly caused damages to the companies and person of Mr. Cantos, such as the searches by the Revenue Department of the Province of Santiago del Estero, the seizure of the accounting documentation, the detentions and the harassment. A second category comprises the agreement signed by the Government of the Province of Santiago del Estero and Mr. Cantos on July 15, 1982. The facts included in these two groups occurred before the entry into effect of the Convention for Argentina and, therefore, do not fall within the Court's jurisdiction.

39. The Commission argues that some of the facts of which the State is accused are ongoing illicit acts; that is, the illicit acts continue to exist today. The Court does not consider it necessary to examine here the legal theory of ongoing illicit acts; it is sufficient that it confirm that, if any of the facts imputed to the State were of this nature, it would not be a "fact that

had occurred after September 5, 1984", the only category of facts for which Argentina accepted the jurisdiction of this Court.

40. The third category of facts with regard to which the contentious jurisdiction of the Court may be exercised includes the proceedings before the Supreme Court of Justice of Argentina after September 5, 1984, including the judgment of September 3, 1996, if it were alleged that the said proceedings could constitute *per se* violations of the American Convention.

41. In view of the foregoing, the Court considers that it should only accept partially the second preliminary objection."

10.10.2 In het vervolgarrrest¹⁴⁶ wordt overwogen:

"25. The Court's competence to hear this case was one of the preliminary objections decided in the judgment of September 7, 2001. There, the Court held that it is competent to hear all proceedings that occurred subsequent to September 5, 1984, if it were alleged that those proceedings *per se* constituted violations of the American Convention. Mr. Cantos began his case with the Supreme Court of Argentina in early July 1986, and the Court issued its judgment on September 3, 1996. Therefore, the present judgment will examine the procedural aspects of the proceedings before the Supreme Court and the latter's ruling of September 3, 1996, insofar as a violation of the American Convention may have occurred.

Argentina accepted the binding jurisdiction of this Court with regard to events or juridical acts that occurred subsequent to September 5, 1984. The Cantos case is not a new case, as it dates back to the 1970s. Therefore, the case itself and the decision handed down in the case are outside this Court's jurisdiction, even though they occurred subsequent to September 5, 1984. What do fall within the jurisdiction of this Court are the events that occurred subsequent to that date and that are themselves violations of the American Convention."

10.11 Toepassing van de onder 10.10 geciteerde regels zou Ecuador in de onderhavige procedure te stade kunnen komen.

10.12 In het standaardwerk van Schreuer¹⁴⁷ wordt opgemerkt:

"Apart from specific rules about critical dates, the date of the commencement of the proceedings is decisive. It is an accepted principle of international adjudication that jurisdiction will be determined by reference to the date on which judicial proceedings are instituted."¹⁴⁸

10.13.1 Zo bezien, ligt weinig voor de hand dat een latere omstandigheid, gelegen in een beweerdelijk slecht functioneren van een nationale rechter in het land van de investering, ertoe zou kunnen of zelfs maar moeten leiden dat het beslissende moment toch weer wordt verschoven. Daaraan doet niet af dat dit laatste in een aantal arbitrale uitspraken, waaronder de huidige, wél is gebeurd.¹⁴⁹

10.13.2 Hier lopen we in mijn ogen aan tegen het onder 5 reeds geschetste probleem van overmatige aandacht voor procedurele kwesties.

11 Een gure tegenwind steekt op voor BITs?

11.1.1 BITs hebben zich lange tijd in een grote populariteit kunnen verheugen.¹⁵⁰ Landen leken elkaar de loef te willen afsteken bij het afsluiten ervan. Anders dan een onbevangen toeschouwer wellicht zou denken en anders ook dan het Hof heeft aangenomen, is de reden voor het afsluiten ervan niet zonder meer gelegen in het aantrekken van investeringen *in eigen land*. De considerans van het litigieuze verdrag rept van de wens de economische samenwerking over en weer te vergroten. Het BIT beoogt deze, nog steeds volgens de considerans, te stimuleren.

11.1.2 De "Message" van de President van de Verenigde Staten aan de Senaat waarin wordt gevraagd om toestemming voor ratificatie spreekt evenwel (ook) een andere taal. De President (Clinton) schrijft:

"The Treaty is designed to protect U.S. investment and encourage private sector development in Ecuador, and support the economic reforms taking place there."¹⁵¹

11.2 Verderop in hetzelfde stuk, nog boven de (naar ik aanneem) handtekening van de President, keert de wederkerigheidsdoelstelling weer terug. Het is enigszins speculatief welke van de twee stellingen de werkelijke bedoeling van de Verenigde Staten weergeeft. Vermoedelijk zijn beide beoogd. De vraag is dan waar het zwaartepunt ligt. Ik wil daarover niet speculeren. Maar het is wellicht niet van ieder belang gespeend nu 's Hofs oordeel is gebaseerd op de kennelijke gedachte dat het verdrag ziet op het stimuleren van *wederzijdse* investeringen. Zo althans begrijp ik rov. 21. Bij de vraag hoe men tegen BITs aankijkt, kan eveneens van belang zijn wat deze *werkelijk* beogen. Anders gezegd: of de landen die deze sluiten beogen om iets wederkerigs tot stand te brengen dan wel uitsluitend uit zijn op bescherming van investeringen in het andere land, waarmee op zich trouwens niets mis is.

11.3 Ik veroorloof me nog kort voor te borduren op bedoelde "Message". Ervan uitgaande dat de onder 11.1.2 geciteerde passage in elk geval enige betekenis heeft,¹⁵² is m.i. duidelijk dat Ecuador en de Verenigde Staten allicht niet helemaal dezelfde bedoelingen hebben gehad.¹⁵³ In het kader van de uitleg kan dat gewicht in de schaal leggen, zeker als de appelrechter er kennelijk vanuit gaat dat zij beide hetzelfde voor ogen hebben gehad.

11.4 Ecuador heeft voorafgaand aan de pleidooien in cassatie onder meer een aantal knipsels van twee vooraanstaande Nederlandse kranten overgelegd waarin kritisch wordt geschreven over BIT-arbitrages. Ik ga daaraan voorbij. Met alle grote respect voor journalisten en voor gezaghebbende kranten en tijdschriften is te riskant om daarop af te gaan. Immers is de juistheid van dergelijke berichten moeilijk controleerbaar en kunnen journalisten daarvoor ook moeilijk instaan. Het is ook niet nodig omdat ander materiaal voorhanden is.¹⁵⁴

11.5.1 Interessanter zijn rapporten van UNCTAD, een VN-organisatie waar veel landen bij zijn aangesloten.¹⁵⁵ Het World Investment Report 2012 maakt melding van een groeiend aantal verzoeken om "disqualification of arbitrators", zowel door investeerders als door staten, zij het tot dan toe vruchteloos.¹⁵⁶

11.5.2 Ik haast mij hieraan toe te voegen dat we ook in ons land steeds meer zien dat rechters worden gewraakt. Een aantal wrakingen heeft ook succes. Maar daarmee is niet gezegd dat de rechtsbedeling in Nederland te wensen overlaat. Al was het maar omdat het criterium voor wraking de "uiterlijke schijn" is en niet of daadwerkelijk reden bestaat om aan te nemen dat een bepaalde rechter – kort gezegd – vooringenomen is.¹⁵⁷

11.6 Voorts heeft Ecuador een "Public Statement", ondertekend door een groot aantal wetenschappers overgelegd.¹⁵⁸ Daarin wordt gewezen op wat de ondertekenaars zien als tekortkomingen van het "international investment regime". Als "general principles" noemen ze de omstandigheid dat buitenlandse investeringen voor- en nadelen in zich bergen, terwijl iedere overheid de voordelen zou moeten bevorderen en de nadelen beperken. In hun visie zouden "awards issued by international arbitrators against states (..) in numerous cases [have] incorporated overly expansive interpretations of language in investment treaties. These interpretations have prioritized the protection of the property and economic interests of transnational corporations over the right to regulate of states and the self-determination of peoples. (...)"¹⁵⁹

6. The award of damages as a remedy of first resort in investment arbitration poses a serious threat to democratic choice and the capacity of governments to act in the public interest. (...)

8. Investment treaty arbitration as currently continued is not a fair, independent and balanced method for resolution of investment disputes and therefore should not be relied on for this purpose. (...)

14. States should review their investment treaties with a view to withdrawing from or renegotiating the in the light of the concerns expressed above; (...)

15. International organizations should refrain from promoting investment treaties (...)"¹⁶⁰

11.7 Zwaarder weegt de aanzwellende kritiek met betrekking tot de "usefulness and legitimacy" van het ISDS¹⁶¹-mechanisme, waaronder BIT-arbitrage valt. Als kritiekpunten worden genoemd (ik noem er slechts enkele): the impartiality and quality of arbitrators en "overall concerns about the functioning of the system, including the lack of coherence between the awards".¹⁶²

11.8 Een jaar na het onder 11.5.1 genoemde rapport is de toon in het volgende rapport somberder geworden.¹⁶³Onder verwijzing naar de literatuur schrijft UNCTAD dat

"the actual functioning of ISDS under investment treaties has led to concerns about systematic deficiencies in the regime."¹⁶⁴

11.9.1 In de uitwerking van deze zorg wordt een aantal noten gekraakt, waaronder de vraag of ad hoc benoemde arbiters "can be seen by the public at large as having sufficient legitimacy to assess the validity of States' acts, particularly if the dispute involves sensitive political issues."¹⁶⁵Aanzienlijke toegewezen bedragen kunnen "significant pressures" uitoefenen op de "public finances" en even zovele obstakels zijn voor duurzame economische ontwikkeling. Arbitrale uitspraken geven een verschillende uitleg aan dezelfde of vergelijkbare verdragsbepalingen.¹⁶⁶ De mogelijkheid tot "effective review" van "erroneous decisions" is beperkt.¹⁶⁷ Vraagtekens worden geplaatst bij de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van arbiters. De arbitragekosten zijn aanzienlijk, te weten meer dan US\$ 8 miljoen per zaak.¹⁶⁸

11.9.2 In het licht van dit alles wordt onder meer bepleit om de toegang tot ISDS te beperken en een appelvoorziening in het leven te roepen.¹⁶⁹ De beperking van de toegang tot arbitrage wordt verderop uitgewerkt.¹⁷⁰ Ook worden pogingen ondernomen om meer aandacht te besteden aan duurzame ontwikkeling.¹⁷¹

11.9.3 Vooral Van Harten vertolkt uitgesproken opvattingen in dit debat. Het eerste deel van zijn betoog onderschrijf ik; het tweede eveneens wanneer daarvoor een solide feitelijke basis bestaat.¹⁷²Van Harten betoogt onder meer het volgende:

"But states should not be assumed by the conclusion of these treaties to have mandated a transformation of the juridical nature of the state or the sacrifice of all other governmental priorities for the beneficiaries of more efficient capital flows.

(...)

Unfortunately, some arbitrators and many commentators seem to act aggressively when protecting investors while downplaying the implications for the respondent state. (...) As is argued in the next chapter of this book, the most important reason not to allocate to arbitrators the ultimate authority to resolve core matters in public law is that the financial incentives of private lawyers and academics, as distinct from judges, may be seen to encourage them whilst sitting as arbitrators to eschew a prudential approach to state liability."¹⁷³

11.10.1 Verontrustender is een rapport van CEO/TNI: Profiting from injustice.¹⁷⁴ In de samenvatting is te lezen:

"The report shows that the arbitration industry is far from a passive beneficiary of international investment law. They are rather highly active players, many with strong personal and commercial ties to multinational companies and prominent roles in academia who vigorously defend the international investment regime. They not only seek any

opportunity to sue governments, but also have campaigned forcefully and successfully against any reforms to the international investment regime.

(...)

Yet rather than acting as fair and neutral intermediaries, it has become clear that the arbitration industry has a vested interest in perpetuating an investment regime that prioritises the rights of investors at the expense of democratically elected national governments and sovereign states. They have built a multimillion-dollar, self serving industry, dominated by a narrow exclusive elite of law firms and lawyers whose interconnectedness and multiple financial interests raise serious concerns about their commitment to deliver fair and independent judgements.¹⁷⁵

11.10.2 Gesignaleerd wordt dat het aantal arbitrages is gestegen van 38 in 1996 tot 450 in 2011.¹⁷⁶ De "elite law firms" rekenen voor dit soort zaken, waarbij hele teams worden ingezet, US\$ 1000 per uur,¹⁷⁷ terwijl arbiters tot US\$ 1 miljoen voor een zaak opstrijken.¹⁷⁸ De kring van arbiters is klein: 15 hunner beslechten 55% van de zaken.¹⁷⁹ Volgens de auteurs zouden arbiters – kort gezegd – geneigd zijn voorrang te geven aan de belangen van bedrijven.¹⁸⁰ Last but not least: hedge funds zouden dit soort arbitrages helpen financieren in ruil voor een deel van de opbrengst.¹⁸¹

11.11 Onder verwijzing naar NGO's merkt een OECD-rapport, na te hebben geconstateerd dat arbiters en arbitrageadvocaten "very highly" worden betaald, op dat het

"has been suggested that arbitrators have a structural conflict of interest in deciding whether they have jurisdiction to hear each ISDS dispute because they are in effect deciding whether they will continue to be active (and be paid) for substantial additional work in the case in question."¹⁸²

11.12.1 Omdat de Verenigde Staten van Amerika één van de twee partijen is bij het litigieuze BIT acht ik niet zonder betekenis hoe in dat land wordt aangekeken tegen dit soort verdragen. In het congres bestond zorg over de mogelijkheid dat niet ingezetenen (buitenlandse investeerders in de VS) in BIT-arbitrages een betere of verdergaande bescherming zouden (kunnen) krijgen dan Amerikaanse investeerders in eigen land.¹⁸³

11.12.2 Volgens Kantor, die blijkens zijn op internet te vinden c.v. door de wol geverfd is, was het doel van de aanpassingen in de Amerikaanse Model BIT "to minimize the risk that the United States would be held liable for breach of an investment agreement".¹⁸⁴ Een dergelijke benadering is helder, duidelijk, direct en eerlijk. Voor mijzelf sprekend acht ik die insteek ook heel begrijpelijk. Maar er hangt wel een prijskaartje aan. Wanneer één van de verdragspartijen zo aankijkt tegen BITs, dan ligt minder voor de hand om deze ten opzichte van andere verdragspartijen heel anders uit te leggen. In het licht van hetgeen hiervoor is gezegd over de uitleg op basis van het WVV komt het mij voor dat hiermee rekening kan worden gehouden bij de uitleg van de onderhavige BIT, zij het dan ook dat dit alleen het geval is als serieuze twijfel mogelijk is over de uitleg van de in cassatie relevante bepalingen van dat BIT.

11.13.1 Ik hecht er, ter vermijding van mogelijk misverstand, aan te beklemtonen dat ik zeg noch ook wil suggereren dat de arbiters in de onderhavige zaak zich bij hun oordeelsvorming hebben laten leiden door andere dan zuivere overwegingen. Alle drie hebben zij een grote staat van dienst en hebben zij ruime ervaring in de arbitragewereld. Daar gaat het m.i. ook niet om.

11.13.2 M.i. is er voldoende reden om aan te nemen dat het huidige arbitragesysteem als zodanig niet (meer) optimaal functioneert, wat geheel onverlet laat dat het in concrete zaken voortreffelijk kan werken.¹⁸⁵ Dát is m.i. een voldoende klemmende reden om, *in geval van twijfel over de uitleg* van één of meer BIT-bepalingen, te kiezen voor een uitleg waarin de bevoegdheid van arbiters wordt beperkt.¹⁸⁶ Ik draai daar niet om heen en maak mijn

benadering aldus controleerbaar en transparant. Het biedt partijen ook de gelegenheid om in een zogenaamde Borgersbrief¹⁸⁷ op dit perspectief te reageren.

- 11.14.1 Met enige aarzeling plaats ik bij het bovenstaande nog de volgende kanttekening. Zoals we hebben gezien, is één van de pijnpunten van BIT-arbitrages dat deze betrekkelijk desastreuze gevolgen kunnen hebben voor landen. Praktisch gesproken betekent dat: voor hun bevolking. Mijn indruk is dat betrekkelijk universeel geldt dat de lasten dan vaak relatief zwaar gaan drukken op de toch al minst bevoorrechten. Zeker voor arme landen is dat een niet erg wenkend perspectief.
- 11.14.2 Als ik goed zie dan kennen dit soort verdragen geen uitlaatkleppen om bij bijzondere hardheid van de gevolgen van een aansprakelijkheid terughoudendheid te betrachten bij (volledige) toewijzing van claims. Datzelfde geldt voor het internationale recht, al lijkt er wel een zekere beweging te bespeuren.¹⁸⁸Een matigingsbepaling als art. 10:401 PETL¹⁸⁹ zou in voorkomende gevallen een nuttige rol kunnen spelen.¹⁹⁰ Ik formuleer met opzet voorzichtig omdat het bij BIT-arbitrages (vooral) om contractuele verplichtingen gaat. Maar zeker in een aantal in de doctrine genoemde BIT-gevallen zou zo'n bepaling goede diensten kunnen bewijzen, gesteld dat arbiters zouden overwegen om een aanzienlijk bedrag toe te wijzen.
- 11.14.3 Ik kan noch wil me uitspreken over de vraag of arbiters in de onderhavige zaak een redelijk bedrag hebben toegewezen. Immers heeft Ecuador ervoor gekozen om het arbitrale eindvonnis niet (meer) ter discussie te stellen. Bovendien is het toegewezen bedrag weliswaar aanzienlijk, maar niet zo groot dat dit voor een land als Ecuador, dat gelukkig niet tot de groep van (heel) arme landen behoort, onoverkomelijke problemen zal opleveren. Maar dat zou anders kunnen liggen wanneer het uiteindelijk zou gaan om US\$ 8,5 miljard (standpunt van Ecuador) of US\$ 9,5 miljard (standpunt Chevron).¹⁹¹
- 11.14.4 Los van de merites van deze zaak acht ik ook het onder 11.14.1 en 11.14.2 besproken argument van belang. Niet omdat Ecuador door arbiters inhoudelijk onrecht is gedaan – in die vraag wil ik, als gezegd, niet treden – maar omdat een verstrekkende uitleg van arbitrale bevoegdheid in voorkomende gevallen dit ongewenste effect kan sorteren.
- 11.15.1 Volledigheidshalve stip ik in dit verband nog het volgende aan. Mr. Van Geuns heeft, als gezegd, voorafgaand aan de pleidooien in cassatie wat informatie heeft toegezonden waaruit zou blijken dat een en ander schort aan BITs en BIT-arbitrage. Op dat aspect is hij in zijn pleidooi ook ingegaan.¹⁹² Tegen deze achtergrond trof me dat Z.E.G. opmerkte en desgevraagd bevestigde dat de hier besproken kwestie er *niet* toe doet voor de bevoegdheid van arbiters,¹⁹³ terwijl het daar in cassatie materieel gesproken om gaat. Volgens mr. Van Geuns is de strekking van zijn betoog slechts dat de rechter een eigen interpretatie moet geven aan het BIT en niet moet afgaan op het oordeel van arbiters.¹⁹⁴
- 11.15.2 Aldus rijst de vraag of deze opmerkingen van de pleiter voor Ecuador¹⁹⁵ meebrengen dat het in deze paragraaf behandelde argument niet kan worden meegewogen. Dat laatste is zeker verdedigbaar, maar een andere opvatting lijkt me aantrekkelijker en vooral ook juister. Zoals onder 6.16 al vermeld, komt het me voor dat het bij de uitleg van BIT-bepalingen gaat om recht in de zin van art. 79 RO. Bij die stand van zaken zal de rechter m.i. zelf een keuze moeten maken zonder daarbij gebonden te zijn aan de opvattingen van één partij, zelfs wanneer dat eiseres tot cassatie is.

12 De rol van BITs bij het aantrekken van investeringen

- 12.1 De gedachte achter BITs is dat zij een nuttige bijdrage leveren om investeringen aan te trekken omdat ze een zekere bescherming bieden aan investeerders tegen de overheid van het land waar

ze investeren. Op zich klinkt dit zeker niet onaannemelijk. Iedere garantie of zekerheid zal allicht enige bijdrage kunnen leveren aan een bereidheid om te investeren.

12.2 De onder 12.1 verwoorde gedachte lijkt enige steun te vinden wanneer we acht slaan op de bilaterale investeringsverdragen die de Verenigde Staten heeft afgesloten. Het gaat (bijna) steeds om landen die, in Westerse ogen, zekere politieke risico's in zich bergen.

12.3 Yackee heeft zich de vraag gesteld of BITs echt nodig zijn voor het aantrekken van investeringen.¹⁹⁶ Volgens Yackee valt daar wel iets op af te dingen;¹⁹⁷ hij staat daarin niet alleen.¹⁹⁸ Ook de Wereldbank plaatst daarbij vraagtekens.¹⁹⁹ Datzelfde geldt voor Hallward-Driemeier;²⁰⁰ de door haar verwoorde gedachten "do not *necessarily* reflect those of the World Bank"(cursivering toegevoegd).²⁰¹ Zij schrijft:

"Analyzing twenty years of bilateral FDI flows from the OECD to developing countries finds little evidence that BITs have stimulated additional investment. Those countries with weak domestic institutions, including protection of property, have not gotten significant additional benefits; a BIT has not acted as a substitute for broader domestic reform. Rather, those countries that are reforming and already have reasonably strong domestic institutions are most likely to gain from ratifying a treaty. That BITs act as more of a complement than a substitute for domestic institutions means that those that are benefiting from them are arguably the least in need of a BIT to signal the quality of their property rights."²⁰²

12.4.1 Sornarajah is stilliger.²⁰³ Zijn inziens is er geen bewijs dat "investment treaties" positieve effecten hebben. Hij formuleert het aldus:

"The premise on which investment treaties are made is that foreign investment leads to economic development and that foreign investment treaties lead to greater flows of foreign investment. Both assumptions are coming to be contested. There is no evidence to show that investment treaties have led to greater flows of foreign investment into states making them. Many states, particularly the least developed states, have liberalised their foreign investment laws and made a large number of investment treaties without witnessing the expected flows of foreign investment. The institutions that were formerly advocating these treaties now have studies indicating that the evidence that they lead to positive flows of foreign investment is non-existent and conjectural. Since the underlying assumption of these treaties is that flows of foreign investment lead to economic development, there is no reference to economic development in the treaties nor they contain any meaningful provisions as to the promotion of such economic development. The role of the capital-exporting partner in promoting flows of foreign investment is not stated as an obligation in the treaties, but instead is referred to in permissive language."²⁰⁴

12.4.2 Hij voegt er nog aan toe:

"It is obvious that a company that does not practice such responsible conduct [i.e. corporate responsibility and good governance] cannot contribute to the economic development of the host state".²⁰⁵

12.4.3 Voorts tekent Sornarajah aan dat de considerans vaak een vertekend beeld geeft. Weliswaar wordt gerept van wederkerigheid, maar in werkelijkheid gaat het vaak om eenrichtingverkeer: "one-way flow of investment from the developed state to the developing state", met de daarbij behorende "erosion of sovereignty"²⁰⁶ Hij hekelt de eenzijdige opvatting "usually laudatory of foreign investment."²⁰⁷

12.5.1 Uiteraard zijn er ook andere geluiden. Franck meent dat, de geopperde nadelen van BITs ten spijt, deze BITs en met name de daarbij behorende arbitragemogelijkheid belangrijk zijn bij het verwerven van buitenlandse investeringen.²⁰⁸ Sornarajah heeft nuchter opgemerkt dat "Obviously, states which participate in the making of these treaties consider them to be

necessary for a variety of reasons, the most important being the belief that they promote the flow of foreign investment.”²⁰⁹

12.5.2 Volgens Sasse geldt het volgende:

“Bilateral Investment treaties appear to attract FDI²¹⁰ at the margin.”²¹¹

12.6 Ik ben op dit alles ingegaan met het oog op de door het Hof in rov. 24 bijgebrachte “ervaringsregel”. Het is intussen zeer de vraag of hetgeen in deze paragraaf wordt geschetst van veel belang is voor de beslechting van het *onderhavige* geschil. Zelfs als juist zou zijn dat bescherming van oude investeringen nuttig kan zijn bij het aantrekken van nieuwe, is daarmee nog niet gezegd dat dit partijen voor ogen heeft gestaan en nog minder dat zij zodanige bescherming beide hebben gewild. Dat kán zo zijn, maar bij gebreke van concrete aanwijzingen kan het daarvoor niet worden gehouden.

12.7 Hoewel dat enigszins speculatief is, ben ik geneigd te denken dat niet bijster plausibel is dat de verdragsluitende staten de zojuist genoemde bedoeling hebben gehad. Immers was, volgens Chevron, destijds sprake van een goed functionerend rechtssysteem in Ecuador zodat BIT-arbitrage voor oude gevallen nodig noch zinvol was. Dat zou slechts anders zijn wanneer zou moeten worden aangenomen dat BIT-arbitrage gemeenlijk tot gunstiger resultaten voor investeerders zou leiden dan rechtspraak van goed functionerende nationale rechters, maar zelfs als dat zo zou zijn, vraag ik me af of een uitleg te goeder trouw mee zou kunnen brengen dat een dergelijk moeilijk te rechtvaardigen voordeel investeerders in de schoot zou worden geworpen.

13 Bespreking van het principale cassatiemiddel

Inleiding

13.1 Zoals al aangegeven onder 6.16 meen ik dat het BIT recht is in de zin van art. 79 RO. Het is niet steeds geheel duidelijk of het middel rechts- of motiveringsklachten wil postuleren. Het heeft er de schijn van dat de steller over het hoofd heeft gezien dat rechtsoordelen niet met vrucht met motiveringsklachten kunnen worden bestreden en dat een rechter een rechtsoordeel niet behoeft te motiveren.

13.2 Voor zover zou moeten worden aangenomen dat het BIT geen recht is in de zin van art. 79 RO mislukken de meeste klachten. Men kan over een aantal van ‘s Hofs oordelen verschillend denken, maar onbegrijpelijk – de maatstaf voor het slagen van een motiveringsklacht – zijn veruit de meeste oordelen niet.

13.3 Gezien de inzet en het belang van deze zaak heb ik eventuele tekortkomingen als onder 13.1 gesignaleerd met de mantel der liefde bedekt. Ik bespreek de klachten zoals zij allicht zouden zijn verwoord wanneer hetgeen onder 13.1 werd vermeld in acht was genomen. Dat is niet steeds eenvoudig, maar ik zie ervan af dat per klacht afzonderlijk te gaan bespreken.

13.4 Ook zie ik af van subsidiaire behandeling van de klachten voor het geval Uw Raad mijn oordeel met betrekking tot de onder 13.1 genoemde kwestie niet onderschrijft. Ik volsta ermee op te merken dat in dat scenario hooguit iets te zeggen valt voor de klachten van de onderdelen 1, 2 en ten dele 3.2.

Behandeling ten gronde

Klachten van de onderdelen 1.1 en 1.2

13.5 *Onderdeel 1* kant zich, zoals uit de inleiding onder 2 (p. 7 van de cassatiedagvaarding) valt af te

leiden, met rechts- en motiveringsklachten tegen rov. 21 en 23.

13.6.1 *Onderdeel 1.1* zet, blijkens het kopje, in op de onbegrijpelijkheid van 's Hofs oordeel in de context van het BIT. Volgens het onderdeel is 's Hofs oordeel onbegrijpelijk in het licht van de beperkingen op de reikwijdte van het BIT die zijn opgenomen in art. XII lid 1 BIT en/of art. I lid 1(a), aanhef BIT. Dit zou zeker gelden nu het Hof in het kader van zijn oordeel geen kenbare aandacht heeft besteed aan deze bepalingen en/of de daarin opgenomen beperkingen.

13.6.2 Ter uitwerking van deze klacht wordt aangevoerd dat art. XII lid 1 BIT bepaalt dat het BIT alleen van toepassing is op investeringen die zijn gedaan na het moment van inwerkingtreding van het BIT of die op dat moment reeds bestonden. Zoals Ecuador gemotiveerd heeft toegelicht, worden investeerders in het BIT gestimuleerd om nieuwe investeringen te doen of bestaande investeringen aan te houden doordat deze investeringen zelf onder het BIT worden gebracht. Een investeerder behoeft daardoor niet te vertrouwen op vage noties als het investeringsklimaat waaraan het Hof refereert, maar krijgt in het BIT harde garanties voor zijn eigen investering.

13.6.3 Het oordeel van het Hof komt er echter op neer dat (i) investeringen in het stelsel van het BIT niet alleen gestimuleerd worden door rechten toe te kennen ten aanzien van deze investeringen zelf, maar ook door rechten toe te kennen ten aanzien van andere investeringen en (ii) dat deze laatste indirecte wijze van het stimuleren van investeringen in het systeem van het BIT voldoende reden is om ook andere investeringen onder de reikwijdte van het BIT te brengen dan de investeringen die het BIT kan en beoogt te stimuleren. Dit zou onverenigbaar zijn met het feit dat het BIT andere investeringen dan die nog gestimuleerd kunnen worden volledig uitsluit van de reikwijdte van het BIT. Uit art. XII lid 1 BIT vloeit immers voort dat andere investeringen dan die onder art. XII lid 1 BIT vallen, te weten investeringen die reeds zijn geëindigd, uitgesloten zijn van de reikwijdte van het BIT. De enkele mogelijkheid dat het toekennen van rechten ten aanzien van reeds geëindigde investeringen bevorderlijk zou kunnen zijn voor het aantrekken van nieuwe investeringen of voor het investeringsklimaat is in het stelsel van het BIT dus onvoldoende om ook deze investeringen onder de reikwijdte van het BIT te brengen. Het Hof legt op geen enkele wijze uit hoe de gedachte dat voor bescherming van een investering onder het BIT voldoende is dat dit andere investeringen kan stimuleren, verenigbaar is met het feit dat het BIT niet van toepassing is op investeringen die op het moment van inwerkingtreding van het BIT reeds zijn geëindigd. Dit klemt des te meer nu art. XII lid 1 van het BIT centraal stond in het betoog van Ecuador dat het BIT voorziet in een *quid pro quo* tussen de investeerder en het land waar de investering wordt gedaan, in die zin dat een investeerder die een investering doet of aanhoudt in ruil daarvoor bijzondere rechten krijgt onder het BIT. Door desalniettemin volledig voorbij te gaan aan art. XII lid 1 BIT heeft het Hof zijn oordeel in ieder geval onvoldoende gemotiveerd.

13.6.4 Het Hof licht ook niet toe hoe zijn oordeel verenigbaar is met de geografische reikwijdte van het BIT. Uit art. I lid 1(a), aanhef BIT, blijkt dat het BIT enkel van toepassing is op investeringen die door onderdanen van het ene land gedaan worden in het territorium van het andere land. Het BIT kent dus in het geheel geen rechten toe aan investeringen van onderdanen van derde landen, terwijl het toekennen van rechten aan deze investeringen in de gedachtegang van het Hof toch ook bevorderlijk zou moeten zijn voor het aantrekken van nieuwe investeringen door Amerikaanse investeerders in Ecuador. Ook hieruit blijkt dat de enkele mogelijkheid dat het toekennen van rechten ten aanzien van investeringen bevorderlijk zou kunnen zijn voor het aantrekken van andere investeringen of voor het investeringsklimaat, onvoldoende is in het stelsel van het BIT om ook deze investeringen onder de reikwijdte van het BIT te brengen. Uit de overwegingen van het Hof valt niet op te maken dat het Hof enige aandacht heeft geschonken aan deze beperking(en) op de reikwijdte van het BIT.

13.7 *Onderdeel 1.2* richt zich tegen het door het Hof naar voren geschoven ervaringsfeit. 's Hof's oordeel dat (i) als ervaringsfeit kan worden aangemerkt dat een faire afwikkeling van een investering bevorderlijk is voor het aantrekken van nieuwe investeringen en (ii) dit in gelijke mate geldt voor de afhandeling van investeringen waarvan de operationele fase reeds is geëindigd, is onjuist, althans onbegrijpelijk. Een dergelijk "ervaringsfeit" bestaat niet en het Hof geeft ook niet aan waarop "zij" (mr. Van Geuns doelt kennelijk op het Hof) dit veronderstelde ervaringsfeit baseert. Het gaat hier ook niet om een onderwerp ten aanzien waarvan het Hof en/of de gemiddelde persoon zelf ervaring opdoet, maar het Hof doet hier uitspraken over een kwestie die uitvoerig economisch onderzoek vergt terwijl er uitvoerige discussie bestaat over de vraag wat investeerders stimuleert tot het doen van een investering in een land en of BIT's stimulerend werken. Er is hier dus geen sprake van een ervaringsfeit in de zin van art. 149 Rv of anderszins.

13.8 Daar komt bij dat 's Hof's oordeel haaks staat op het debat tussen partijen. Ecuador heeft gesteld dat het beschermen van vorderingen die samenhangen met investeringen die reeds zijn beëindigd, niet helpt om investeringen te bevorderen. In lijn daarmee heeft Chevron gesteld dat het voor het oogmerk om investeringen te stimuleren niet noodzakelijk is om ook bescherming te bieden aan bestaande investeringen, daaronder investeringen in de liquidatiefase. Ook in het licht van deze opvattingen van partijen kon het Hof niet het door hem zelf aangenomen ervaringsfeit aan zijn beslissing ten grondslag leggen, zeker niet zonder dit nader te motiveren, aldus nog steeds het onderdeel.

Bespreking van de klachten van de onderdelen 1.1 en 1.2

13.9 's Hof's oordeel is voor verschillende uitleg vatbaar. De meest plausibele lezing is m.i. de volgende. Bescherming van "oude" investeringen trekt nieuwe investeringen aan. Daarom ligt voor de hand om het begrip "investeringen" ruim uit te leggen opdat zo veel mogelijk investeringen kunnen profiteren van de door het BIT beoogde bescherming.

13.10.1 Als de onder 13.9 weergegeven lezing juist is, dan is zij niet redengevend ter weerlegging van het betoog van Ecuador zoals weergegeven in rov. 19. Dat betoog, zoals het ook door het Hof is begrepen, kwam er immers op neer dat in een situatie waarin een investering in feitelijke zin was afgebouwd (de operationele fase was beëindigd)²¹² niet valt in te zien wat er nog te stimuleren valt. Voor zover het onderdeel een hierop toegesneden klacht vertolkt, slaagt het.

13.10.2 Daaraan doet niet af dat in een dergelijke situatie de mogelijkheid bestaat dat de beëindigde operationele fase door nieuwe investeringen weer tot leven wordt geblazen. Voor die nieuwe investeringen is het van tweeën één: ofwel zij vallen onder het BIT of dat is niet het geval. Of dat het geval is, hangt af van de uitleg van de relevante BIT-bepalingen. Men kan zeker niet categorisch zeggen dat dergelijke investeringen zonder meer en altijd vallen onder het BIT, ook wanneer ze vóór de inwerkingtreding zijn gedaan.

13.11 Voor zover het Hof heeft willen zeggen dat bescherming van oude investeringen, ook wanneer deze niet vallen onder het BIT of wanneer deze daar met enig kunst- en vliegwerk onder worden gebracht, nieuwe investeringen aantrekt, is dat oordeel onbegrijpelijk. Het behoeft gedegen toelichting, die het Hof evenwel niet geeft, waarom nieuwe investeringen, die al worden beschermd door het BIT, *extra* zouden worden aangemoedigd door bescherming van oude investeringen. Wat zou die bescherming van andere en oudere investeringen voor de nieuwe immers toevoegen?

13.12.1 Ook de ervaringsregel die het Hof onder zijn oordeel schuift, kan dat oordeel niet (mede) dragen. In de eerste plaats is m.i. aan gerede twijfel onderhevig of van een zodanige regel kan worden gesproken. Als iets een ervaringsregel is die een rechter aan zijn oordeel ten grondslag zou kunnen leggen, dan is dat veeleer een tegenovergestelde regel. De vraag of een onderneming in een land wil investeren, is afhankelijk van tal van omstandigheden. De

kern is, allicht, afweging van risico's tegen de verwachte voordelen. Naarmate de verwachte voordelen groter zijn, zal een onderneming bereid zijn meer risico te nemen. Dat is, naar valt aan te nemen, ook de reden dat ondernemingen – soms aanzienlijk – investeren in landen met een erg instabiel politiek klimaat en/of een niet optimaal functionerende rechterlijke macht. De verwachte winsten zijn zó hoog dat de (leiding van de) onderneming graag bereid is die risico's te lopen. Daar komt nog bij dat, wat omfloerst gezegd, sommige ondernemingen op het bestaande systeem weten in te spelen op een zodanige wijze dat de risico's worden beperkt.

13.12.2 M.i. hebben de talloze crises – veranderingen van het regime in een land, financiële problemen zoals instabiele wisselkoersen, heel hoge rentes of inflatie, onteigeningen en zo meer – uitgewezen dat veel beleggers (investeerders) vergevingsgezind zijn. Of misschien moet ik het iets anders zeggen: de sirenenroep van snelle winsten doet alle oude problemen al spoedig vergeten. Die vergevingsgezindheid materialiseert zich niet zelden verrassend snel. Een deel van de verklaring is, denk ik, dat ons systeem nog steeds te veel is beïnvloed door korte termijn denken en de wens om snelle winsten binnen te halen.

13.12.3 Onder 13.12.1 sprak ik van "tal van omstandigheden". Het Hof slaat *in zoverre* de spijker op de kop dat de bescherming van oude investeringen (waaronder betrouwbare rechtspraak) *in voorkomende* gevallen een rol kan spelen. Dat zou met name het geval kunnen zijn voor ondernemingen die al aanzienlijk in een bepaald land hebben geïnvesteerd en die overwegen daar opnieuw of meer te investeren. Maar daarmee is nog niet gezegd dat bescherming van oude investeringen *in het algemeen* nieuwe investeringen die reeds voldoende worden beschermd door een BIT extra zou aanmoedigen. Ondernemingen als zojuist bedoeld, zouden afspraken over bijvoorbeeld arbitrage met het betrokken land kunnen maken alvorens hun nieuwe investeringen uit te voeren.

13.12.4 Bovendien is 's Hof's oordeel niet te verzoenen met hetgeen hiervoor onder 12 werd vermeld. Zelfs wanneer hetgeen daar wordt betoogd niet helemaal juist zou zijn, roept het zo veel vragen op over 's Hof's oordeel dat de enkele niet onderbouwde "ervaringsregel" 's Hof's oordeel niet mede kan schragen. Daaraan doet niet af dat Uw Raad geneigd is om ervaringsregels al spoedig voor rekening van de feitenrechter te laten.²¹³

13.13 Hier aangekomen rijst de vraag of de zojuist besproken elementen uit 's Hof's redengeving zijn oordeel mede dragen. Of, iets anders gezegd, of dat oordeel zelfstandig kan worden gedragen door hetgeen het Hof *voor het overige* onder zijn oordeel heeft geschoven.

13.14.1 In rov. 17 bespreekt het Hof de "ratione temporis". Het komt tot een bepaalde uitleg van art. XII BIT "behoudens wanneer er indicaties zijn voor het tegendeel" (laatste alinea). 's Hof's oordeel komt er dus op neer dat het zelfstandig dragend is tenzij er "indicaties" zijn om anders te oordelen. Het is dus, in 's Hof's visie, *niet* nodig dat zijn oordeel door bijkomende feiten of omstandigheden wordt *ondersteund*.

13.14.2 In rov. 21 schuift het Hof, naast het genoemde ervaringsfeit, *mede* de considerans ("preamble") onder zijn oordeel. Zoals hierna zal blijken, acht ik ook de daartegen gerichte klacht gegrond.

13.14.3 Uit het arrest, in zijn geheel gelezen, valt op te maken dat 's Hof's oordeel over de uitleg van de artikelen I en XII BIT op het volgende is gestoeld:

- a. de normale betekenis van de relevante BIT-begrippen in het spraakgebruik;
- b. het doel van het BIT;
- c. de ervaringsregel en
- d. de considerans, waartegen onderdeel 1.4 opkomt,

met dien verstande dat m.i. duidelijk is dat het zwaartepunt ligt bij element a en b.

- 13.15 Het komt mij voor dat het wegvallen van het aan de ervaringsregel ontleende argument niet meebrengt dat 's Hofs oordeel *dus* niet meer kan worden gedragen door hetgeen resteert. Of de uitleg van de artikelen I en XII BIT de toets der kritiek kan doorstaan, zal hierna worden besproken in het kader van onderdeel 3.2. Het door het Hof genoemde ervaringsfeit zelf, speelt m.i. bij die beoordeling geen rol meer. Maar zo nodig kan deze factor na verwijzing nog worden meegewogen.²¹⁴
- 13.16 Voor zover *onderdeel 1.1 onder 3* nog de klacht behelst dat het Hof geen aandacht besteed aan "de beperkingen op de reikwijdte van het BIT die zijn opgenomen in artikel XII lid 1 BIT en/of artikel I lid 1(a) aanhef BIT" mist het feitelijke grondslag. Het Hof is daarop in rov. 18 e.v. wel degelijk ingegaan.
- 13.17 Voor zover de klachten, met name *onderdeel 1.1 onder 6*, hameren op de uitleg van art. XII lid 1 BIT doet zich een complicatie voor. In de passages die de hier behandelde klachten aan de orde stellen (hetgeen in de cassatiedagvaarding staat onder 1), velt het Hof over art. XII BIT als zodanig geen oordeel. Het Hof gaat aan de hand van twee specifieke argumenten van Ecuador, met name in op de uitleg van art. I BIT en niet zo zeer op de uitleg van art. XII lid 1 BIT. In 's Hofs visie komt het niet (zo zeer) aan op art. XII lid 1 BIT, maar (veeleer) op de betekenis van de term "investment" in art. 1 (rov. 17, 20, 21 en 23). De hier besproken klacht ziet daaraan voorbij.
- 13.18 *Onderdeel 1.1 sub 7* is met het voorafgaande besproken; zie onder 13.11. Mr. Van der Beek verstaat de klacht m.i. verkeerd waar hij in zijn pleitnotities het betoog van Ecuador over *quid pro quo* afdoet met een beroep op wederkerigheid (onder 29). Ecuador doelt immers niet op wederkerigheid tussen beide verdragspartijen, maar op het afwezig zijn van enige "tegenprestatie" voor de bescherming van oude investeringen die niet onder het BIT vallen, of die daar slechts met geknutsel onder kunnen worden gebracht.
- 13.19 Hetgeen *onderdeel 1.1 onder 8* aanvoert over de geografische reikwijdte van het BIT is mij niet goed duidelijk. Wat daarvan ook zij, Chevron wijst er met juistheid op dat het Hof geen oordeel heeft geveld als door het onderdeel bestreden (pleitnotities onder 31).
- 13.20 Met betrekking tot *onderdeel 1.2* heeft Chevron, in mijn parafraze, nog aangevoerd dat het Hof weliswaar rept van een "ervaringsfeit", maar dat het daarom niet gaat. Het Hof zou zich immers hebben bekeerd tot het standpunt van Chevron. In dat verband wordt aangevoerd dat Chevron een stelling als door het Hof onder zijn oordeel geschoven nadrukkelijk heeft betrokken (pleitnotities onder 34).
- 13.21.1 Zeker nu partijen het op dit punt niet met elkaar eens zijn en waren, valt niet aan te nemen dat het Hof, zonder daarvan zelfs maar melding te maken, zonder meer de stellingen van Chevron zou hebben aanvaard met voorbij gaan aan de anders luidende stellingen van Ecuador. Bij die stand van zaken kan de conclusie geen andere zijn dan dat het Hof met "ervaringsfeit" bedoelt wat dit woord tot uitdrukking brengt.
- 13.21.2 Bovendien is de bewering van mr. Van der Beek niet juist. Hij verwijst naar verschillende passages in de gedingstukken. Daaronder de mva onder 37. Daar is een betoog als in zijn pleitnotities in cassatie onder 34 vermeld niet te vinden. Mede gelet op art. 21 Rv. (de waarheidsplicht) acht ik mij ervan ontslagen de andere vindplaatsen na te slaan.

De klacht(en) van onderdeel 1.3 en de bespreking daarvan

- 13.22 *Onderdeel 1.3* acht 's Hofs hiervoor besproken oordeel in strijd met art. 31 WVV doordat het Hof dit oordeel primair, althans mede, heeft gebaseerd op een verondersteld ervaringsfeit. Primair geldt dat het WVV geen plaats biedt voor ervaringsfeiten in de interpretatie van verdragen; subsidiair dat het Hof het gewicht miskent dat onder het WVV dient te worden toegekend aan de

bewoordingen van het BIT zelf. Het gebruik van het woord "ervaringsfeit" illustreert dat het Hof hier zelf speculeert over de bedoeling van partijen bij het BIT.

13.23.1 Zoals hiervoor onder 13.15 reeds geschetst, is zeer de vraag of juist is dat het door Ecuador bestreden ervaringsfeit een (mede) dragende functie vervult in 's Hofs gedachtegang.

13.23.2 Voor zover de klacht in zoverre op een deugdelijke feitelijke basis zou steunen dat het ervaringsfeit in 's Hofs oordeel een relevante rol speelt, kunnen we twee kanten op.

13.24 Het is juist dat de artikelen 31 en 32 WVV uitlegregels geven die betrekkelijk strak worden omschreven; ik moge verwijzen naar hetgeen hiervoor is vermeld onder 7-9. Art. 31 lid 1 WVV geeft aan dat context, voorwerp en doel van het verdrag mede van belang zijn voor de uitleg van een verdrag. Met Chevron²¹⁵ en het Hof acht ik het dus niet onmogelijk om betekenis toe te kennen aan feiten of omstandigheden die op een en ander redelijkerwijs licht kunnen werpen. Maar die feiten en omstandigheden moeten dan wel voldoende klemmend én voldoende aannemelijk zijn. Op dat laatste zien de hiervoor al behandelde onderdelen 1.1 en 1.2. In zoverre voegt onderdeel 1.3 niets wezenlijks toe.

13.25 Voor zover het onderdeel categorisch uitsluit dat feiten en omstandigheden als door het Hof bijgebracht, kunnen worden meegewogen op de voet van art. 31 WVV berust het m.i. op een onjuiste rechtsopvatting. Een rechtsopvatting waarmee Ecuador, zoals hierna nog zal blijken, trouwens in eigen voet zou kunnen schieten, net zoals Chevron dat zou kunnen doen met het aanvaarden van de gedachte dat deze en dergelijke feiten en omstandigheden op de voet van het WVV kunnen worden verdisconteerd.

De klachten van onderdeel 1.4 en 1.5 en de bespreking daarvan

13.26 *Onderdeel 1.4* is gebaseerd op de veronderstelling dat rov. 21 en 23 (anders dan Ecuador meent) aldus zouden moeten worden begrepen dat het Hof de gedachte dat het BIT beoogt investeringen te stimuleren door rechten toe te kennen ten aanzien van andere investeringen heeft gebaseerd op de preambule. Dat oordeel wordt als onbegrijpelijk aan de kaak gesteld. Immers is een dergelijke gedachte simpelweg niet terug te vinden in de preambule. In het door het Hof in rov. 21 geciteerde deel van de preambule van het BIT wordt slechts overwogen dat overeenstemming over de wijze waarop investeringen behandeld moeten worden de kapitaalstromen zal stimuleren. Daarmee wordt niet méér gezegd dan dat investeringen worden gestimuleerd door de afspraken in het BIT omtrent behandeling van investeringen. Dit past volledig bij het systeem van art. XII lid 1 BIT waarin rechten worden toegekend aan investeringen teneinde te stimuleren dat deze investeringen zelf worden gedaan of aangehouden. Bovendien spreekt de preambule nergens over de afwikkeling van een investering, laat staan dat een goede afwikkeling wordt aangemerkt als een stimulans voor nieuwe investeringen zoals het Hof oordeelt in de "éénlaatste zin" van rov. 21. Ook om die reden is het oordeel van het Hof onbegrijpelijk.

13.27 *Onderdeel 1.5* voegt hieraan nog het volgende toe. Voorzover rov. 21 en 23 (anders dan Ecuador meent) aldus begrepen zouden moeten worden dat het Hof ervan is uitgegaan dat de bescherming van investeringen niet slechts een middel is om investeringen te stimuleren, maar ook een zelfstandig doel is van het BIT, is dit oordeel onbegrijpelijk. Ten eerste zou dit onverenigbaar zijn met de beperkte reikwijdte van het BIT. Indien het BIT als zelfstandig doel heeft om investeringen te beschermen, dan is er immers geen reden om reeds geëindigde investeringen uit te sluiten van de reikwijdte van het BIT. Ten tweede zou dit oordeel, als gezegd, onverenigbaar zijn met de preambule. Voor zover het oordeel van het Hof over het doel van het BIT berust op de titel van het BIT, is dit onbegrijpelijk omdat de titel niet aangeeft wat het doel van het BIT is, maar slechts over welke onderwerpen het BIT handelt, aldus het onderdeel.

13.28 Het is niet voor redelijke twijfel vatbaar dat het Hof de considerans (preamble) in zijn oordeel

heeft betrokken. Dat is namelijk met zoveel woorden te lezen in de eerste volzin van rov. 21. De vraag is slechts wat het Hof daaruit afleidt. Dat is minder duidelijk.

13.29.1 Ik ben geneigd te menen dat het Hof uit de considerans afleidt dat het beschermen van bestaande – dus ook op zich *buiten* het BIT vallende,²¹⁶ want al beëindigde – investeringen bijdraagt aan het genereren van nieuwe investeringen. Hoewel die uitleg niet dwingend is, kan deze m.i. worden afgeleid uit het tussen haakjes plaatsen van het woordje “nieuwe”. Aldus gelezen slaagt onderdeel 1.4. Er is in de tekst van de considerans geen steun voor deze lezing te vinden. Noch ook valt, zonder nadere toelichting, in te zien waarom het doel van het BIT (mede) zou zijn om investeringen die daar buiten vallen te beschermen in dier voege dat ze met kunst- en vliegwerk onder het BIT worden geschoven.

13.29.2 Ook het vervolg van rov. 21 en 23, dat klaarblijkelijk op de eerste volzin van rov. 21 voortbouwt, kan moeilijk anders worden gelezen dan onder 13.29.1 vermeld.

13.30 Overigens is ook met het slagen van deze klacht nog niet gezegd dat Ecuador op het stuk van de bevoegdheid van arbiters aan het langste eind zal trekken. Of dat het geval is, hangt vooral af van de uitleg van de artikelen I en XII BIT.

13.31.1 Chevron heeft er bij pleidooi nog aandacht voor gevraagd dat het werkelijke debat veeleer over een andere vraag gaat: te weten of beëindiging van de operationele fase vóór de inwerkingtreding van het BIT betekent dat die investering hoe dan ook buiten de werkingssfeer van het BIT valt.²¹⁷ Op zich is dat juist. Maar voor de beoordeling van het hier besproken onderdeel doet het er m.i. niet toe. Immers kan ik in de considerans geen *duidelijke* aanwijzingen vinden voor of tegen de opvatting van Ecuador.

13.31.2 Zo men wil, maar die lezing is zeker niet dwingend en wordt door het onderdeel ook niet verdedigd, zou in de considerans enige steun *kunnen* worden gelezen voor de opvatting van Ecuador zoals door het Hof weergegeven in rov. 19. Immers wordt gesproken van “*greater economic cooperation*”,²¹⁸ “stimulate the flow of private capital”, “economic development” en kennelijk in dat verband “a stable framework for investment”. Grotere samenwerking en het toevloeien van *nieuw* kapitaal wijzen op iets nieuws en niet op iets bestaands. Dat betekent niet per se dat de considerans niet mede zou kunnen zien op iets bestaands, maar het staat er m.i. niet. Dat mijn argument mogelijk, maar niet dwingend is, komt door de laatste geciteerde passage “a stable framework”. Ik heb deze laatste factor in verband gebracht met hetgeen daarvoor staat, maar men *kán* die factor (“stable framework”) ook lezen als een afzonderlijk/zelfstandig element dat de verdragsluitende partijen op het oog hadden. In dat laatste geval *kán* die omstandigheid worden gelezen als een ondersteuning van de opvatting van het Hof (en Chevron).

13.31.3 Voor zover nodig zou in het hier behandelde kader ook nog kunnen worden betrokken hetgeen in par. 12 aan de orde werd gesteld.

13.32 Al met al acht ik ook onderdeel 1.4 gegrond. Uit de considerans kan zeker niet zonder meer steun voor ‘s Hof’s oordeel worden geput. In elk geval behoeft nadere toelichting waarom dat het geval zou zijn.

13.33 Voor zover *onderdeel 1.5* al zelfstandige klachten vertolkt, valt het in essentie in herhalingen. Bovendien ontbeert het feitelijke grondslag. Immers blijkt uit niets dat het Hof het beschermen van investeringen “als een zelfstandig doel” (dus los van het aantrekken van nieuwe investeringen) heeft gezien.

De klachten van onderdeel 2 en de bespreking daarvan

13.34 *Onderdeel 2* komt op tegen de derde alinea van rov. 22, hiervoor geciteerd onder 2.4. Dit oordeel wordt als onbegrijpelijk dan wel onjuist aan de kaak gesteld.

13.35.1 Volgens *onderdeel 2.1* komt 's Hofs oordeel erop neer dat het woord "investment" in art. I lid 1(a), onder (iii) BIT niet dient te worden ingevuld op basis van de definitie van "investment" in art. I lid 1(a), de preambule en de rest van het BIT, maar op basis van de betekenis die dit woord in het normale spraakgebruik heeft. Het Hof acht dit noodzakelijk om een circulaire definitie te voorkomen. Hierdoor laat het Hof onder meer de geografische reikwijdte buiten beschouwing die is opgenomen in de definitie van "investment". Het BIT definieert (in art. I lid 1(a), aanhef) het begrip "investment" als iedere investering "in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party. [...]" Een "investment" onder het BIT is dus beperkt tot investeringen die door Amerikaanse investeerders zijn gedaan in Ecuador (en door Ecuadoriaanse investeerders in de Verenigde Staten). In het normale spraakgebruik zijn er echter geen geografische beperkingen ten aanzien van het begrip "investering". De redenering van het Hof brengt daardoor mee dat ook een vordering van een Amerikaans bedrijf tegen Ecuador die samenhangt met een investering in bijvoorbeeld Peru (of in de Verenigde Staten zelf) onder de reikwijdte van het BIT zou vallen. Ook dat is immers een vordering die samenhangt met wat in het normale spraakgebruik een "investering" is. Het is zonder nadere toelichting onbegrijpelijk waarom het BIT een vordering die samenhangt met een investering in bijvoorbeeld Peru, Canada of Sri Lanka relevant zou achten (terwijl het BIT (logischerwijs) de investering zélf in die landen niet relevant acht) en uit het arrest van het Hof valt ook niet op te maken hoe dit in de visie van het Hof verenigbaar zou kunnen zijn met de doelstelling van het BIT.

13.35.2 De reikwijdte die het Hof heeft gegeven aan het begrip "investment" in art. I lid 1(a)(iii) BIT is niet alleen geografisch gezien onbeperkt, maar ook temporeel onbeperkt. Zoals Ecuador heeft aangevoerd, zouden hiermee ook vorderingen die samenhangen met investeringen die eeuwen geleden zijn geëindigd onder de reikwijdte van het BIT vallen. Ook daarom zou de beslissing van het Hof onbegrijpelijk zijn.

13.36 Deze klacht, die ik verkort heb weergegeven, faalt. Het is niet aan redelijke twijfel onderhevig dat het Hof geen van de bestreden opvattingen voor ogen heeft gehad noch ook heeft bedoeld. Het heeft zich slechts de vraag gesteld wat "investering" in het normale spraakgebruik betekent voor situaties als de onderhavige. Bovendien worden beide kwesties specifiek in het verdrag geregeld (art. I lid 1(a) en art. XII).

13.37.1 *Onderdeel 2.2* zet de strijd in op wat het Hof in de voorlaatste alinea van rov. 22 aanduidt als "logica en werkbaarheid". 's Hofs oordeel wordt onbegrijpelijk genoemd. Ten eerste ligt het, volgens het onderdeel, vanuit het oogpunt van logica en werkbaarheid juist voor de hand om het begrip "investment" op alle plaatsen in het BIT op dezelfde wijze uit te leggen. Het Hof overweegt in rov. 17 zelf dat dit ook het doel is van een definitiebepaling:

"Afgezien van de vraag of dat ook geldt wanneer het woord 'investment' wordt gebruikt in bijvoeglijke zin - bv. als onderdeel van de begrippen '*investment dispute*' of '*investment agreement*' - is naar 's hofs oordeel in elk geval niet voor twijfel vatbaar dat voor de vaststelling van de betekenis van het (zelfstandig naam-)woord '*investment*' in de bepalingen van het BIT, de definitie van deze term in art. I van het verdrag bepalend is.

(...)

Aangenomen moet worden dat, behoudens wanneer er indicaties zijn voor het tegendeel, elke keer wanneer in het verdrag het woord '*investment*' voorkomt, dit moet worden begrepen in de in art. I gedefinieerde zin. Dat is immers het doel van een definitiebepaling."

13.37.2 Ten tweede is onduidelijk welk probleem het Hof "voor zich heeft gezien". Art. I lid 1(a)(iii) vereist dat een vordering samenhangt met een "investment". Dat kan bijvoorbeeld een stoffelijke zaak van dezelfde investeerder in Ecuador zijn zoals bedoeld in art. I lid 1(a)(i) BIT. In dat geval is direct duidelijk dat ook de vordering die daarmee samenhangt kwalificeert als

investering. Er is ook geen sprake van enige onduidelijkheid ingeval van samenhang met één van de andere soorten investeringen die worden genoemd in art. I lid 1(a) BIT. Het Hof heeft misschien nog gedacht aan het geval van een vordering die slechts samenhangt met een andere vordering. Het is echter duidelijk dat geen van beide vorderingen in dat geval kwalificeren als investering. Er is immers geen "investment" waar één van beide vorderingen zich aan kan optrekken. In ieder geval is onbegrijpelijk waarom het Hof enkel ten behoeve van deze bijzondere situatie het nodig zou vinden om de definitie van "investment" in art. I lid 1(a), de preambule en de rest van het BIT, in geen enkel geval te betrekken bij de uitleg van het begrip "investment" in art. I lid 1(a)(iii) BIT, aldus nog steeds het onderdeel.

13.38 Voor zover het onderdeel scharniert om de onbegrijpelijkheid van het niet in ogenschouw nemen van de considerans en "de rest van het BIT" voldoet het, volgens vaste rechtspraak, niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. omdat in het geheel niet wordt aangegeven:

- a. a) waarom deze hier van belang zouden kunnen zijn, laat staan dat wordt toegelicht
- b) waarom zij tot een andere uitkomst zouden leiden en
- c) waar een hierop toegesneden betoog in feitelijke aanleg is betrokken.

13.39 Voor het overige is mij niet duidelijk welke concrete bezwaren het onderdeel tegen 's Hofs oordeel probeert in te brengen, laat staan waarom deze het Hof tot een ander oordeel zouden hebben moeten brengen.

13.40 Hoe dit ook zij, 's Hofs oordeel dat het verwarrend zou zijn om het begrip "investment" nu eens in de ene en dan weer in de andere zin te gebruiken, lijkt me met de hierna nog te bespreken uitzondering plausibel. In aanmerking genomen dat het Hof, in cassatie niet bestreden, heeft geoordeeld dat partijen het eens zijn over de betekenis van het begrip "investment" in het normale spraakgebruik en het Hof zijn oordeel daarop vervolgens baseert, valt ook overigens weinig af te dingen op 's Hofs oordeel.

13.41 Ten slotte: Chevron wijst er met juistheid op dat mr. Van Geuns bij pleidooi in appel zelf op het circulaire karakter van art. 1(a) BIT heeft gewezen.²¹⁹

13.42 Ook deze klacht mislukt dus.

Wederom beweerde strijd met art. 31 WVV (onderdeel 2.3)

13.43 Volgens *onderdeel 2.3* zou 's Hofs oordeel getuigen van een onjuiste rechtsopvatting omtrent art. 31 WVV. Met "het oordeel" wordt klaarblijkelijk nog steeds gedoeld op de derde alinea van rov. 22.

13.44 Het onderdeel verwijt het Hof in de eerste plaats, naar ik begrijp, te hebben geoordeeld dat het woord "investment" in art. I lid 1(a)(iii) BIT niet moet worden ingevuld aan de hand van de definitie van "investment" in art. I lid 1(a), de preambule en de rest van het BIT, maar uitsluitend op basis van de betekenis die dit woord in het normale spraakgebruik heeft.

13.45 De klacht faalt om twee zelfstandige redenen:

- a. het Hof heeft iets dergelijks niet geoordeeld;
- b. niet wordt aangegeven waarom hetgeen het Hof volgens het onderdeel niet relevant zou hebben gevonden tot een andere uitkomst zou leiden. De klacht voldoet daarom niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv.

13.46.1 Voor zover de rest van de klacht al voldoende begrijpelijk is, mislukt ook zij omdat *in het geheel niet* wordt aangegeven waarom een tekstuele uitleg, louter en alleen gebaseerd op art. I lid 1(a)(iii) BIT en/of de considerans tot een andere uitkomst zou leiden.

13.46.2 Voor de goede orde merk ik nog het volgende op:

a. bij pleidooi in appel heeft mr. Van Geuns, zonder verdere toelichting, aangevoerd dat de definitie van "investment" moet worden uitgelegd "in de gewone betekenis van het woord in het licht van het doel van het Verdrag en de andere bepalingen van het Verdrag".²²⁰ Dit betoog is m.i. niet goed te rijmen met de klacht onder 33;

b. in zijn pleidooi bij het Hof heeft mr. Van Geuns vervolgens – te weten op een plaats waar het onderdeel geen heil bij zoekt – beroep gedaan op (met name) één arbitrale uitspraak.²²¹ Deze zou in casu wellicht van belang hebben kunnen zijn, maar zelfs met maximale welwillendheid kan ik in het onderdeel geen klacht lezen die daarop inhaakt. Bovendien blijkt uit de uitspraak, zoals geciteerd in de pleitnota, niet waarop arbiters hun oordeel baseren. In het kader van de thans besproken klacht, die scharniert om art. 31 WVV, gaat het om dat laatste.

De temporele werking (onderdeel 3)

- 13.47 *Onderdeel 3* komt op tegen rov. 23 waarin, in de samenvatting van het onderdeel, het betoog van Ecuador wordt verworpen dat een vordering alleen onder de reikwijdte van het BIT valt indien deze samenhangt met een investering die bestaat op of na inwerkingtreding van het BIT. Dit oordeel zou blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting en/of onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd zijn.
- 13.48 Volgens *onderdeel 3.1* brengt het slagen van één of meer van de klachten van de onderdelen 1 en 2 mee dat ook rov. 23 niet in stand kan blijven.
- 13.49 Hiervoor bleek dat een aantal klachten van onderdeel 1 m.i. hout snijdt. Nu rov. 23 inderdaad voortbouwt op oordelen die in mijn ogen met vrucht worden bestreden, kan ook rov. 23 niet in stand blijven. Hierna zal ik nog bespreken of Ecuador voldoende belang bij deze klacht heeft.
- 13.50.1 *Onderdeel 3.2* is gericht tegen 's Hofs oordeel over art. XII BIT. Het onderdeel wijst erop dat het Hof zijn oordeel baseert op onder meer de overweging dat het standpunt van Ecuador niet volgt uit de bewoordingen van art. I BIT. Aldus zou het oordeel van het Hof onbegrijpelijk zijn gemotiveerd nu Ecuador haar standpunt juist baseert op art. XII BIT. De grenzen van de temporele reikwijdte die zijn opgenomen in art. XII BIT zijn van toepassing op het hele BIT ("This treaty"). Het Hof verzuimt bij de vraag of een vordering samenhangt met een "investment" echter te toetsen of is voldaan aan art. XII BIT. Het Hof gaat bij de verwerping van het standpunt van Ecuador in feite voorbij aan de tekst van art. XII BIT. Aldus getuigt de beslissing van het Hof mede van een onjuiste rechtsopvatting omtrent art. 31 WVV.
- 13.50.2 Voorzover het Hof het beroep van Ecuador op art. XII BIT verwerpt op grond van de overweging dat dit ertoe zou leiden dat het woord "investment" in art. XII BIT de betekenis heeft die daaraan in het normale spraakgebruik wordt toegekend, is dit oordeel onbegrijpelijk. Er is geen enkele reden om het woord "investment" in art. XII BIT een andere betekenis te geven dan de wijze waarop dit begrip is gedefinieerd in art. I lid 1(a) BIT en het Hof licht ook niet toe waarom en hoe dit bij de toepassing van het BIT tot problemen zou kunnen leiden, laat staan dat dit zou rechtvaardigen om art. XII BIT geheel buiten beschouwing te laten.
- 13.50.3 In ieder geval zou het Hof hebben miskend dat art. XII BIT op zijn minst onderdeel is van de context van het begrip "associated with an investment" in art. I lid 1(a)(iii) BIT en om die reden conform art. 31 WVV bij de uitleg daarvan in beschouwing genomen dient te worden, aldus nog steeds het onderdeel.
- 13.51 Alvorens op deze klachten in te gaan, is het wellicht goed om aan te geven waar het Ecuador om begonnen was. Dat wordt duidelijk verwoord in het proces-verbaal van de pleitzitting in appel. Op een vraag van de voorzitter "of juist is dat Ecuador meent dat het begrip 'investment' in art. XII

moet worden uitgelegd als: een investering in operationele zin" heeft mr. Van Geuns opgemerkt: "dat dat begrip niet in het verdrag voorkomt, maar dat in elk geval vorderingen er niet onder vallen. Het moet gaan om activiteiten die bijdragen aan de economie van het land."

13.52 In de meest voor de hand liggende lezing van het citaat onder 13.51 komt het standpunt van de pleiter voor Ecuador erop neer dat het aankomt op het begrip "investment" (als bedoeld in art. I BIT) en niet (zo zeer) op art. XII BIT.

13.53 Als ik het goed begrijp dan komt het standpunt van Ecuador erop neer dat de vraag hoe het begrip "investment" (voor situaties als de onderhavige) moet worden begrepen niet louter wordt geregeerd door art. I BIT, maar dat in dat kader tevens acht moet worden geslagen op art. XII BIT. Dat wordt het duidelijkst verwoord in het middel onder 40:

"In ieder geval geldt dat het Hof heeft miskend dat artikel XII BIT op zijn minst onderdeel is van de context van het begrip "*associated with an investment*" in artikel I lid 1(a), onder (iii) BIT en om die reden conform artikel 31 WVV bij de uitleg daarvan in beschouwing genomen dient te worden."

13.54.1 Het onderdeel doet in voetnoot 18 beroep op een aantal passages in de dingtalen waar Ecuador, naar ik begrijp, een betoog als onder 13.53 weergegeven, zou hebben ontwikkeld. Een dergelijke stelling is inderdaad in het betoog dat Ecuador in feitelijke aanleg heeft gevoerd te lezen. Zo staat in de inleidende dagvaarding onder 38:

"Met name bij de zinsnede "*associated with an investment*", die evident als een beperkende voorwaarde is bedoeld, ligt niet voor de hand een ruime uitleg te kiezen die mede voormalige investeringen dekt. Dit geldt eens te meer omdat die uitleg de duidelijke beperking in artikel XII(1) BIT dat de investering ten tijde van de inwerkingtreding van het BIT moet bestaan veronachtzaamt."

13.54.2 In de inleidende dagvaarding onder 43 staat dat het BIT erop is gericht bestaande en nieuwe investeringen te beschermen, wat zou blijken uit art. XII. Daarvoor is, volgens Ecuador, niet nodig om ook voormalige investeringen achteraf aanvullende bescherming te geven.

13.54.3 In de inleidende dagvaarding onder 47 en 48 verwoordt Ecuador het aldus:

"47. Het Scheidsgerecht miskent dat artikel I(1)(a)(iii) BIT in samenhang met artikel XII(i) BIT moet worden gelezen en geïnterpreteerd en dat mitsdien de voorwaarde "*associated with an investment*" in artikel I(1)(a)(iii) BIT zodanig moet worden geïnterpreteerd dat daaronder alleen vorderingsrechten vallen ter zake van investeringen die ten tijde van de inwerkingtreding van het BIT nog bestaan. Het Scheidsgerecht is hieraan voorbij gegaan, enerzijds door in paragraaf 192 van de Interim Award die interpretatie uitdrukkelijk van de hand te wijzen met de suggestie dat de definitie van "*investment*" daarmee circulair en inhoudsloos zou worden, anderzijds door met de cirkelredenering in paragraaf 179 t/m 184 van de Interim Award te beargumenteren dat de investering van Chevron nog bestaat in weerwil van het feit dat die, zoals bevestigd met de 1995 Global Settlement Agreement, voor de inwerkingtreding van het BIT is geëindigd. In paragraaf 188 en 189 van de Interim Award merkt het Scheidsgerecht daarover het volgende op:

188. The relevant portion of Article XII(1) states that the BIT "shall apply to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter." Article XII(1) of the BIT has to be applied in the sense of Article 28 of the VCLT: ²²² in addition to investments made or acquired after entry into force, it expressly provides for application to "investments existing at the time of entry into force." That can only mean that investments made before entry are covered if they still existed at the time of entry into force. How long the investment may have existed before the entry into force is in fact irrelevant. Therefore, in spite of the general rule of non-retroactivity, the Tribunal may apply the BIT to a pre-existing investment such as the Claimants' lawsuits in the present case.

189. *The Tribunal has already found that the Claimants' lawsuits are an "investment" under the BIT. Consequently, and in view of the language of Article XII(1), the Tribunal finds that the Claimants' investments were "existing at the time of entry into force" of the BIT.*

48. Met deze overwegingen kleven aan deze overwegingen dezelfde bezwaren als die besproken in paragraaf 38 t/m 44 van deze dagvaarding. Ecuador heeft daarover in arbitrage mede het volgende opgemerkt:

150. *However, the "investment" with which claims to money or performance must be associated under Article I(1)(a)(iii) must be an investment existing on or after May 11, 1997. Article XII of the Treaty specifies that the entire Treaty applies only to those investments that exist at the time of entry into force of the Treaty or which are made or acquired thereafter. The definition set forth in Article I(1)(a) of the Treaty is itself an application of the Treaty. To consider as an "investment" claims to money or performance associated with an investment that ceased to exist before the Treaty's entry into force would therefore be inconsistent with Article XII(1).*

155. *Claimants' strained gloss on the purpose of the limitation also ignores the clear object and purpose of the Treaty as a whole, the object and purpose that is relevant under Article 31 of the Vienna Convention. That object and purpose is to protect only those "investments" existing on or after the BIT's entry into force. According to Article XII(1), the Treaty, as a whole, including all of its terms, applies only to "investments" which exist on or after May 11, 1997. Interpreting the treaty to cover residual claims to money associated with investments that had expired prior to the Treaty would not give effect to that object and purpose. Reading Article I(1)(a)(iii) to cover such claims would undermine the entire prospective nature of the investments sought to be protected by the Treaty. It could not have been the intent of the treaty Parties to exclude coverage to investments that had expired before the BIT but extend such coverage to mere claims to money deriving from such expired investments.*

156. *Given the prospective nature of the BIT, if the term "investment" in Article I(1)(a)(iii) truly was meant to escape the limitation of Article XII(1), then Article I(1)(a)(iii) would have expressly included even claims to money that are associated with "investments made at any time" or "made prior to the entry into force of the Treaty." It is completely arbitrary to suggest that Article XII applies to one part of Article I(1)(a)(iii), but not the other. This is evident when one considers the effect it would have were such interpretation to be applied to the rest of the BIT. The term "investment" is referenced over fifty times in the BIT. Claimants' interpret the term "investment" in Article I(1)(a)(iii) to be retrospective so as to encompass investments made at any point in time, even if they have expired before the BIT. There is no principled way to avoid applying Claimants' strained interpretation to the term "investment" each of the fifty times it appears in the BIT. But doing so would clearly result in a BIT that is retrospective in the investment it addressess, which is the exact opposite intent expressed by the plain language of Article XII(1). All references in the treaty to the term "investment" should have a consistent meaning, i.e. "investment" can only mean those investment existing on or after the BIT's entry into force. To adopt the interpretation of the term "investment" in Article I(1)(a)(iii) urged by Claimants would effect a dramatic, random and completely unauthorized expansion of the entire scope of the BIT."*

13.54.4 Bij pleidooi in prima heeft Ecuador opnieuw opgemerkt dat het BIT niet is gesloten om met terugwerkende kracht additionele rechten toe te kennen aan reeds jaren eerder vrijwillig beëindigde investeringen.²²³ Aan de overigens genoemde vindplaatsen ga ik voorbij na te hebben bevonden dat in een aantal ervan niets te vinden is over de hier behandelde kwestie.

13.55 M.i. raakt deze klacht de kern van het geschil. Mr. Van der Beek is daaraan bij pleidooi in cassatie geheel voorbijgegaan, maar in feite zijn ze het over de kernvragen eens; zie hiervoor onder 13.31.1.

13.56.1 Uit het citaat onder 13.51 volgt dat, ook in de visie van Ecuador, het BIT geen *uitdrukkelijke* steun biedt voor haar standpunt. Dat is juist. Maar daarmee is het standpunt nog niet onjuist. Als de tekst van het BIT zonneklaar zou zijn, was dit geschil allicht niet gerezen.

13.56.2 Volledigheidshalve merk ik nog op dat het woordje "existing" in art. XII lid 1 BIT wel enige steun lijkt te bieden voor het standpunt van Ecuador, maar het is niet gemakkelijk in de klachten een aanknopingspunt te vinden dat hierbij aanhaakt.

13.57 Wanneer we kijken naar de letter van *alleen* art. I BIT is er heel weinig te zeggen voor het standpunt van Ecuador. Dat kan het Hof worden toegegeven. Maar dat oordeel, schoon juist, gaat enigszins voorbij aan de redenering van Ecuador, waarin het niet gaat om de uitleg van art. I of art. XII afzonderlijk, maar waarin het antwoord op de vraag wat geldt met betrekking tot een situatie als in deze procedure aan de orde moet worden gezocht in de samenhang tussen de artikelen I en XII BIT.

13.58.1 Als ik het goed zie, poetst het Hof art. XII BIT weg met de opmerking dat het begrip "investments" in art. XII hetzelfde is als elders (rov. 17 en 23). Ook dat oordeel is m.i. op zich en met na te bespreken restrictie juist, maar het is geen weerlegging of bespreking van het punt dat Ecuador wil maken, zoals weergegeven onder 13.53 en 13.57. Dat standpunt komt er immers op neer dat voor gevallen als de onderhavige art. I en art. XII in onderlinge samenhang moeten worden gezien. Over die samenhang of de verwerping van het daarop geënte betoog is in het bestreden arrest niets te vinden.

13.58.2 Of *wellicht* toch iets, maar als dat het geval is dan gaat het om een beroep op de considerans en een ervaringsfeit (rov. 21, ten dele herhaald in rov. 23). De klachten tegen die twee elementen van 's Hofs betoog achtte ik gegrond. Vervolgens staat het Hof nog stil bij de eigen bedoeling van Ecuador.²²⁴ Het middel gaat niet in op 's Hofs – juiste – oordeel op dit punt.

13.59 Arbiters hebben tot uitgangspunt gekozen dat

"the BIT, including its jurisdictional provisions, cannot apply retroactively *unless such an intention can be established in the BIT or otherwise*" (cursivering toegevoegd).²²⁵

13.60 Vervolgens oordelen arbiters dat ze twee kwesties onder ogen moeten zien:

- 1) of sprake is van een "investment" in de zin van art. I BIT en
- 2) of deze valt onder art. XII.²²⁶

Dat is dus een andere benadering dan die van Ecuador, zoals zo-even weergegeven.

13.61.1 Verderop en na een belangwekkende uiteenzetting en uitleg oordelen arbiters dat

"the BIT intends to close any possible gaps in the protection of that investment as it proceeds in time and potentially changes form. Once an investment is established, it continues to exist and be protected until its ultimate "disposal" has been completed – that is until it has been wound up."²²⁷

13.61.2 Zij passen dit criterium vervolgens toe op de onderhavige zaak en komen dan tot de conclusie dat de investeringen niet (vóór de inwerkingtreding van het BIT) ten einde waren gekomen.²²⁸ Zij beroepen zich daarvoor mede op de Mondev-zaak.²²⁹

13.62 Hierop bespreken arbiters art. XII BIT. Ze komen tot de slotsom dat uitdrukkelijk wordt gerept van "investments existing at the time of entry into force." Dat kan, menen ze, slechts betekenen dat "investments made before the entry are covered if they still existed at the time of entry into force."²³⁰ Daarmee is het pleit ten nadele van Ecuador beslecht.²³¹ Ten overvloede gaan arbiters

daarna nog in op een aantal argumenten van Ecuador.

13.63 Het oordeel van arbiters en het Hof is, strikt juridisch beschouwd, niet *onbegrijpelijk*, zij het dat dit oordeel daarmee nog niet juist is. Dwingend is 's Hofs oordeel zeker niet, alleen al niet in verband met het onder 13.56.2 genoemde woordje "existing". Het Hof gaat ook niet (wezenlijk) in op het kernbezwaar van Ecuador. In de redenering van Ecuador is niet van veel belang en in elk geval niet beslissend hoe het begrip "investering" in de zin van het BIT voor "nieuwe" investeringen moet worden begrepen. Wat arbiters en het Hof *daarover* zeggen valt te billijken in die zin dat er goede argumenten voor bestaan. Maar dat betekent nog niet dat het ook een sterke, laat staan afdoende, motivering is ter weerlegging van het aspect waarvoor Ecuador aandacht heeft willen vragen: de bijzondere situatie van oude investeringen die, huiselijk gezegd, vóór de inwerkingtreding van het BIT worden beëindigd en die (hooguit)²³² worden omgezet in een pretense vordering. Door het debat te richten op eerst art. I BIT en daarna op art. XII BIT, in plaats van op art. I *in samenhang met* art. XII BIT heeft hetgeen arbiters en het Hof hebben geoordeeld in de eerste plaats en vooral betekenis gekregen voor *nieuwe* investeringen. De redenering waarom het betoog van Ecuador niet opgaat heeft aldus, met alle respect, een zeker Von Münchhausen-karakter, waarbij ik aanstip dat deze baron in rechte vaak een onmisbaar hulpmiddel verschaft om een redenering rond te krijgen.

Entr'acte: onderdeel 5.2

13.64.1 Alvorens hierop nader in te gaan, is het wellicht goed om reeds kort stil te staan bij *onderdeel 5.2*, waarin Ecuador zich afzet tegen 's Hofs oordeel dat zij zich zou hebben beroepen op de "operationele fase", "operationele zin" of "afwikkeling". Zij werpt dat verre van zich. Het zou hier gaan om verzinsels van Chevron. Ecuador zou slechts hebben willen zeggen dat "te allen tijde aan de hand van het BIT getoetst moet worden of er sprake is van een "investment".²³³

13.64.2 In eerlijkheid gezegd: het betoog van Ecuador kan ik niet volgen. Met name is mij niet duidelijk hoe de stelling die in de klacht wordt geuit zich verdraagt met de pleitnota van mrs. Van der Bend en Van Geuns in prima onder 4.2-4.4 en hetgeen mr. Van Geuns blijkens het proces-verbaal in appel (p. 3) heeft gezegd.²³⁴ De klacht faalt en ik meen dat Ecuador daar niet rouwig om zou moeten zijn omdat het slagen haar zaak in mijn ogen ernstig zou verzwakken.

Terug naar onderdeel 3

13.65 Hier aangekomen, belanden we op glad ijs. Ook, laat ik daar terstond duidelijk over zijn, hetgeen hierna volgt heeft een zeker Von Münchhausen-karakter of er zit, zo men wil, iets in van het konijn uit de hoge hoed. Maar dat is, vrees ik, moeilijk te vermijden. Er is immers geen concrete aanwijzing dat de verdragspartijen aan situaties als de onderhavige hebben gedacht. Uitgaande van het onder 13.59 genoemde uitgangspunt maant dat tot voorzichtigheid bij het kiezen van een uitleg die leidt tot een *ruime* jurisdictionele bevoegdheid van arbiters. Het is precies die ruime uitleg die arbiters en het Hof hebben gekozen.

13.66.1 Hierna zal ik onder ogen zien of een geloofwaardige redenering mogelijk is die de arbitrale bevoegdheid met betrekking tot – kort gezegd – oude investeringen inperkt. Of, preciezer, de categorie gevallen waarin een operationele investering vóór de inwerkingtreding van het BIT is beëindigd en waarin slechts een daarmee verband houdende claim wordt gepretendeerd door degene die destijds de investering heeft gedaan.²³⁵

13.66.2 Uitgangspunt hierna is het spraakgebruik dat ook in 's Hofs oordeel een belangrijke rol speelt. Een investering is dan geld of andere op geld waardeerbare middelen die op een bepaalde wijze wordt of worden aangewend. Dat kan *bijvoorbeeld* door het bouwen van een fabriek of door het investeren in een door een ander gebouwde fabriek. Wanneer de fabriek afbrandt dan treedt, als deze behoorlijk is verzekerd, een vordering op de verzekeraar voor

de eerdere investering in de plaats. In het *normale spraakgebruik* zou ik deze laatste vordering zelf niet aanduiden als een investering.

13.67.1 Het BIT bevat een heel ruime definitie van "investment" (art. I lid 1(a)). Het ligt voor de hand te veronderstellen dat daarbij vooral is gedacht aan nieuwe investeringen. Zoals al vaker aangestipt, kan hooguit voor dergelijke investeringen worden gezegd dat de bescherming die het BIT biedt bevorderlijk is deze te verwerven. Dat dit de kerndoelstelling van het BIT was, kan m.i. uit de considerans worden opgemaakt. De wens om "*greater economic cooperation*" te bevorderen, wijst daarop. Dat "greater" kan bezwaarlijk slaan op wat al bestond. Datzelfde geldt voor het stimuleren van "*the flow of private capital and the economic development of the Parties*".

13.67.2 Voor zover nodig valt nog te bedenken dat, naar we inmiddels weten, gerede twijfel mogelijk is met betrekking tot de vraag of BITs inderdaad nieuwe investeringen, hoe ook gedefinieerd, aanzuigen; zie hiervoor onder 12.

13.68 Om redenen die niet traceerbaar zijn en die geheel vallen binnen de soevereine keuze van de verdragsluitende staten is er uitdrukkelijk voor gekozen om ook "investments existing at the time of entry into force" onder de werking van het BIT te brengen (art. XII lid 1 BIT). Toch durf ik wel te speculeren over de ratio daarvan. Nog steeds uitgaande van het spraakgebruik en *niet* van de definitiebepaling in art. I BIT, zijn Ecuador en de Verenigde Staten allicht uitgegaan van de voor de hand liggende veronderstelling dat bestaande investeringen vaak – niet altijd – weer nieuwe investeringen bij dezelfde investeerders zullen genereren. Ik zou me kunnen voorstellen dat ook praktische redenen een rol hebben gespeeld. Wanneer enige tijd na de inwerkingtreding van een BIT een geschil ontstaat, kan het lastig zijn om uit te maken of zo'n geschil valt te herleiden tot de investering voorafgaand aan de inwerkingtreding of daarna. Dat geldt al helemaal wanneer bijvoorbeeld sprake is van een machine die vóór de inwerkingtreding wordt gekocht, nadien wordt gereviseerd en uitgebouwd en vervolgens onteigend. Het is, geloof ik, een feit van algemene bekendheid dat partijen in de dan volgende arbitrageprocedure niet steeds terughoudend zijn om werkelijk alle argumenten uit de kast te halen. Voor deze en dergelijke situaties helpt art. XII BIT dan. Het is dan in dergelijke arbitrages elk geval één voorzienbaar geschilpunt minder.

13.69 Diezelfde ratio speelt niet of is in elk geval veel minder klemmend voor situaties als de onderhavige, zoals nader omschreven onder 13.66.1. Partijen zijn het er, als ik het goed zie, in essentie over eens dat de oorspronkelijke investering van Chevron vóór de inwerkingtreding van het BIT was beëindigd in die zin dat de productie was gestaakt. Natuurlijk is denkbaar om ook voor dergelijke situaties bescherming van een later inwerkingtredend BIT te bieden, met name wanneer er nog vorderingen bestaan uit of verband houdend met de eerdere investering (nog steeds in de zin van het spraakgebruik), maar de noodzaak en de wenselijkheid van zodanige bescherming dringen zich niet aanstonds op. Zo is niet aanstonds duidelijk waarom oude investeerders een dergelijk voordeel in de schoot geworpen zouden moeten krijgen.

13.70 's Hofs op het normale spraakgebruik geënte benadering ten einde doorgedacht leidt dus zeker niet zonder meer tot de door het college genoemde uitkomst.

13.71 Arbiters en het Hof hebben zich om het voorafgaande niet zichtbaar bekommerd. Als goede juristen hebben zij zich, even afgezien van het "ervaringsfeit" dat door het Hof wordt genoemd en een niet nader toegelichte verwijzing naar de considerans, verlaten op het in hun ogen kennelijk "harde" materiaal dat voorhanden was: de tekst van het BIT. Ik gaf eerder al aan dat op basis daarvan en met name gelet op art. I lid 1(a) BIT voor hun oordeel het nodige valt te zeggen. Maar het is, *maatschappelijk beschouwd*, mede gelet op de onder 13.68 en 13.69 geschetste realiteit, toch wel een wat smalle basis.

13.72 Ik erken dat mijn interpretatie van doel en ratio van het BIT voor – kort gezegd – overgangssituaties als bedoeld onder 13.66.1 voor een niet onbelangrijk deel is gebaseerd op

veronderstellingen, Maar het gaat in mijn ogen wel om vrij aannemelijke veronderstellingen; zo men wil kunnen ze voor een deel worden afgeleid uit de considerans; zie hiervoor onder 13.31.2. Art. 31 WVV staat er m.i. aan in de weg om *louter en alleen* op de hiervoor bijgebrachte gronden tot een ander oordeel te komen dan dat van arbiters en het Hof.

13.73.1 Maar er is meer. Het belangrijkste bijkomend argument acht ik dat de Verenigde Staten en Ecuador het in feite eens zijn over de uitleg voor gevallen als de onderhavige; zie hiervoor onder 8 en 9. Uit maatschappelijk oogpunt acht ik ook belangrijk dat het fenomeen BIT en BIT-arbitrage onder vuur is komen te liggen, zoals hiervoor geschetst onder 11. Daar komt nog bij dat de vraag is of BITs het beoogde doel daadwerkelijk bereiken; zie hiervoor onder 12. Al deze argumenten tezamen nopen m.i. tot een terughoudende benadering van de bevoegdheid van arbiters tenzij deze door een verdrag heel duidelijk in het leven is geroepen.

13.73.2 Ik herhaal in dat verband dat het verre van mij is om kritische kanttekeningen te plaatsen bij de huidige BIT-arbitrage of bij de arbiters. Voor hun oordeel, voor zover in cassatie nog aan de orde, zijn, zeker vanuit klassiek juridische optiek, goede argumenten aan te dragen. Maar bij de uitleg van een BIT-verdrag gaat het niet om een *specifieke* arbitrage of om *specifieke* arbiters.

13.73.3 Ten slotte veroorloof ik mij om enig gewicht toe te kennen aan de willekeurige gevolgen van een ruime arbitrale bevoegdheid; zie hiervoor onder 5.5 e.v.

13.74.1 M.i. is het juridisch technisch *zeer wel mogelijk* om op basis van al het voorafgaande te komen tot een ander oordeel dan waartoe het Hof en arbiters zijn gekomen. Dat kan op basis van de samenhang tussen art. I lid 1(a) en art. XII BIT. Ik zou menen dat een investeerder die er vrijwillig en naar mag worden aangenomen op commerciële of andere zakelijke redenen voor kiest om zijn bedrijfsactiviteiten voorafgaand aan de inwerkingtreding van een BIT te beëindigen geen aanspraak zou moeten kunnen maken op bescherming van een latere BIT-regeling. Ook niet voor vorderingen die kunnen worden herleid tot de eerdere investering. Noch vanuit redelijkheid, noch vanuit maatschappelijk oogpunt (voor zover beide al niet goeddeels samenvallen) dringt noodzaak of wenselijkheid van zodanige bescherming zich op. Een redelijke en op de praktijk toegesneden uitleg van beide zojuist genoemde bepalingen maakt een oplossing als hier bepleit alleszins mogelijk.

13.74.2 Meer traditioneel ingestelde juristen (wat ik geenszins pejoratief bedoel) zullen mij tegenwerpen dat aldus wordt miskend dat art. XII BIT spreekt van "investment" en dat het verdrag, los van situaties waarop art. XII heel duidelijk doelt, geen enkel aanknopingspunt biedt om te onderscheiden tussen pre- en post-BIT investeringen. Uit het voorafgaande moge blijken dat ik dat niet heb miskend; het is me genoegzaam bekend. Het is inderdaad een inherente, maar zeker niet dodelijke, zwakte van het hier ontwikkelde argument. Op de hiervoor aangedragen gronden bestrijd ik dat er geen aanknopingspunten voor mijn benadering zijn. Die zijn er wel degelijk. Hoe zwaar ze wegen, berust op een ten dele rechtspolitieke keuze.

13.74.3 Degenen die dergelijke ten dele rechtspolitieke keuzes verketteren, verliezen m.i. uit het oog dat ook in de keuze van arbiters en het Hof een rechtspolitek element schuilt, zeker nu hun uitleg niet wortelt in een niet voor niet redelijk misverstand vatbare tekst of strookt met de volstrekt duidelijke en uit de considerans of toestandkomingsstukken blijkende bedoeling van beide partijen bij het BIT. Bovendien kan niet worden gezegd dat de uitkomst waartoe Hof en arbiters zijn gekomen, leidt tot een in het oog springend redelijk resultaat.²³⁶

13.74.4 Rechtsolitieke keuzes worden door nationale en internationale rechters steeds weer opnieuw gemaakt, zij het dat niet iedere rechter daar openlijk voor uitkomt, wat niet zelden een wijze keuze is. Ik doe dat wel en geef partijen en later ook de doctrine, indien daaraan

behoefte zou bestaan, gelegenheid om – desgewenst heel kritisch – te reageren.

13.75 Alvorens een standpunt in te nemen, wil ik, andermaal à la barbe van hetgeen partijen te berde hebben gebracht, nog ingaan op de doctrine en andere arbitrale uitspraken.

13.76.1 In de zaak Romak S.A. v. Uzbekistan, een Permanent Court of Arbitration-arbitrage²³⁷ oordelen arbiters dat de “ordinary meaning” van de term “investment” is “the commitment of funds or other assets with the purpose to receive a profit or “return” from that commitment or capital”.²³⁸ Verderop oordelen ze, in ander verband, dat “it is also plain that the BIT’s stated object and purpose sheds little light on the meaning of “investments” and “leaves [it] ambiguous or obscure”.²³⁹

13.76.2 Dat brengt mee dat “de contouren” moeten worden bepaald, wat, aldus arbiters, het minst controversieel is “in the context of the determination of jurisdiction in investment arbitration.”²⁴⁰ Heel veel verder brengt deze uitspraak ons niet. Maar wel een beetje. Er valt m.i. uit af te leiden dat arbiters zich de vrijheid veroorloven om buiten de weinig duidelijke tekst om op zoek te gaan naar wat zij zien als een werkbare en passende oplossing.

13.77.1 Dolzer en Stevens werpen de vraag op of

“the basic purpose of a BIT would be viewed as a matter of merely promoting new investments (...) or whether instead the BIT to some extent may be seen as an instrument that sets forth international law in respect of foreign investments, between Contracting Parties. The latter position has been taken by the U.S. since the initiation of the modern U.S. BIT program in the early 1980s”,²⁴¹

al hebben we eerder al gezien dat de Verenigde Staten die opvatting bestrijdt als ze zelf wordt aangesproken.²⁴² Steun voor deze of gene uitleg biedt deze uiteenzetting niet, maar zij illustreert wel dat de opvatting van arbiters en het Hof minder vanzelfsprekend is dan men wellicht zou kunnen menen.

13.77.2 Eerder wezen deze auteurs op het volgende:

“Since most of the substantive provisions of the BIT concern the promotion and protection of foreign investment, it could be argued that any ambiguity should be interpreted in a way that would favor the rights granted to a foreign investor. In this context it could also be argued that BIT obligations may be taken not merely as declaratory statements of international law, but as evidence of the parties intentions to enhance international law, granting additional rights to the foreign investor. Such considerations may however be tempered by the fact that the general normative effect of bilateral investment treaties in the final analysis depends on the extent to which they are viewed as “fair and balanced regimes for foreign investment outside the immediate context of the bilateral relationship”. In this regard it may be recalled the BITs tend effectively to impose restraints and obligations on the host State without including similar undertakings by the home State. Furthermore, the promotional nature of BITs should also be recalled as an additional indication of the circumstances under which bilateral investment treaties are most often entered into.”²⁴³

13.77.3 Met betrekking tot het temporele aspect wijzen zij op het volgende:

“With the exception of a few earlier treaties, almost all BITs contain a definition article and a cursory glance shows that many of the BITs in force have defined the term “investment” in very similar ways. This similarity does not, however, mean that there exists a universally binding concept of investment for all purposes. Rather, accepting that the concept has no absolute meaning and may change in the future, most treaties (...) have adopted a broad, open-ended definition that ensures a certain amount of flexibility in the treaty’s application. The issue of whether a BIT should apply to investments made before the conclusion of the treaty was previously often the cause of disagreement during negotiations. On the one

hand, host States would typically see little reason to provide incentives to investments that had already been made. Furthermore, such investments had not been subjected to the approval procedure of the BIT (...) and would therefore not fall into the category of investments to which the host State would wish to extend preferential treatment. The home State, on the other hand, would normally endeavor to seek as wide protection as possible. As explained further (...) it has become a more common feature of BITs to extend cover to both "old" and "new" investments".²⁴⁴

13.77.4 Ook deze uiteenzettingen leiden niet tot een eenduidige conclusie. Ook zij illustreren dat degene die tot de uitleg wordt geroepen een zekere marge heeft. Te bedenken valt intussen dat de studie van Dolzer en Stevens al betrekkelijk oud is, zodat zij geen rekening konden houden met latere inzichten.

13.78 McLachlan, Shore en Weiniger hebben gewezen op het gebrek aan eenduidigheid in arbitrale uitspraken:

"When tribunals themselves have attempted to establish canons of construction for interpreting BITs, the principles that they have established are contradictory. Accordingly, dicta from previous tribunal practice in this respect are unhelpful as a guide for future tribunals. For example, one tribunal established a pro-State principle that far-reaching effects arising out of the text of BITs must be confirmed by clear and convincing evidence of the State parties' intent. Another tribunal established the opposite in finding that it is legitimate to resolve uncertainties in the interpretation of a BIT so as to favour the protection of covered investments. The dissenting President of the Tribunal in *Tokios Tokelès v Ukraine* perhaps established a middle ground in stating that BITs must be applied and interpreted having regard to the object and purpose of the ICSID system. At the extreme of the pro-investor position is perhaps the dissent of Professor Crivellaro in *SGS v Philippines* where he stated that provisions granting rights to investors should be read in the way that is most favourable to the investor. An extreme in the other direction can perhaps be taken from Professor Brownlie's Separate Opinion in *CME v Czech Republic*. He reintroduced subjectivity into the calculation of 'just compensation' by remarking that 'the host State is not accepting a risk which will have the consequence of paying compensation at a level which would cause catastrophic economic consequences'.

It is tempting to try to categorize the array of often contradictory 'principles' of interpretation by reference to whether they are pro-State or pro-investor and it is not possible to discount the effect of arbitrators' personal perspectives in formulating the canons of construction they have individually developed. Indeed, Dolzer and Stevens offer guidance as to the interpretation of BITs depending on whether such treaties should be viewed as either evidence of the parties' intentions to enhance the protection of the foreign investor or as providing a fair and balanced protective regime.

Tribunals have not derived much assistance when searching for the meaning of a treaty in sources other than the treaty itself."²⁴⁵

13.79.1 Verderop bespreken ze een verwante kwestie:

"An investment will not cease to be covered under a treaty merely because it has ceased to exist. In the NAFTA case of *Mondev v USA* the respondent State sought to exclude the Tribunal's jurisdiction on the basis that the failure of the investment project meant that there was no underlying investment which could be the subject of a dispute. Not surprisingly, the Tribunal rejected this assertion, as it would have undermined the whole principle of investment treaty arbitration:

...once an investment exists, it remains protected by NAFTA even after the enterprise in question may have failed ... a person remains an investor for the purposes of [NAFTA] Articles 1116 and 1117 even if the whole investment has been definitively expropriated, so that all

that remains is a claim for compensation. The point is underlined by the definition of an 'investor' as someone who 'seeks to make, is making or has made an investment.' Even if an investment is expropriated, it remains true that the investor 'has made' the investment.

The point was also addressed by a BIT tribunal in *Jan de Nul v Egypt*. The investment consisted of a contract which had come to an end long before the claimant commenced treaty arbitration proceedings. The respondent State argued that at the time the dispute arose the investment no longer existed. Both the BIT and the ICSID Convention would prevent an investment claim being brought in such circumstances. The Tribunal rejected this argument, recognizing that accepting it would defeat the entire logic of investment protection treaties. It quoted from an expert report made by Schreuer which had been submitted by the claimant:

Providing an effective remedy is part of the duties of fair and equitable treatment and of continuous protection and security for investment. A violation of that duty after the investment has come to an end does not change its nature. The duty to provide redress for a violation of rights persists even if the rights as such have come to an end. Otherwise an expropriating State might argue that it owes no compensation since the investment no longer belongs to the previous owner.

These principles were also considered, in slightly different circumstances, in *National Grid v Argentina*. The claimant had commenced the arbitration in April 2003. In August 2004 it sold the shares that constituted its investment. It asserted that this share sale was done by way of mitigation. The alternative would have been 'to continue pumping money into a ruinous enterprise'. One of the bases upon which Argentina challenged jurisdiction was that the claimant was no longer an investor under the BIT. Argentina sought to distinguish *Mondev* and similar authorities on the basis that none covered cases where assets had been relinquished voluntarily. Yet the Tribunal supported the claimant, stating that the key factor under *Mondev* 'is to have been an investor and to have suffered a wrong before the sale or disposition of [the] assets, without the need to remain an investor for [the] purposes of the arbitration proceedings'."246

13.79.2 Men kan zich goed voorstellen dat arbiters in zaken waarin een investering wordt onteigend minder genegen zijn om de onteigende investeerder bescherming van een BIT te onthouden, zelfs wanneer dat uit strikt juridisch oogpunt enig geknutsel vergt bij de uitleg van één of meer BIT²⁴⁷-bepalingen. Maar de onderhavige zaak en daarmee de vraag die thans voorligt, is een andere. In casu heeft Chevron er zelf voor gekozen om haar ondernemingsactiviteiten te beëindigen. Daarmee gaat het feitelijk en ook uit een oogpunt van redelijkheid en de noodzaak om bescherming te bieden om een wezenlijk andere kwestie.

13.80.1 In (één van) zijn standaardwerk(en) over U.S. International Investment Agreements beschrijft Vandevelde de compromisloze houding van de Verenigde Staten in onderhandelingen.²⁴⁸ Hij beschrijft het Amerikaanse gedachtegoed met betrekking tot de thans besproken kwestie aldus:

"The United States strongly resisted any distinctions in the protection afforded to existing and new investment under the BITs. The United States did not want to create two classes of overseas investors, some with greater BIT rights than others. First, it was thought that this would give later investors a government-induced competitive advantage that was inconsistent with free-market principles. Second, in the absence of any certainty that future investment would occur, the United States considered a BIT that did not apply to existing investment to be in some sense illusory. Finally, the State Department also thought that the Senate would be less likely to give its advice and consent to a BIT lacking the enthusiastic support of existing investors. Existing investors, in fact, might even be hostile to the BITs if it

appeared that these treaties would benefit only future competitors.”²⁴⁹

13.80.2 Verderop komt hij terug op het temporele aspect:

“Another question involving the scope of the BITs concerns their application to existing investment. As discussed in Section 3.2, U.S. policy was to avoid creating classes of investors with different degrees of protection. Some potential BIT partners, however, argued that a BIT should apply only to investment made or acquired after that BIT enters into force because otherwise BIT protections would be a windfall to investors who had been willing to invest without them. U.S. negotiators replied that the BITs are supposed to reflect a favorable investment climate, which would require that investment generally be protected as a matter of principle, and that as a practical matter, failing to protect existing investment would undercut potential support for the BIT in the U.S. Congress and perhaps even generate opposition. It does not appear that any country ever took the position that the BITs should apply only to existing investment, since that interpretation would have defeated one purpose of the BITs in the minds of potential BIT partners: encouraging new investment.”²⁵⁰

13.80.3 Met betrekking tot “retroactivity” schrijft Vandeveldde het volgende:²⁵¹

“One question that arose occasionally in BIT negotiations was the extent to which the BITs would be “retroactive”. It soon became apparent, however, that the question cannot be addressed usefully at that level of generality. Rather, the issue of retroactivity is perhaps best understood as raising five more specific inquiries, each of which must be resolved separately.

First, does a BIT confer rights on investment existing at the time it enters into force? This issue is addressed explicitly by the BITs. As explained in the previous section, a BIT does apply to existing investment, and it does not distinguish between investment that exists at the time of the BIT’s entry into force and that which is established or acquired thereafter.”²⁵²

“Fourth, are the disputes mechanisms created by a BIT applicable to disputes that arose prior to the BIT’s entry into force? Certainly, an agreement may be concluded to arbitrate disputes that arose prior to the entry into force of the agreement. Indeed, before the modern FCNs were concluded, the typical practice of the United States was to agree to dispute settlement only for existing disputes. The BITs, however, typically do not specify whether their disputes provisions may be invoked for disputes existing at the time a BIT enters into force. The United States has noted that the position that “under customary international law, the [BIT] does not apply to disputes with respect to acts or facts which took place before the Treaty came into force or to any situation which ceased to exist before the date of entry into force of the Treaty.” This suggests that disputes otherwise within the scope of the BIT’s disputes provisions are not within the tribunal’s jurisdiction if they arose prior to the BIT’s entry into force.

Nevertheless, as explained in Section 4.8, during negotiation of the Panama BIT, it was assumed by both parties that investors could invoke the investor-state disputes provision for disputes existing at the time a BIT entered into force. Further, as explained in that same section, during negotiations of the Bangladesh BIT the parties agreed in paragraph 5 of the protocol that the BIT would not apply to disputes existing at the time the BIT entered into force. At first, glance, the Bangladesh protocol language seems to evidence an assumption that, in the absence of such language, the substantive provisions of a BIT would apply to transactions that occurred prior to its entry into force. The protocol language could be seen, however, as simply affirming that which otherwise would be true, in order to reassure Bangladesh.”²⁵³

“In *Feldman v. Mexico*, the tribunal noted that it has no jurisdiction over acts committed prior to the date when NAFTA entered into force, al-though a continuous course of conduct that began before entry into force and that continued after entry into force could become a breach as of the date of entry into force. The tribunal examined more closely the concept of

continuing and composite wrongful acts in *MCI Power v. Ecuador*, where it applied customary international law as codified in the International Law Commission's Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. In *Mondev v United States*, the tribunal held that conduct prior to entry into force of NAFTA cannot violate that agreement, although the tribunal may examine events that occurred prior to entry into force of the agreement to determine whether events subsequent to entry into force constitute a violation. In that case, the claimant alleged a denial of justice in state court proceedings that occurred after NAFTA entered into force, and thus the claim was properly before the tribunal, even though the dispute that gave rise to the state court litigation arose before NAFTA entered into force. This rule applies even where some facts critical to the claim occurred before the BIT entered into force. Like the tribunal in *MCI Power*, the tribunal in *Mondev* relied upon the International Law Commission's draft articles in assessing the effect of a continuous course of conduct that began before entry into force of the agreement and continued afterward. The tribunal also held that NAFTA did not effect a "remedial resurrection" of a claim of expropriation contrary to customary international law, where that claim arose before NAFTA entered into force."²⁵⁴

13.81.1 Hoewel het daar om een andere problematiek ging, kan m.i. inspiratie worden gepunt uit de volgende overweging in een arbitraal vonnis in de zaak *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamitische Republiek Pakistan*.²⁵⁵ Arbiters oordelen als volgt:

"167. Considering the widely accepted principle with which we started, namely, that under general international law, a violation of a contract entered into by a State with an investor of another State, is not, by itself, a violation of international law, and considering further that the legal consequences that the Claimant would have us attribute to Article 11 of the BIT are so far-reaching in scope, and so automatic and unqualified and sweeping in their operation, so burdensome in their potential impact upon a Contracting Party, we believe that clear and convincing evidence must be adduced by the Claimant. Clear and convincing evidence of what? Clear and convincing evidence that such was indeed the shared intent of the Contracting Parties to the Swiss-Pakistan Investment Protection Treaty in incorporating Article 11 in the BIT. We do not find such evidence in the text itself of Article 11. We have not been pointed to any other evidence of the putative common intent of the Contracting Parties by the Claimant."

13.81.2 Het zojuist geciteerde oordeel is om twee met elkaar samenhangende redenen van belang. In de eerste plaats omdat het illustreert dat, als men wil, het zeer wel mogelijk is om grenzen te stellen aan de bevoegdheid van arbiters. Voorts omdat (in feite) argumenten als onder 11 besproken kunnen worden verdisconteerd. Daarbij verdient vermelding dat arbiters (Florentino Feliciano, André Faurès en Christopher Thomas QC) niet de minsten waren.

13.82.1 Schreuer heeft erop gewezen dat in een aantal arbitrale zaken nadruk wordt gelegd op de bijdrage aan economische ontwikkeling van een land,²⁵⁶ zomede een "regularity of profit and return".²⁵⁷ Ook het lopen van risico is een factor bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van een investering.²⁵⁸

13.82.2 In de zaak *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia* meenden arbiters dat bij de afweging een "holistic assessment" moet worden gemaakt.²⁵⁹

13.82.3 Ook de zo-even genoemde gezichtspunten leiden niet onontkoombaar tot één conclusie. Maar ze bieden, zo men wil, zeker enige steun voor het standpunt van Ecuador. Nadat de operationele fase is afgerond, is er geen regelmatige stroom van inkomsten meer, laat staan een economische bijdrage aan de ontwikkeling van een land. Het illustreert dat het begrip "investment" elastisch is. Het laat verschillende interpretaties toe, afhankelijk van de vraag op welke elementen men het zwaartepunt legt.

13.83.1 Ik kom tot een afronding met betrekking tot de hier besproken kwestie. Zoals al aangegeven, is de opvatting waartoe arbiters en Hof zijn gekomen alleszins verdedigbaar. Maar zij is zeker niet dwingend en leidt m.i. niet tot een aanstonds bevredigend resultaat. Ook niet tot een uitkomst die de verdragsluitende partijen, naar redelijkerwijs valt aan te nemen, hebben willen regelen op de wijze als door arbiters en Hof beslecht; ze hebben er allicht niet aan gedacht. In dat verband zij andermaal gememoreerd het onder 13.59 genoemde uitgangspunt van arbiters.

13.83.2 Bij het opmaken van de eindbalans acht ik voorts, als afrondingsfactor, nog het volgende van belang. Bij pleidooi in cassatie heeft mr. Van Geuns, onder verwijzing naar de memorie van grieven onder 19 en door Chevron niet weersproken,²⁶⁰ aangevoerd dat in een afscheidsgesprek tussen Chevron en de Vice-President van Ecuador door Chevron is "bevestigd" dat zij geen assets (in Ecuador) meer had.²⁶¹ Volgens de eigen stellingen van Chevron zouden "assets" mede vorderingsrechten omvatten. Welnu, als zij die niet meer had, roept het na het inwerkingtreden van het BIT aanhangig maken van een BIT-arbitrage over pretense vorderingen ter zake oude investeringen vrij indringende vragen op (over de bevoegdheid van arbiters).

13.84 Al met al kom ik tot een andere opvatting dan arbiters en het Hof. In mijn opvatting ontbrak de bevoegdheid van arbiters. Daarvan uitgaande, slaagt de in het middel onder 40 weergegeven klacht, zoals hiervoor verstaan en besproken.

13.85 Zou de zojuist geplaveide weg langs art. XII BIT, dus zonder een koppeling te leggen tussen art. I en XII BIT, gemakkelijker begaanbaar zijn? *Onderdeel 3.2* onder 38 stelt die vraag aan de orde. Het Hof zou "in feite" bij de vraag of een vordering samenhangt met een "investment" hebben verzuimd aan art. XII BIT te toetsen, zo voert het onderdeel aan.

13.86 Zoals hiervoor geschetst onder 10 zijn er m.i. goede aanknopingspunten voor de gedachte dat toetsing aan art. XII BIT soelaas had kunnen brengen. Maar de klacht schiet te kort en laat m.i. niet toe om er op in te gaan omdat:

- a. zij feitelijke grondslag mist. Het Hof is, anders dan het onderdeel veronderstelt, wel degelijk op art. XII BIT ingegaan, zoals blijkt uit rov. 17 en 23;
- b. niet voldoende duidelijk is waartoe bespreking door het Hof van art. XII BIT zou hebben moeten leiden en nog minder waarom Ecuador daarbij garen zou spinnen;
- c. zelfs wanneer we hetgeen Ecuador heeft aangevoerd in de gedingstukken waarnaar het onderdeel in voetnoot 18 verwijst – hiervoor goeddeels geciteerd – in het onderdeel insereren, blijft overeind dat geen sprake is van een voldoende inzichtelijk betoog over *art. XII BIT*. De stellingen zijn in mijn ogen niet zodanig "grijpbaar" dat ze het Hof noopten tot een nadere respons. Immers ziet het betoog van Ecuador kennelijk vooral op de considerans en het doel van het BIT, terwijl het voor het overige m.i. goeddeels blijft steken in niet nader onderbouwde stellingen zoals "Article XII of the Treaty specifies that the entire Treaty applies only to those investments that exist at the time of entry into force".²⁶² Die stelling heeft het Hof besproken door in te gaan op de betekenis van "investment".

13.87 Dat brengt mee dat de zojuist besproken klacht m.i. slaagt voor zover zij scharniert om de uitleg van art. I BIT in samenhang met art. XII BIT en dat zij voor het overige faalt.

Onderdeel 4: voorbijgaan aan essentiële stelling

13.88.1 *Onderdeel 4* acht de beslissingen van het Hof in rov. 15 tot en met 28 die erop neerkomen dat (zoals het Hof oordeelt in rov. 25) arbiters bevoegd waren om over het geschil tussen Ecuador en de Verenigde Staten te beslissen, onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, nu het Hof zonder enige motivering voorbij is gegaan aan de essentiële stelling van Ecuador dat (i) Chevron geen vorderingen had op Ecuador, maar slechts vorderingen pretendeerde, terwijl (ii) het BIT voor de bevoegdheid van arbiters vereist dat deze vorderingen daadwerkelijk bestaan.

13.88.2 Dit zou, nog steeds volgens het onderdeel, te meer klemmen nu het enige verweer van Chevron op dit punt is geweest dat het betoog van Ecuador ertoe zou leiden dat de gewone rechter de beschermingsomvang van het BIT vol toetst en het Hof dit verweer reeds heeft verworpen in rov. 16 met de overweging dat dit resultaat nu eenmaal het gevolg is van de wijze waarop verdragspartijen het arbitraal geding hebben ingekleed. Daar komt nog bij dat, zoals Ecuador heeft aangevoerd, de bewijslast in deze procedure op Chevron rust.

13.89 Ik neem aan dat het onderdeel het oog heeft op het geschil tussen beide procespartijen en niet, zoals het vermeldt, tussen de Verenigde Staten en Ecuador. Ik houd dat laatste voor een kennelijke verschrijving.

13.90 Ik neem verder aan dat de klacht tot uitdrukking wil brengen dat een "alleged claim" onvoldoende is om bevoegdheid van arbiters in het leven te roepen. Dat leid ik af uit de memorie van grieven waar voetnoot 19 bij de cassatiedagvaarding naar verwijst.

13.91.1 De klacht faalt m.i. reeds omdat de rechter te Ecuador in (ten minste) één procedure de vordering van Chevron heeft toegewezen.²⁶³

13.91.2 Anders dan Chevron heeft aangevoerd,²⁶⁴ mislukt de klacht m.i. niet omdat arbiters haar vordering hebben toegewezen. Weliswaar wijst dat erop dat de claim, voorzichtig gezegd, niet van elke grond ontbloot was, maar de inzet van deze procedure is de arbitrale vonnissen te vernietigen wegens onbevoegdheid van arbiters. Als die vordering slaagt, is het toewijzend vonnis van de baan.

13.92.1 M.i. blijkt alleen al uit de tekst van art. II lid 7 BIT dat de klacht faalt. Immers wordt gesproken van "asserting claims". Bezwaarlijk kan worden gesproken van "effective means of asserting claims and enforcing rights" wanneer de toegang tot arbiters eerst open zou staan als de gegrondheid van de claim buiten twijfel vaststaat, zoals het onderdeel kennelijk wil verdedigen. Arbiters hebben aangenomen en door Ecuador wordt (thans) niet langer bestreden, dat de weg naar arbitrage openstaat als – kort gezegd – een bij de nationale rechter aanhangig gemaakte vordering niet binnen een redelijke termijn wordt beslecht, zoals in casu – naar thans ook geen geschilpunt meer is – het geval was.

13.92.2 In dat verband met genoemd art. II lid 7 kan m.i. een parallel worden getrokken met art. 6 lid 1 EVRM en art. 8 lid 1 American Convention on Human Rights. Dat valt reeds uit de tekst op te maken.

13.93 Bovendien – het is een zelfstandig dragende grond – wijst het Hof terecht op art. VI lid 1 BIT waar sprake is van een "alleged breach of any right (...) with respect to an investment." Dit "alleged" maakt duidelijk dat niet vereist is dat het recht op voorhand vaststaat, wat trouwens ook voor de hand ligt.²⁶⁵

Onderdeel 5: weergave standpunten en BIT

13.94 *Onderdeel 5*, voor zover nog niet besproken, kant zich tegen rov. 18, eerste alinea waarin het Hof oordeelt:

"Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord hoe '*investment*' in art. I is gedefinieerd. In dit verband is van belang dat tussen partijen vaststaat dat de Concessieovereenkomst in 1992 is geëindigd en daarmee ook de oliewinningsactiviteiten die daarvan het onderwerp waren. Tussen partijen is voorts in confesso dat deze activiteiten (in ieder geval) kwalificeren als '*investment*' in de zin van het BIT."

en tegen rov. 25 waarin het Hof onder mee oordeelt:

"Vaststaat dat Chevron op het moment van inwerkingtreding van het BIT vorderingsrechten als

bedoeld in art. 1(a) (iii) van het verdrag had en daarmee een 'investment' in de zin van art. I (a) en (dus) art. XII, lid 1."

13.95 Deze overwegingen worden als onbegrijpelijk aan de kaak gesteld en/of zouden uitgaan van een onjuiste lezing van de gedingstukken. Ecuador heeft immers juist gesteld dat de oliewinactiviteiten niet moeten worden gekwalificeerd als "investment" onder het BIT omdat deze activiteiten reeds waren beëindigd op het moment dat het BIT in werking trad.

13.96 Deze klacht berust op een misverstand. Het Hof onderscheidt twee vragen: 1) wat valt *juridisch technisch* aan te merken als investering en 2) valt de investering onder de werking van het BIT. Die tweede vraag kan moeilijk worden beantwoord alvorens te onderzoeken of inderdaad sprake is van een investering zoals gedefinieerd in het BIT. In *rov. 18* zegt het Hof niet en bedoelt het evenmin dat de oliewinningsactiviteiten vóór de inwerkingtreding van het BIT onder het BIT vallen omdat sprake is van een investering in de zin van art. I lid 1(a) BIT.

13.97.1 In *rov. 25* wordt andermaal overwogen dat sprake is van een vorderingsrecht als bedoeld in art. I lid 1(a) BIT. De reden dat het Hof dit vorderingsrecht onder het BIT brengt, is klaarblijkelijk gelegen in iets anders;²⁶⁶ te weten de omstandigheid dat dit vorderingsrecht bestond vóór en doorliep na de inwerkingtreding van het BIT²⁶⁷ én dat een effectieve rechtsgang in Ecuador ontbrak omdat de lopende procedures, die vóór de inwerkingtreding van het BIT waren begonnen, te lang hebben geduurd. Dat te lang duren is geëffectueerd ná de inwerkingtreding. Dat dit de bevoegdheid van arbiters creëerde,²⁶⁸ is in cassatie niet meer aan de orde. Het was dat trouwens in appel ook al niet meer, zoals het Hof met juistheid memoreert in *rov. 25*. Tegen dit oordeel van het Hof is geen klacht gericht; in ieder geval niet een klacht die voldoende specifiek is.

13.97.2 M.i. berust de klacht dus op een verkeerde lezing van 's Hof's arrest.

13.97.3 Overigens is m.i. van weinig belang of deze klacht al dan niet slaagt. Zij voegt immers weinig toe aan onderdeel 3. Daarbij roep ik nog in herinnering dat ik de klachten over art. 1 lid 1(a) BIT, art. XII BIT en de samenhang tussen beide hiervoor al heb besproken en gegrond heb bevonden.

13.98 *Onderdeel 5.2* heb ik onder 13.64 al behandeld.

13.99 *Onderdeel 5.3* draait om "het normale spraakgebruik" en hetgeen het Hof in *rov. 22* daarover heeft geoordeeld:

"Uit de stellingen van partijen volgt dat (in hun beider perceptie) onder 'investment' in het normale spraakgebruik wordt verstaan: de operationele fase. Reeds uit art. I (a) blijkt dat in het BIT het begrip 'investment' een ruimere betekenis heeft. Ook Ecuador erkent dat (zie hiervoor, *rov. 19*). In zoverre blijkt uit het verdrag zelf dat voldaan is aan het bepaalde in art. 31, lid 4 WVV."

13.100 Ten eerste zou onbegrijpelijk zijn dat het Hof oordeelt dat uit de stellingen van partijen volgt dat in hun beider perceptie onder "investment" in het normale spraakgebruik wordt verstaan: de operationele fase. In de samenvatting van de standpunten van partijen die het Hof geeft in *rov. 18* en *19* komt het normale spraakgebruik niet aan de orde en ook overigens is niet duidelijk aan welke stellingen het Hof refereert.

13.101.1 Het belang van deze klacht is mij niet goed duidelijk. Zoals al uiteengezet bij de bespreking van onderdeel 5.2 heeft Ecuador inderdaad gesproken over de operationele fase of iets wat daarvan niet valt te onderscheiden. Met Chevron meen ik dat geen verdere toelichting behoeft dat (in elk geval) de operationele fase in het spraakgebruik geldt als "investering".²⁶⁹

13.101.2 Maar dat laatste betekent nog niet dat de haan der victorie kraait voor Chevron. Immers

gaat het in deze procedure om de vraag of in het voorliggende geval, dat wordt gekenmerkt door de bijzonderheid dat de operationele fase vóór de inwerkingtreding van het BIT werd beëindigd, valt onder de werking van het BIT.

13.102 We keren thans weer terug naar de klachten. Ten tweede wordt als onbegrijpelijk gekenschetst dat het Hof oordeelt dat uit art. I lid 1(a) BIT blijkt dat in het BIT het begrip "investment" een ruimere betekenis heeft (dan in het normale spraakgebruik) en dat ook Ecuador dit erkent. Het Hof zou daarbij over het hoofd hebben gezien dat art. I lid 1(a) geografische beperkingen stelt aan een "investment" onder het BIT en in die zin dus juist beperkter is dan het begrip "investment" in het normale spraakgebruik. Verder heeft Ecuador voor de bepaling van het begrip "investment" onder het BIT juist aansluiting gezocht bij het normale spraakgebruik. Ten slotte is ook onbegrijpelijk waarom volgens het Hof uit rov. 19 van het arrest blijkt dat Ecuador zou hebben erkend dat het begrip "investment" in het BIT ruimer is dan in het normale spraakgebruik. Voorzover het Hof hierbij doelt op het feit dat Ecuador heeft betoogd dat een vordering op zich zelf geen investering is, ziet het Hof eraan voorbij dat een vordering onder het BIT op zich zelf ook geen investering is onder het BIT. Het BIT kwalificeert een vordering enkel als "investment" als deze vordering samenhangt met een investering.

13.103.1 De klacht is niet gemakkelijk te doorgronden. Maar ik denk dat dat ook niet nodig is want zij mist belang omdat:

- a. in deze procedure en in 's Hof's gedachtegang de geografische reikwijdte geen enkele rol speelt en ook niet behoefde te spelen, zodat het Hof zich daarover niet behoefde te bekreunen;
- b. lood om oud ijzer is wat Ecuador in dit opzicht al dan niet heeft erkend. 's Hof's oordeel dat een investering in art. I lid 1(a) BIT ruimer is dan de operationele fase is op zich niet onjuist en wordt door het onderdeel dan ook niet bestreden. Maar, zoals hiervoor uitvoerig uiteengezet, is deze omstandigheid in casu niet van belang. Het onderhavige geval wordt gekenmerkt door de bijzonderheid dat er een temporeel element in schuilt. Dán spreekt allerminst voor zich dat het begrip "investment" heel ruim wordt uitgelegd en dat een investeerder die er zelf voor heeft gekozen zijn investering te beëindigen (en die hooguit een daarmee samenhangende door hem gepretendeerde claim, verband houdend met de beëindigde activiteiten heeft of meent te hebben) de bescherming van een later BIT deelachtig wordt.

13.103.2 De exegese over het samenhangen met een investering behelst geen voor mij voldoende duidelijke klacht, zodat ik daar helaas niet op in kan gaan. Overigens bevat het middel geen klacht die erop neerkomt dat, laat staan uitlegt waarom, "de vordering" niet zou samenhangen met de investering en nog minder waar een dergelijk betoog in feitelijke aanleg is ontwikkeld.

13.104 Ter voorkoming van mogelijk nieuw misverstand bij Ecuador is het wellicht goed er nog op te wijzen dat dat de enkele omstandigheid dat iets een investering is in de zin van de definitiebepaling van art. I lid 1 onder a BIT nog niet betekent dat deze investering *dus* ook valt onder de temporele werking van het BIT.

Onderdeel 6: bezemklacht

13.105 *Onderdeel 6* verwoordt een bezemklacht tegen de rechtsoverwegingen 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 28, 29 en de "Beslissing". Nu een aantal klachten terecht wordt voorgedragen, slaagt ook dit onderdeel.

Afronding

13.106 Zoals hiervoor aangegeven, acht ik een aantal klachten gegrond. De overige klachten stellen m.i. geen vragen aan de orde die van belang zijn voor de rechtseenheid of rechtsontwikkeling, waarbij nog valt te bedenken dat deze zaak zich – los van de toevallige plaats van arbitrage – geheel afspeelt buiten Nederlandse sferen. Nu bespreking van die klachten m.i. ook overigens weinig nut heeft, lenen zij zich voor afdoening met toepassing van art. 81 RO.

13.107 Resteert de vraag of Uw Raad, als mijn benadering zou worden gevolgd, de zaak zelf af kan doen of dat veeleer verwijzing aangewezen is.

13.108.1 Als de Hoge Raad mijn oordeel met betrekking tot onderdeel 3.2 onder 40 zou onderschrijven, lijkt goed mogelijk dat Uw Raad de zaak zelf af doet en de vorderingen van Ecuador toewijst. Het gaat daarbij immers om een rechtsvraag. Om de hiervoor ampel genoemde gronden komt het mij, al met al, voor dat deze rechtsvraag zo moet worden beantwoord dat een situatie als de onderhavige buiten de werking van het BIT valt. In dat laatste geval hebben arbiters ten onrechte hun bevoegdheid aangenomen en liggen hun vonnissen voor vernietiging gereed.

13.108.2 Maar er valt iets meer te zeggen voor terugverwijzing omdat denkbaar – zij het in mijn ogen niet erg plausibel – is dat er nog valide ervaringsregels of argumenten, ontleend aan de considerans van het BIT of anderszins, zouden kunnen bestaan die tot een andere opvatting dan de door mij verdedigde opvatting leiden.

13.108.3 Maar er is nog een andere reden waarom afdoening door Uw Raad m.i. niet de voorkeur verdient. In rov. 26 laat het Hof een aantal kwesties in het midden. De vraag of beoordeling daarvan tot dezelfde uitkomst zou (moeten) leiden als waartoe het Hof in het thans bestreden arrest is gekomen, ware na verwijzing onder ogen te zien.

13.109 Daarom wordt thans geconcludeerd tot vernietiging en verwijzing.

14 Bespreking van de incidentele klachten

14.1 Nu de voorwaarde waaronder het incidentele cassatieberoep is ingesteld, is vervuld, moet op de daarin voorgedragen klachten worden ingegaan.

14.2.1 Het middel is gericht tegen een deel van rov. 16 dat in de inleiding op de klachten als volgt wordt samengevat:

- * uit het door het Hof onderstreepte zinsdeel uit art. VI lid 1 aanhef en onder (c) BIT blijkt dat in het arbitraal beding zelf (althans ten aanzien van de grond vervat in art. VI lid 1 aanhef en onder (c)) een koppeling wordt gelegd tussen het geschil en het toepassingsbereik (door partijen ook wel genoemd: "de beschermingsomvang") van het Verdrag;
- * immers wordt in grond (c) arbitrage als wijze van geschillenbeslechting aangeboden voor geschillen met betrekking tot rechten die door het Verdrag worden gecreëerd of toegekend;
- * daarmee wordt van belang of Chevron aanspraak kan maken op het door haar ingeroepen recht, haar toegekend in art. II lid 7 van het Verdrag en onontkoombaar is dat de toepasselijkheid van het Verdrag *ratione materiae* en *ratione temporis* wordt beoordeeld;
- * aldus wordt het oordeel over 'de beschermingsomvang' van het Verdrag – in zoverre, dat wil zeggen: om de bevoegdheid van het scheidsgerecht te kunnen beoordelen – ter volle toetsing aan de nationale overheidsrechter voorgelegd, wat een gevolg is van de wijze waarop de verdragspartijen het arbitraal beding hebben ingekleed.

14.2.2 Daarop voortbouwend heeft het Hof in rov. 25 samengevat overwogen:

- * dat, met de vaststelling dat Chevron op het moment van inwerkingtreding van het Verdrag vorderingsrechten als bedoeld in art. I lid 1(a)(iii) van het Verdrag had en daarmee een "investment" in de zin van art. I lid 1(a) en (dus) art. XII lid 1 van het Verdrag, sprake was van een "alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment [onderstreping door het Hof]" in de zin van art. VI lid 1 aanhef en onder (c) van het Verdrag.

14.3 Het onder 14.2 weergegeven oordeel acht *onderdeel 1* rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd, aangezien in art. VI lid 1 aanhef en onder (c) BIT arbitrage als wijze van geschillenbeslechting wordt aangeboden voor geschillen met betrekking tot "an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment" en derhalve bij de beoordeling van de bevoegdheid van het scheidsgerecht – anders dan door het Hof is beslist – niet relevant is, kort samengevat, of "Chevron" aanspraak kan maken op het door haar ingeroepen recht, maar reeds voldoende is – zoals door Chevron gemotiveerd heeft gesteld, kort samengevat – dat sprake is van een door Chevron gestelde ("alleged") inbreuk op een door het Verdrag toegekend recht met betrekking tot een investering (en waarbij het woord "alleged" (uit art. VI lid 1 aanhef en onder (c) van het Verdrag) derhalve niet slechts betrekking heeft op het woord "breach", maar eveneens op het daaropvolgende zinsdeel "of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment").

14.4 Het niet gemakkelijk leesbare *onderdeel 1.2* houdt het volgende in. Indien 's Hofs oordeel (zoals in het middel onder I kort samengevat weergegeven) inhoudende, zeer kort samengevat, dat uit het door het Hof onderstreepte zinsdeel uit art. VI lid 1 aanhef en onder (c) BIT blijkt dat in het arbitraal beding zelf (althans ten aanzien van de grond vervat in art. VI lid 1 aanhef en onder (c) van het Verdrag) een koppeling wordt gelegd tussen het geschil en het toepassingsbereik van het Verdrag en derhalve onontkoombaar is dat de toepasselijkheid van het Verdrag *ratione materiae* en *ratione temporis* wordt beoordeeld, aldus zou moeten worden begrepen dat deze overweging (mede) betrekking heeft op de beoordeling van de bevoegdheid van het scheidsgerecht op basis van de door Chevron ingeroepen grond vervat in art. VI lid 1 aanhef en onder (a) van het Verdrag (ondanks 's Hofs overweging in rov. 16 dat het Hof aanleiding ziet om eerst de grond vervat in art. VI lid 1 aanhef onder (c) BIT te bespreken en ondanks 's Hofs overweging in rov. 26 dat bij deze stand van zaken in het midden kan blijven (onder meer) of het scheidsgerecht tevens bevoegdheid kon ontlenen aan art. VI lid 1 aanhef en onder (a) BIT), zou zijn oordeel rechtens onjuist althans onbegrijpelijk gemotiveerd althans onvoldoende gemotiveerd zijn, aangezien in art. VI lid 1 aanhef en onder (a) BIT arbitrage als wijze van geschillenbeslechting wordt aangeboden voor geschillen verband houdende met "an investment agreement between [a Party] and [a national or company of the other Party]" en derhalve bij de beoordeling van de bevoegdheid van het scheidsgerecht – anders dan door het Hof is beslist en overwogen – niet relevant is, kort samengevat, een beoordeling van de toepasselijkheid van het Verdrag *ratione materiae* en *ratione temporis*, maar reeds voldoende is – zoals door Chevron gemotiveerd gesteld, kort samengevat – dat het dispuut verband houdt met een investeringsovereenkomst ("investment agreement"), namelijk met de Concessieovereenkomst (zoals gedefinieerd in het arrest) (en waarbij (derhalve) (onder meer) niet relevant is of (het dispuut verband houdende met) deze investeringsovereenkomst al dan niet betrekking heeft op een investering (die op 11 mei 1997 (de datum van inwerkingtreding van het Verdrag) bestond) en/of deze investeringsovereenkomst op 11 mei 1997 van kracht was), aldus het onderdeel.

14.5 Bij pleidooi²⁷⁰ heeft mr. Van der Beek samengevat waar *onderdeel 1* om draait. Het Hof, zo vat ik samen, zou miskennen dat een "alleged breach" voldoende is en, zo begrijp ik, zou niet mogen treden in de vraag of *daadwerkelijk* sprake is van een "breach" (of een vordering in verband daarmee).

14.6.1 De klacht berust m.i. op een misverstand. Volgens het Hof is voldoende dat sprake is van een "alleged breach" met betrekking tot een "investment". Wanneer ook het temporele aspect geen roet in het eten gooit, is daarmee de bevoegdheid van arbiters gegeven, aldus het Hof. Het Hof oordeelt dus niet dat het zelfstandig moet treden in de vraag of Chevron daadwerkelijk een claim heeft; het Hof heeft dat trouwens ook niet gedaan. Dat het Hof iets voor ogen heeft gestaan in de trant van het onderdeel is in rov. 25 niet te lezen. Het onderdeel berust dus op een verkeerde lezing.

14.6.2 Voor zover de klacht nog iets anders probeert te vertolken, is zij niet voldoende begrijpelijk.

Ik kan er dan ook niet nader op ingaan.

14.7 *Onderdeel 1.2* wil, zo heeft mr. Van der Beek bij pleidooi verduidelijkt, veilig stellen dat het Hof zijn oordeel baseert op art. VI lid 1 onder (c) BIT en niet op art. VI lid 1 onder (a) BIT.²⁷¹

14.8 Chevron kan worden gerustgesteld. Haar lezing is juist. Dat blijkt ook heel duidelijk uit rov. 25 waar dat met zoveel woorden in de tweede volzin is te lezen. Het blijkt trouwens ook uit rov. 26. De klacht mislukt dus.

14.9 Als ik het goed zie (en begrijp) dan zijn de klachten met het bovenstaande genoegzaam behandeld.

14.10 De hier besproken klachten lenen zich bij uitstek voor afdoening op de voet van art. 81 lid 1 RO.

15 Kostenkwesties

15.1 Eveneens ambtshalve heb ik mij de vraag gesteld of in deze zaak aanleiding bestaat om af te wijken van het gebruikelijke tarief van geliquideerde kosten. Die vraag wordt ingegeven door het volgende.

15.2.1 Het gaat in casu om een vordering die is gericht tegen een BIT-arbitrage op de voet van de Uncitral Arbitration Rules (hierna UAR); zie art. VI lid 3(a)(iii) BIT. De zaak is zéér gecompliceerd en bewerkelijk.

15.2.2 Klachten als door Ecuador geformuleerd, kosten allicht veel tijd, zowel om deze te formuleren als om ze te weerleggen. Dat wordt niet anders door de omstandigheid dat (een juridische) onderbouwing goeddeels achterwege is gebleven.

15.3.1 De onder 15.2.1 genoemde Arbitration Rules²⁷² geven betrekkelijk uitvoerige regels over kosten.

15.3.1 Art. 38 aanhef en onder e UAR bepaalt dat arbiters bepalen ("fix") de "costs for legal representation and assistance of the successful party if such costs were claimed during the arbitral proceedings."

15.3.2 Art. 40 lid 2 UAR bepaalt:

"With respect to the costs of legal representation and assistance referred to in article 38, paragraph (e), the arbitral tribunal, taking into account the circumstances of the case, shall be free to determine which party shall bear such costs or may apportion such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable."

15.4.1 Ik heb mij de vraag gesteld of art. VI lid 3(a)(iii) BIT, gelezen in samenhang met de onder 15.3 geciteerde bepalingen, een basis zou kunnen vormen voor een kostenveroordeling die afwijkt van het geliquideerde tarief dat Uw Raad pleegt te hanteren.

15.4.2 Daarbij moet worden bedacht dat art. 419 lid 4 Rv. Uw Raad de mogelijkheid biedt om af te wijken van, wat ik enigszins oneerbiedig aanduid als het standaardtarief.

15.5.1 Ik acht het zeker niet onmogelijk dat een redelijke uitleg van de onder 15.4.1 genoemde bepalingen meebrengt dat hetzelfde geldt voor vernietigingsprocedures als de onderhavige, met dien verstande dat daarin het oordeel over de kosten uiteraard niet door arbiters maar door de betrokken rechter wordt geveld. Ik behoef daarop om twee zelfstandige redenen evenwel niet nader in te gaan:

a. partijen hebben geen verzoek gedaan om een van het standaardtarief afwijkende

kostenveroordeling;

b. zij hebben geen enkel inzicht in hun kosten gegeven, laat staan behoorlijk uitgesplitst over het principale en het incidentele beroep.²⁷³

15.5.2 In mijn ogen verzet een goede procesorde zich ertegen dat partijen alsnog een verzoek als zo-even bedoeld doen en nog meer dat zij alsnog een behoorlijke kostenstaat produceren.

15.6.1 Los van het voorafgaande: Ecuador heeft *inhoudelijk* niet gereageerd op de incidentele klachten. Ik meen eerdere rechtspraak, waar op eenzelfde kwestie werd gehint maar waarin Uw Raad nochtans vasthield aan het standaardtarief, zo te moeten begrijpen dat het er niet toe doet of een verweerder al dan niet *inhoudelijk* verweer voert.

15.6.2 Daar komt in deze zaak, als Uw Raad mijn conclusie zou volgen, nog bij dat de standaardkostenveroordeling in het principale beroep geenszins "kostendekkend" zal zijn zodat het uit een oogpunt van billijkheid allerminst onbevredigend is dat Ecuador in het incidentele beroep een bedrag krijgt toegewezen dat allicht uitstijgt boven de daarvoor gemaakte kosten. In totaliteit zal zij op het cassatieberoep ongetwijfeld moeten toeleggen, ook wanneer Uw Raad mijn conclusie zou volgen.

Conclusie

Deze conclusie strekt:

* in het principale beroep tot vernietiging en verwijzing;

* in het (voorwaardelijk) incidentele beroep tot verwerping;

* veroordeling van Chevron in de kosten van zowel het principale als het incidentele beroep overeenkomstig het gebruikelijke tarief.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,

Advocaat-Generaal

¹ Zie het vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage van 2 mei 2012 onder 2.1-2.7. Ook het Hof 's-Gravenhage is van deze feiten uitgegaan, zoals blijkt uit zijn arrest van 18 juni 2013 onder 1.

² Het Hof heeft de relevante inhoud van het verdrag weergegeven in rov. 6 van het bestreden arrest. In rov. 1.1-1.6 geeft het Hof deze feiten ook zelf weer met uitzondering van een aantal citaten uit het BIT. Deze komen uitvoeriger terug in rov. 6 van 's Hofs arrest.

³ De rolnummers van de Rechtbank.

⁴ Brief van 30 september 2013 van mrs. Van Geuns en Burgman.

⁵ Pleitnotities mr. Van Geuns onder 5.

⁶ Pleitnotities in cassatie van mr Van der Beek onder 13 en voetnoot 7; dit "hooguit" houdt ermee verband dat het, volgens Chevron, gaat om een procedure tegen Ecuador in vrijwaring.

⁷ Zie C.I onder 2.1-2.3.

⁸ Voor de goede orde merk ik op dat ik in het hiernavolgende de bij de citaten behorende (voet)noten niet heb overgenomen.

⁹ C.I sub 2.5-2.7.

- ¹⁰ C.I sub 2.8-2.9.
- ¹¹ C.I sub 3.102 i en ii. Zie ook onder G.II.
- ¹² C.I sub 4.504 i en ii.
- ¹³ G.I sub 45.282-285.
- ¹⁴ C.II sub 5.2.
- ¹⁵ C.II sub 5.3.
- ¹⁶ C.II sub 5.3.
- ¹⁷ D sub 8.
- ¹⁸ E.39-42.
- ¹⁹ F.43-44.
- ²⁰ Vgl. rov. 6 van 's Hofs arrest (p. 4).
- ²¹ H.61-62.
- ²² H.63-68.
- ²³ G.149-156 Partial Award on the Merits. De Interim Award bevat onder H.63-68 een minder actueel overzicht.
- ²⁴ I 1.1 sub 78-84.
- ²⁵ I 1.1 sub 86-89.
- ²⁶ J sub 92.
- ²⁷ J.I.4 sub 119-123.
- ²⁸ J.III sub 150-195.
- ²⁹ J.VI sub 239-270.
- ³⁰ J.VII sub 271-284.
- ³¹ J.VIII sub 285-301.
- ³² Al is het oordeel van het Hof voorzichtig geformuleerd. In zijn arrest van 7 september 2001 in de zaak *Cantos v. Argentina* acht het Hof "for the time being" "useful to accept the interpretation suggested in the passages cited above and the consequences it would have", namelijk dat "a civil or commercial company that has suffered a violation of its constitutional rights, (...) would be unable to invoke Article 25 of the Convention merely because it was a legal entity" (rov. 24). De terughoudendheid van de Commissie wordt in een gloedvol betoog betreurd door Victor M. Marroquin-Merino, *The Protection of Property Rights in the Inter-American System: Banco de Lima Shareholders v. Perú*, University Miami Year Book. International Law Vol. 1 1991 p. 218 e.v. Zie, niet alleen over de Inter-Amerikaanse dimensie, P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons, Protection and Liability of Private and Public Juristic Entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHPR*, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 14.3 (December 2010) p. 1 e.v. en over deze laatste dimensie p. 4 en 5.
- ³³ *Tomas Enrique Carvallo Quintana v. Argentina*, 14 juni 2001, Report No 67/01 para 55; zie eveneens *Mevopal SA v. Argentina*, 11 maart 1999, Rep. No 39/99 rov. 17 en *Banco de Lima v Peru*, 22 februari 1991, Rep. No 10/91.
- ³⁴ Sommige auteurs veronderstellen dat de Commissie ruimhartiger zal worden; zie bijvoorbeeld Pedro Nikken, *Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights*, in: P.M. Dupuy, F. Franconi en E.U. Petersmann (red.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (2009) p. 246 e.v.
- ³⁵ Arrest van 7 september 2001.
- ³⁶ Ursula Kriebaum, *Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration?*, in: P.M. Dupuy, F. Francioni en E.U. Petersmann (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (2009), p. 219 e.v.
- ³⁷ Dat ligt, zoals we zojuist hebben gezien, anders voor het Inter-Amerikaanse Hof.

³⁸ P. 244 en 245. De motivering is m.i. niet abundant.

³⁹ Partial Award sub 241 e.v. met uitvoerige motivering onder verwijzing naar relevante rechtsbronnen.

⁴⁰ Sub 275 en Interim Award onder 106 e.v.

⁴¹ Partial Award onder 296 en 302 e.v..

⁴² Partial Award onder 321 e.v.

⁴³ Sub 326.

⁴⁴ Onder 331. Zie over de problematiek van uitputting van nationale rechtsmiddelen nader Ursula Kriebaum, *Local Remedies and the Standards for the Protection of Foreign Investment*, in Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch en Stephan Wittich (red.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (2009); Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law* 2005 p. 100 e.v.; Mavluda Sattorova, *Denial of Justice Disguised? Investment Arbitration and the Protection of Foreign Investors from Judicial Misconduct*, *International and Comparative Law Quarterly* vol. 61, January 2012 p. 226 e.v. Op p. 226-227 wijst zij erop dat de "recente" generatie BITS "an overwhelming tendency [shows] to waive the exhaustion requirement", zij het dan ook dat het tij is gekeerd na de Loewen-uitspraak.

⁴⁵ *White Industries Australia Limited v. India*, 3 november 2011, onder 11.3. Volgens A.K. Bjorklund, *Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims*, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 45:4 2005 op p. 860 en voetnoot 207, waren er in 2005 nog geen gepubliceerde BIT-zaken over de "fork in the road"-kwestie

⁴⁶ Zo bijvoorbeeld Jason Burke, *Defining Investor Confidence: Avoiding Interpretive Uncertainty in Chevron Corp. v. Ecuador*, *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 34:463 p. 471 e.v. Op p. 472 betoogt Burke: "Given that the increasingly popular use of bilateral investment treaties has at its core the goal of securing foreign investment, interpretations that create uncertainty about the rights enshrined in such treaties ultimately discourage investment". Overtuigend kan ik zijn betoog niet vinden. Immers kan men "uncertainty" op heel verschillende manieren voorkomen; het komt dan aan op de inhoudelijke beoordeling van de invulling daarvan. Ook verderop blijft Burke m.i. goeddeels steken in vaagheden, zoals het "exceptionally consistent" zijn van de opvatting van arbiters met de bewoordingen van het BIT (p. 473). Als ik het goed zie, dan komt het betoog er vooral op neer dat arbiters in de ogen van Burke terecht bescherming bieden aan Chevron.

⁴⁷ Mavluda Sattorova, o.c.; met betrekking tot de onderhavige uitspraak van arbiters wordt opgemerkt (p. 237-238): "Regrettably, the *Chevron* tribunal failed to offer a convincing explanation of the differentiation between a failure to provide effective means of asserting claims and a denial of justice. On the contrary, in its analysis of whether an unreasonable delay by the Ecuadorian courts amounted to a violation of the effective means standard, the tribunal expressly referred to the customary law standard of denial of justice. Furthermore, the tribunal's analysis of the availability and effectiveness of local remedies did not differ from what should have otherwise been analysed as part of the determination of a denial of justice. Despite being construed as a standard distinct from a guarantee against denial of justice, the effective means standard was applied in *Chevron* on the basis of the same principles that usually govern the finding of a denial of justice in all but exhaustion of remedies aspects. If establishing a violation of the effective means standard involves the application of the same principle and norms that govern establishing a denial of justice, both in terms of substance and procedure, doubts arise as to whether the two grounds of state responsibility are materially different. In *Chevron*, the disputed conduct (labelled as a failure to provide effective means of asserting claims) was committed by judicial organs, fell within the definition of justice in international law, and was subject to the same procedural and substantive analysis that is usually carried out in determining the existence of a denial of justice. It is therefore difficult to see how, in the circumstances of the dispute, a breach of the effective means standard was different from a denial of justice. The tribunal's preferences for the effective means standard as the basis of Ecuador's liability for the acts of its judiciary is more readily explained as an attempt to avoid the local remedies rule. By accepting the investor's claim under the effective standard, the tribunal found the host state liable without having to distinguish the Loewen ruling on judicial finality. Just as was the case with *Saipem*, the *Chevron* award encourages the doubtful practice of obtaining redress for a denial of justice by disguising the latter as

a different cause of action and circumventing local remedies” en op p. 241-242: “To what extent is the creation of a hitherto unprecedented mechanism of international review of judicial acts, with an inbuilt waiver of local remedies, justified by the need to promote and protect foreign investment, especially if contrasted with the subsidiary nature of the international human rights courts?” Op p. 244 wordt het betoog aldus afgerond: “While individual investors may gain from labelling the host state’s conduct as a breach of the effective means standard or as a judicial expropriation instead of invoking a denial of justices, such practice is likely to compromise significantly the integrity, credibility and sustainability of investment treaty law in the long term.” Uitgesproken kritisch is ook Jessica Wirth, “Effective Means” Means? The Legacy of *Chevron v. Ecuador*, *Columbia Journal of Transnational Law* Vol. 52, No. 1, 2013, 325. Zij wijst er in de eerste plaats op dat niettegenstaande de veel voorkomende “effective means”-bepaling in de doctrine weinig aandacht is besteed aan de betekenis ervan: p. 334. Zij betoogt onder meer dat goed verdedigbaar is dat de contracterende partijen (Ecuador en de VS) met “effective means” niet het oog hadden op de “customary international law standard”, terwijl “Chevron’s vagaries” de BIT in de praktijk onwerkbaar maken (p. 348 en 349): “First, this Note argues that Chevron’s conclusion that the effective means clause is *lex specialis* based on the the treaty text rests on a paucity of evidence regarding what the United States and Ecuador intended to accomplish in their BIT. There is a reasonable argument that the parties meant for “effective means” to entail something besides the customary international law standard for the denial of justice, but this conclusion does not inherently justify the vague framework Chevron proposed. Second, this Note argues that Chevron’s vagaries make it unworkable in practice. With “reasonable” delay as the main parameter, states do not have the *ex ante* notice they require to structure judicial systems and institutions that comply with the effective means clause. Moreover, the standard does not serve investors, who have little concept of how long they must languish in the host state’s national courts before they have a legitimate effective means claim. Last, for these reasons, this Note argues that future arbitral tribunals should articulate a more principled standard for effective means claims. An ideal standard will draw upon subsequent state practice where it is available or on the domestic laws of the states that are party to a particular investment treaty” (p. 348-349). Volgens Wirth zouden toekomstige “tribunals” “simply find that effective means require a violation commensurate with the standard used for denial of justice under international law. This approach recognizes that there is a lack of clarity surrounding the origins and purpose of the effective means clause. When party intent is unclear, imposition of a lesser standard derived by arbitrators may not necessarily accord with the object and purpose of the treaty. However, this conservative approach to applying effective means clauses is only weakly justified, as there is no evidence the treaty parties sought to impose the denial of justice test to the effective means clause. Without more guidance from the treaty parties, the text of the BIT alone is insufficient foundation upon which to conclude that the denial of justice test is appropriate for effective means clauses” (p. 358 en 359).

⁴⁸ Deze opmerking is ingegeven door de omstandigheden dat beide partijen, naar ik veronderstel, geen kennis hebben van het Nederlandse recht.

⁴⁹ Dat houdt er mogelijk verband mee dat ik niet erg ben vertrouwd met de niet “Westerse” discussie.

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld Annual Report 2012 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, p. 154-155 (“Violations by Article and by respondent State (2012); Length of proceedings (art. 6), sub-total 227 violations”) en p. 158-159 (“Violations by Article and by respondent State (1959-2012); Length of proceedings (art. 6), sub-total 5037 violations”).

⁵¹ Een mooie illustratie van mijn punt is de zeer omstrede Loewen-zaak (*The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*); zie onder veel meer Bradford K. Gathright, *A Step in the Wrong Direction: The Loewen Finality Requirement and the Local Remedies Rule in NAFTA Chapter Eleven*, *Emory Law Journal* Vol. 54 2005 1093. Volgens Jürgen Kurtz, *Denial of Justice and International Investment Law: A Reply to Francesco Francioni*, *The European Journal of International Law* 2010 Vol. 20 no. 4 moet de motivering worden gezien in het licht van de “systematic implications of an adverse ruling against a powerful state party – here the US – in an exceptionally sensitive area of governance. (...) Consider the deep impact of the impression that a mere *ad hoc* arbitral panel could act as an assessor of the capacity of a sophisticated legal system with multiple levels of appellate review to deliver ‘justice’ among the parties” (p. 1081). Wanneer Kurtz hier de spijker op de kop slaat, wat niet geheel denkbeeldig lijkt, illustreert dat de onbalans die ontstaat door de benadering van arbiters in de

thans aan Uw Raad voorgelegde zaak

⁵² Ik weet dat ook dit een omstreden thema is. Dat het internationale recht boven het nationale gaat, is zeker geen vanzelfsprekendheid in een aantal landen.

⁵³ In zekere zin is de hierna uitvoerige besproken Mondev-uitspraak een voorbeeld. Dat geschil komt in de buurt van het punt dat ik wil signaleren in het kader van BIT (het ging om een "Nafta-geschil").

⁵⁴ Van 16 december 1966.

⁵⁵ Van 15 december 1989.

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld United Nations Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2012, nr. 67/176, Moratorium on the use of the death penalty.

⁵⁷ Van 10 december 1948.

⁵⁸ Art. 1 en 2.

⁵⁹ Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896) no. 210, per Justice Henry Billings Brown.

⁶⁰ 347 U.S. 483 (1954).

⁶¹ Zie nader de laatste IPCC-rapporten. Ik weet dat er ook andere geluiden zijn, maar zij vormen een minderheidsopvatting.

⁶² Zie nader Richard Lord, Silke Goldberg, Lavanya Rajamani en Jutta Brunnée (red.), *Climate Change Liability Transnational Law and Practice* (2011). Een toenemend aantal wetenschappers meent dat dergelijke vorderingen kans van slagen zouden moeten hebben; zie voor verdere bronnen mijn *Shaping the law for global crises*.

⁶³ Zo bijvoorbeeld Richard Lord e.a. (red.), o.c.; Lavanya Rajamani, *Rights Based Climate Litigation in Indian Courts: Potentials, Prospects and Potential Problems*, working paper 2013/1 (May), te vinden op www.cprindia.org; ik teken daarbij aan dat de Supreme Court van India in mijn ogen een lichtend voorbeeld voor andere landen is. Ook valt vermoedelijk wat te verwachten van de "Green Courts" die in een aantal landen of delen daarvan zijn geïntroduceerd; zo bijvoorbeeld de Green Court of India en de Land and Environment Court van New-South Wales (Australië).

⁶⁴ Het niet openstaan voor de bezwaren van toewijzing van bepaalde vorderingen kan ook tot gevolg hebben dat één der partijen in feite geen recht kan krijgen.

⁶⁵ Deze leidt allicht tot "forumshopping"; zie Emmanuel Gaillard, *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*, *Revue de l'arbitrage* 2003 no. 3 p. 853 e.v.

⁶⁶ Als bedoeld in art. VI lid 2(a).

⁶⁷ A.K. Bjorklund (o.c.) verwijst in haar interessante uiteenzetting op p. 848 en 849 naar een "separate opinion" van de ICJ-rechter Tanaka in de zaak *Barcelona Traction, Light and Power Co. (Belgium v. Spain)*, waarin "denial of justice" wordt omschreven als "corruption, threats, unwarrantable delay, flagrant abuse of judicial procedure, a judgment dictated by the executive, or [a judgment] so manifestly unjust that no court which was both competent and honest could have given it". In de Mondev-zaak werd als maatstaf gehanteerd "whether the shock or surprise occasioned to an impartial tribunal leads, on reflection, to justified concerns as to the judicial propriety of the outcome, bearing in mind on the one hand that international tribunals are not courts of appeal, and on the other hand that Chapter 11 of NAFTA is intended to provide a real measure of protection" (ontleend aan Bjorklund, o.c. p. 851); in de Loewen-zaak werd, in navolging van Mondev en in aansluiting bij een arrest van het ICJ in de ELSI-zaak, uitgegaan van "Manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety (...)" (idem p. 859).

⁶⁸ Zie over dat laatste J. Spier (ed.), *The limits of liability* en J. Spier (ed.), *The limits of expanding liability*.

⁶⁹ Ik sta daarbij iets uitvoeriger stil dan in het kader van de voorlichting voor Uw Raad nodig is. Ik doe dat gezien de aard van het geschil en de daarbij betrokken buitenlandse partijen.

⁷⁰ Zie nader Veegens/Korthals Altes/Groen, *Cassatie nrs. 120 en 121*.

⁷¹ Art. 407 lid 2 respectievelijk art. 410 lid 1 Rv. in samenhang met art. 419 lid 1 Rv.

⁷² Voor zover het gaat om klachten die scharnieren om het WVV is in mijn ogen evident sprake van

recht in de zin van art. 79 RO; immers is Nederland partij bij dat verdrag. Mr. Van der Beek heeft dit punt in zijn art. 79 RO-exegese (pleitnotities onder 14) niet besproken en ging er naar aanleiding van een specifieke vraag niet inhoudelijk op in (hij noemde het een interessante vraag).

⁷³ Zie mijn ambtgenoot Wattel voor HR 19 juni 2009, ECLI:NL:PHR:2009: BC4725 onder 5.13 en 5.14.

⁷⁴ O.c. nr. 86. Zie voor een uitvoerige bespreking van de argumenten H.U. Jessurun d'Oliveira, de antikiesregel, 1971, p. 130 e.v.

⁷⁵ TK 1962-1963, 2079 nr. 11 p. 2; dit argument sprak niet alle kamerleden aan (p. 2).

⁷⁶ Idem p. 2.

⁷⁷ Idem p. 3.

⁷⁸ Idem nr. 87 in fine en HR 30 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0741, NJ 1993/117. HR 31 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8925, NJ 1985/717 illustreert dat beperkte toetsing inderdaad vruchten af kan werpen; zie ook het oud lid van Uw Raad W.D.H. Asser, *Civiele cassatie* (2011) p. 42.

⁷⁹ Zie nader bijvoorbeeld UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, No. 2 June 2013.

⁸⁰ Voor zover de eisende partij/investeerder ervoor kiest om het geschil voor te leggen aan de nationale rechter van de plaats van de investering is als de zaak uiteindelijk bij de hoogste rechter van dat land terecht komt, bij bilaterale verdragen, sprake van een oordeel van één van de twee hoogste rechters die oordelen over de uitleg van een BIT. In zo'n situatie speelt hetgeen in de tekst wordt vermeld in mindere mate. Maar ook dan blijft dat er niet één hoogste rechter is, terwijl zeker niet op voorhand gegeven is dat de ene hoogste rechter zich veel gelegen zal laten liggen aan het oordeel van de andere. Maar een allicht groot aantal geschillen zal (aanstonds) aan BIT-arbitrage worden onderworpen. De beslissing van arbiters omtrent in elk geval hun bevoegdheid kan dan door een veelheid van nationale rechters worden beoordeeld.

⁸¹ Zie art. 1064 lid 2 Rv., al formuleert deze bepaling het iets anders.

⁸² Bij het mondeling overleg met de Tweede Kamer Commissie werd de Minister vergezeld door onder meer drie leden van de Hoge Raad (onder wie de President en een Advocaat-Generaal); TK 1962-1963, 2079 nr. 11 p. 1.

⁸³ TK 1962-1963, 2079, nr. 5 p. 4.

⁸⁴ TK 1962-1963, 2079, nr. 5 p. 4.

⁸⁵ Zie bijvoorbeeld G.J. Meijer, *Aantasting van arbitrale vonnissen*, WPNR 2014/7003, § 2.

⁸⁶ Zie bijvoorbeeld Ecuador seeks to end investment protection treaty with U.S., <http://uk.reuters.com/assets/print?aid=UKL1N0C401C20130312>; Allen & Overy, *Ecuador establishes Commission to audit its Bilateral Investment Treaties*, <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/Ecuador-establishes-Commission-to-audit-its-Bilateral-Investment-Treaties.aspx>.

⁸⁷ Zie een "factsheet" van de Wereld Bank, <http://www.worldbank.org/en/country/ecuador>.

⁸⁸ De Mondev-zaak illustreert dat; ik werk dat verderop in de tekst uit.

⁸⁹ Lise Johnson, *iisd investment treaty news*, April 13, 2012, *Case Note: How Chevron v. Ecuador is Pushing the Boundaries of Arbitral Authority*, <http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/case-note-how-chevron-v-ecuador-is-pushing-the-boundaries-of-arbitral-authority/>.

⁹⁰ Overigens bestond halverwege de negentiende eeuw minder beduchtheid om de Hoge Raad te laten oordelen over "vreemd recht"; zie Jessurun d'Oliveira, o.c. p. 87. Zie voor rechtsvergelijkende kanttekeningen Veegens/Korthals Altes/Groen, *Cassatie nr 88*; kort samengevat: de Franse en de Duitse cassatierechter toetsen buitenlands recht heel beperkt; de Belgische, Griekse en Italiaanse veel ruimhartiger.

⁹¹ HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228, RvdW 2013/1036 en 1037.

⁹² Pleitnotities onder 15.

⁹³ Rov. 13.5.5 laatste alinea in RvdW 2013/1036.

⁹⁴ 5-9.

- ⁹⁵ Bovendien komen de klachten m.i. niet op tegen 's Hofs oordeel over het recht van Bosnië-Herzegovina en al helemaal niet met motiveringsklachten. De Hoge Raad signaleert dat ook in beleefde bewoordingen: "Voor zover de onderdelen 5-9 zich met motiveringsklachten keren tegen (...)".
- ⁹⁶ *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.*, [1991]1 W.W.R. 219, 229, geciteerd door Williams, o.c. p. 261 en 262. Zie voor andere zaken p. 264 e.v.
- ⁹⁷ Williams, o.c. p. 261.
- ⁹⁸ Sorel en Boré Eveno, in: Olivier Corten en Pierre Klein (red.), *The Vienna Conventions of Treaties*, Vol. 1 (2011) p. 806 en 807.
- ⁹⁹ Dörr, in: Oliver Dörr/Kirsten Schmalenbach (red.), *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary* (2012) p. 529.
- ¹⁰⁰ Ik ga niet in op de moeizame ontstaansgeschiedenis; zie daarover Sorel en Boré Eveno, in: Corten en Klein (red.), o.c. p. 812 e.v.
- ¹⁰¹ Omdat partijen, arbiters en het Hof ervan uitgaan dat de bepalingen van het WVV op de uitleg van toepassing zijn, nemen ze klaarblijkelijk ook aan dat het BIT wordt beheerst door het volkenrecht. In dat verband stip ik aan dat art. II lid 3(a) BIT gewaagt van "international law". In dat verband verdient opmerking dat wat in de Engelse tekst van art. 2 onder a WVV wordt aangeduid als "international law" in de Nederlandse versie is vertaald als "volkenrecht".
- ¹⁰² Uit het slot van het verdrag blijkt dat beide talen authentiek zijn; zie de alinea onder art. XII.
- ¹⁰³ O.c., p. 523.
- ¹⁰⁴ O.c., p. 531.
- ¹⁰⁵ O.c. p. 538 en 539.
- ¹⁰⁶ *Costa Rica v. Nicaragua*, arrest van 13 juli 2009 onder 48.
- ¹⁰⁷ O.c. p. 541.
- ¹⁰⁸ O.c. p. 543 en 544.
- ¹⁰⁹ O.c. p. 546.
- ¹¹⁰ O.c. p. 349. Zie ook M. Hallward-Driemeier, *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit... and they could bite*, June 2003 (World Bank Working Paper WPS 3121) p. 6.
- ¹¹¹ O.c. p. 523.
- ¹¹² O.c. p. 527-528.
- ¹¹³ *International Status of South-West Africa*, 11 juli 1950 onder 135-136.
- ¹¹⁴ *Frankrijk v. Verenigde Staten van Amerika*, zaak betreffende rechten van Amerikaanse onderdanen in Marokko, 27 augustus 1952 onder 210-211.
- ¹¹⁵ Zie daarover o.c. p. 533 e.v.; de rechtspraak is niet eenduidig; zie ook p. 526 e.v..
- ¹¹⁶ O.c. p. 535.
- ¹¹⁷ Zie voor nuancering hierna onder 8.11 en 8.12.
- ¹¹⁸ Zie rov. 24 van 's Hofs arrest. Hoewel dat, naar ik onderken, een andere juridische situatie is, kan m.i. enige inspiratie worden geput uit de omstandigheid dat dezelfde of vergelijkbare bewoordingen in een ander, maar verwant, verdrag een rol kunnen spelen bij de uitleg; zie Dörr, o.c. p. 545, 562; vgl. p. 581.
- ¹¹⁹ Dörr, o.c. p. 555.
- ¹²⁰ Dörr, o.c. p. 556.
- ¹²¹ Het is een letterlijk citaat.
- ¹²² Onder 54.
- ¹²³ Niet helemaal duidelijk is welk argument het Hof nauwkeurig verwerpt. De geciteerde passage doet de vraag rijzen of Ecuador op dit punt enige opvatting vertolkt anders dan dat de Mondev-zaak van weinig betekenis is.

- ¹²⁴ Campbell McLachlan, Laurence Shore en Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration* (2007) p. 226 e.v.
- ¹²⁵ Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (2009) p. 425.
- ¹²⁶ O.c. p. 548.
- ¹²⁷ Richard Gardiner, *Treaty interpretation* (2008) p. 148.
- ¹²⁸ *Nederland v. Frankrijk van 12 maart 2004, inzake de vervuiling van de Rijn*; geciteerd wordt de onofficiële Engelse vertaling.
- ¹²⁹ Rov. 74. Het citaat komt m.i. evenwel in een iets anders context voor, te weten de uitlaatklep "manifestly absurd or unreasonable"; zie onder 73. Verderop in zijn boek lijkt het erop dat Gardiner goede trouw en "reasonableness" goeddeels aan elkaar gelijk schakelt (p. 157).
- ¹³⁰ O.c., p. 155.
- ¹³¹ Suzannah Linton en Firew Kebede Tiba, *The International Judge in an Age of Multiple International Courts and Tribunals*, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 9 No. 2 Winter 2009 p. 420.
- ¹³² *La bonne foi en droit international public* (2000).
- ¹³³ O.c. p. 106.
- ¹³⁴ *Mondev International Ltd. v. United States van 11 oktober 2002*; arbiters Sir Ninian Stephen, James Crawford en Stephen Schwebel.
- ¹³⁵ Zie het arbitrale vonnis onder 2 en 45 waar het standpunt van de VS wordt weergegeven. Maar de omstandigheid dat het gaat om een ander verdrag wordt vaak niet als erg belangrijk gezien; zie Jeswald W. Salacuse, *The Emerging Global Regime for Investment*, *Harvard International Law Journal* Vol. 51 2010 427 op p. 432; zie ook p. 461 en 462.
- ¹³⁶ Le Bouthillier, in: Olivier Corten en Pierre Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties, A Commentary*, Vol I, 2011, p. 859 onder 39 en 40.
- ¹³⁷ Le Bouthillier, o.c. p. 851 onder 20; iets genuanceerder ("the unlikely event") Villiger, o.c. p. 447; Dörr, o.c. p. 584, die erop wijst dat de drempel "extremely high" is.
- ¹³⁸ Daarop wijst ook Villiger, o.c. p. 381. Zie, in meer algemene zin, O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*.
- ¹³⁹ In Oliver Dörr en Kirsten Schmalenbach (red.), *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, 2012 p. 484 onder verwijzing naar *Yagci v. Turkije*.
- ¹⁴⁰ Odendahl verwijst in dat verband onder meer naar *Mondev v. VS. para 72* en naar feit dat 'some writers classify the application of a treaty to facta pendencia as an exception to the principle of non-retroactivity'.
- ¹⁴¹ P. 484-486.
- ¹⁴² In Olivier Corten en Pierre Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties, A Commentary*, Vol I, 2011 p. 724 en 725.
- ¹⁴³ Mark E. Villiger, o.c., p. 383.
- ¹⁴⁴ Zie het arrest van hetzelfde Hof in dezelfde zaak van 28 november 2002 onder 7h.
- ¹⁴⁵ In het arrest van 7 september 2001.
- ¹⁴⁶ Van 28 november 2002.
- ¹⁴⁷ Christoph Schreuer, mede bewerkt door Malintoppi, Reinisch en Sinclair, *The ICSID Convention: a Commentary* (2009).
- ¹⁴⁸ O.c. art. 25 onder 36; onder 37, 38 en 40 wordt rechtspraak in die zin besproken van het ICJ en ICSID-arbitrages.
- ¹⁴⁹ Zie nader Schreuer, o.c. art. 25 onder 54 en 55.
- ¹⁵⁰ In 2004 zouden er al zo'n 2000 (!) zijn getekend (ik veronderstel dat bedoeld is: geratificeerd); zie Georg M. von Mehren, Claudia T. Salomon en Aspasia A. Paroutsas, *Navigating Through Investor-State Arbitrations – An Overview of Bilateral Investment Treaty Claims*, *Dispute Resolution Journal* Vol. 59, No

1 (2004) p. 70. Volgens de Solicitor General van de Verenigde Staten zouden het er inmiddels bijna 3000 zijn; brief for the United States as Amicus Curiae in de zaak BG Group PLC v. Argentina, hangende voor de Supreme Court of the United States onder 1. Het eerste BIT werd in 1959 getekend: Williams, o.c. p. 251.

¹⁵¹ Een "Fact Sheet" van de "Office of the Spokesperson" van het U.S. Department of State van 20 april 2012 (<http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/188199.htm>) behelst het volgende met betrekking tot een Model BIT: "It [is] in particular [a] carefully calibrated balance between providing strong investor protections and preserving the governments ability to regulate in the public interest". Ook dat is in het onderhavige BIT niet terug te vinden.

¹⁵² Daaraan behoeft m.i. niet af te doen dat deze geen betrekking heeft op het litigieuze BIT.

¹⁵³ Immers is in het Model 2012 geen sprake van een wezenlijke breuk met het verleden; zie Lise Johnson, The 2012 US Model BIT and What the Changes (or Lack Thereof) suggest about Future Investment Treaties, Political risk insurance newsletter, Vo. VIII, issue 2, November 2012.

¹⁵⁴ Volledigheidshalve verwijs ik ook naar een bijdrage van twee "legal consultants" die betrokken zijn bij andere procedures tegen Chevron in verband met Chevrons activiteiten in het Ecuadoriaanse regenwoud; ook zij schetsen schaduwzijden van BITs, maar staan daar allicht niet geheel onbevangen tegenover: Laura Garr en Aaron Marr Page, Rainforest Chernobyl Revisited: The Clash of Human Rights and BIT Investor Claims: Chevron's Abusive Litigation in Ecuador's Amazon, Human Rights Brief, Vol. 17, Iss. 2 (2010), Art. 2. Het is wellicht goed om een deel van hun betoog op p. 10 en 11 letterlijk weer te geven, met de kanttekening dat ik de juistheid van het betoog niet kan beoordelen: "In the last two decades, multinational corporations have lined up to sue states in ways that raise profound public policy, human rights, and environmental concerns. Recently, when El Salvador denied Canadian gold mining company Pacific Rim a mining permit – after conducting an extensive environmental impact assessment – the case wound up at international arbitration with El Salvador potentially on the hook for hundreds of millions of dollars. Investors have sued Argentina, Bolivia, and Tanzania on claims that raise profound issues with respect to the fundamental human right to water; insurance companies have attacked developing-country plans to institute universal health care; and a white-owned mining company sued South Africa alleging that the country's internationally-celebrated affirmative action program discriminates against the company. For smaller or economically disadvantaged countries, these are not minor matters: for example, the U.S. \$353 million award won by American investor Ronald Lauder against the Czech Republic for alleged "interference" with his Czech TV business equalled the entire national health insurance budget of the country. (...)" Hetgeen volgt ziet op Chevron en heb ik bewust weggelaten, ook al omdat ik de juistheid niet kan beoordelen. Zie voor de stand van zaken in 2005 Susan D. Franck, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, Fordham Law Review Vol. 73 2005 p. 1521 voetnoot 1.

¹⁵⁵ Mr. Van Geuns doet het voorkomen alsof het gaat om VN-rapporten, maar dat is niet juist; zie Pleitnotities onder 24.

¹⁵⁶ World Investment Report 2012, p. 87.

¹⁵⁷ Zie T&C Burgerlijke Rechtsvordering 2012 (Van Mierlo), art. 36, aant. 2 met verwijzing naar rechtspraak.

¹⁵⁸ Prod. 6. Het gaat om wetenschappers van talloze universiteiten, waaronder zéér vooraanstaande.

¹⁵⁹ Voorbeelden daarvan zijn, denk ik, BIT-procedures tegen Duitsland vanwege het afstappen van kernenergie en tegen Australië wegens verplichte waarschuwingen voor de gevolgen van roken; zie CEO, Profiting from injustice, p. 11 en 13; zie verder p. 19.

¹⁶⁰ O.c. p. 2 and 3.

¹⁶¹ Investor-State Dispute Settlement.

¹⁶² World Investment Report 2012, p. 88. Zie verder ook de bijdragen van William W. Park, Arbitrator Integrity; Louis T. Wells, Backlash to Investment Arbitration: Three Causes; William W. Burke-White, The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System; Gus Van Harten, Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration en Luke Peterson, Out of Order, in Michael

Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung en Claire Balchin (red.), *The Backlash against Investment Arbitration*.

¹⁶³ UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, No. 2, June 2013.

¹⁶⁴ O.c., p. 2 met verwijzing naar literatuur in noot 4. Zie ook Mary Hallward-Driemeier, *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit and they could bite* (<http://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/10.1596/1813-9450-3121>); hetgeen staat op p. 1 achter de asterisk doet vermoeden dat ze de opvatting van de Wereld Bank vertolkt (zie met name de woordjes "not necessarily").

¹⁶⁵ O.c., p. 3. Veel zeggend is dat in de Amerikaanse senaat op dit punt, in wat breder verband, zorg bestond, waarvan vooral de toenmalige Senator Kerry een belangrijke exponent was. Hij pleitte ook voor de verplichting eerst bij de rechter aan te moeten kloppen; zie Dana Krueger, *The Combat Zone: Mondev International, Ltd. v. United States and the Backlash against NAFTA Chapter 11*, *Boston University International Law Journal* Vol. 21:399 (2003), p. 425. Persoonlijk begrijp ik die zorg heel goed; maar dat geldt niet alleen voor de VS. Vgl. Vicki Been en Joel C. Beauvais, *The Global Fifth Amendment? Nafta's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine*, *78 New York University Law Review* Vol. 78:30 (2003).

¹⁶⁶ Zie voor concrete voorbeelden Von Mehren e.a., o.c. p. 76.

¹⁶⁷ P. 3. Volgens Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 2007 bestaat een neiging bij arbiters claims toe te wijzen "alien to public law" (p. 71). Hij spreekt vooral zorg uit met betrekking tot "general regulatory measures that do not specifically target foreign investors for abuse or discrimination" (p. 94).

¹⁶⁸ O.c. p. 4.

¹⁶⁹ O.c. p. 4.

¹⁷⁰ O.c. p. 7.

¹⁷¹ Campbell McLachlan, Laurence Shore en Matthew Weiniger, o.c. p. 21 en 22.

¹⁷² Of dat het geval is, kan ik niet beoordelen.

¹⁷³ O.c. p. 149-151; zie voor uitwerking p. 167 e.v.

¹⁷⁴ Geschreven door Pia Eberhardt en Cecilia Olivet, met bijdragen van Tyler Amos en Nick Buxton; November 2012.

¹⁷⁵ P. 7. Een OECD-rapport, *Investor-state dispute settlement: A scoping paper for the investment community*, geschreven door David Gaukrodger en Kathryn Gordon, December 2012 vermeldt dat 50% van de ISDS-arbiters heeft gewerkt als "counsel for investors in other ISDS cases while it has been estimated that 10% of ISDS arbitrators have acted as counsel for States in other cases" (p. 44). Zie ook Jeswald W. Salacuse, *The Emerging Global Regime for Investment*, *Harvard International Law Journal*, Vol. 51 (2010), p. 469

¹⁷⁶ O.c. p. 7; het gaat daarbij nog slechts om de bekende arbitrages. Het zojuist genoemde OECD-rapport spreekt van een "arbitration industry" "led by entrepreneurial lawyers" (p. 7).

¹⁷⁷ Tamelijk onthutsende cijfers vinden we op p. 20 en 21.

¹⁷⁸ O.c. p. 7. In de onderhavige zaak zou de "presiding arbitrator" US\$ 939.000 hebben ontvangen (p. 35). Volgens genoemd OECD-rapport zouden de kosten per zaak oplopen tot US\$ 30 miljoen in sommige zaken (p. 19).

¹⁷⁹ O.c. p. 8.

¹⁸⁰ O.c. p. 8. Zie nader p. 36 e.v.

¹⁸¹ O.c. p. 9.

¹⁸² O.c. p. 47. Verderop wordt daarbij aangetekend dat moeilijk valt aan te geven of deze "incentives" in de praktijk enige impact hebben; de auteurs menen evenwel dat "de possible impact" aandacht verdient (p. 48). Het commerciële belang van de arbitragewereld blijkt m.i. ook uit een Amicus curiae brief van de American Arbitration Association voor de United States Supreme Court ten faveure van een partij wier voor haar gunstige arbitrale (BIT-)vonnis op het punt van de bevoegdheid van arbiters

door het Amerikaanse Court of Appeal onderuit werd getrokken. De door AAA zelf verstrekte cijfers spreken voor zich (zie p. 2); alles in de hiervoor al genoemde zaak BG Group v. Argentina.

¹⁸³ M. Kantor, Little Has Changed in the New US Model Bilateral Investment Treaty, ICSID Review, Vol. 27, No. 2, (2012), p. 341.

¹⁸⁴ O.c. p. 341.

¹⁸⁵ Zie voorts, over NAFTA, Dana Krueger, o.c. p. 416 e.v. met verdere bronnen en, Mark Kantor, o.c. p. 335 e.v. Er zijn intussen ook andere geluiden. Zie bijvoorbeeld Devashish Krishan, Thinking about BITS and BIT Arbitration: The Legitimacy Crisis that Never Was, (http://www.devkrishan.com/resources/9789004191433_Weiler-Baetens_06-Krishan_proof-01.pdf). Ook de gezaghebbende jurist Schwebel is niet erg onder de indruk van de kritiek. Na een aantal harde noten te hebben gekraakt, schrijft hij onder meer (A Bit about ICSID, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 2010 p. 9): "No evidence is given by the Institute in support of its claim that ICSID is a system that undermines national sovereignty and social progress. But if States choose to exercise their sovereignty through adherence to and application of the ICSID Convention in order to promote the flow and maintenance of international investment in a world that cries out for investment, one may wonder about the soundness of that claim. The extravagance of the charge of impropriety in ICSID's registering an arbitral claim against Bolivia is the more striking in view of the fact that an arbitral tribunal has been constituted with the cooperation of Bolivia, which has appointed an arbitrator. My conclusion is that we should treat criticism of the inequities and iniquities of the international arbitral process, and of the pernicious standards and procedures of bilateral investment treaties, for the hyperbole that is. The processes and principles of investment arbitration, like those of other human institutions, leave room for improvement. But on the whole they are beneficent, progressive, processes that merit not condemnation but approbation." Ook Franck, o.c. p. 1595-1599, laat zich anders uit. Ik citeer een deel van haar exposé: "The critiques from "arbitration rejecters" are twofold. First, they reject the use of arbitrators as decision makers because they believe arbitrators are biased, unaccountable, lack pedigrees that promote legitimacy and, therefore, have little incentive to come to reasoned decisions. Second, they express concern about the lack of public participation in a mechanism that decides public rights. As a result, the arbitrators and their process cannot be trusted and are, therefore, unable to provide a legitimate dispute resolution mechanism. (...) There is little merit, however, to the suggestion that arbitrators should not decide investment disputes because they are biased and unaccountable decision makers. There are specific mechanisms to address difficulties related to arbitrator bias. In particular, there are rules that allow arbitrators to be challenged and removed when they are not independent or impartial. Arbitrator bias and misconduct are also grounds for challenging arbitration awards. Further, there are mechanisms that already address the purported unaccountability of investment arbitrators. First and foremost, arbitration awards are subject to scrutiny on a variety of levels by institutions and courts. Equally as important is the impact of the "arbitrator marketplace" where professional credibility and word-of-mouth recommendations play a role in both the appointment and re-appointment of arbitrators. In multi-million and multi-billion dollar disputes, parties will not accept an arbitrator who is likely to be challenged for bias, who cannot fully consider the facts and laws at issue, and who may be incapable of rendering an enforceable award. As a result, many of the arbitrators in investment treaty cases are of the highest international order and are distinguished former judges, respected scholars and practitioners as well as former government officials who have worked with international organizations. There is also the possibility that arbitrators might be liable for inappropriate conduct. These significant checks minimize the risk of bias and unaccountability and weigh heavily in favor of a conclusion that international arbitrators are legitimate decision makers who can promote justice through the proper application of law. Moreover, the unique core benefits of arbitrators such as flexibility, expert decision making, speed and enforceability would be lost by rejecting arbitration out of hand. The second criticism of arbitration rejecters – namely the nonpublic nature of the current arbitration system – merits more attention and does, on the surface, suggest that bringing disputes to a public forum promotes legitimacy."

¹⁸⁶ In zijn mondeling pleidooi bij de Hoge Raad heeft mr. Van Geuns opgemerkt dat er – kort gezegd – veel schort aan BITs en BIT-arbitrage maar dat dit er voor de vraag of arbiters bevoegd zijn niet toe doet (pleitnotities onder 30). Ik ben dat, zoals uit de tekst blijkt, in zoverre met mr. Van Geuns eens dat het inderdaad niet betekent dat hun bevoegdheid *dus* eng zou moeten worden uitgelegd. Maar

het kan m.i. wel een factor zijn die wordt meegewogen bij de uitleg van de reikwijdte van hun bevoegdheid. Ik begrijp mr. Van Geuns' stellingen zo dat hij dat laatste ook heeft willen zeggen. Susan Franck, o.c. p. 1557 spreekt zich intussen kritisch uit over de neiging van nationale rechters om arbitrale vonnissen aan te tasten. Bij mijn oordeel heeft geen rol gespeeld de kritiek op Nederlandse BITs; zie daarover Somo-rapport van Toos van Os en Roeline Knotterus, *Dutch Bilateral Investment Treaties, A gateway to 'treaty shopping' for investment protection by multinational companies*, October 2011.

¹⁸⁷ Ingevolge de rechtspraak van het EHRM hebben partijen het recht om te reageren op de conclusie van het Parket bij de Hoge Raad; zie bijvoorbeeld HR 30 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2760, NJ 1999/84. De betrokken Advocaat-Generaal kan daarop van zijn of haar kant niet meer reageren. Ook dit vermeld ik omdat beide partijen geen ervaring hebben met het Nederlandse stelsel.

¹⁸⁸ Zie nader M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (2010), p. 230 en 231; hij wijst erop dat arbiters voor deze ontwikkeling – kort gezegd – niet gevoelig zijn (p. 231).

¹⁸⁹ *Principles of European Tort Law*. Deze bepaling komt in een aantal Europese landen voor; zie *Text and Commentary* (Moréteau) p. 179. De Spaanse vertaling luidt: "En casos excepcionales, puede reducirse la indemnización si la compensación íntegra comporta una carga opresiva para el demandado al la luz de la situación económica de las partes. Para determinar si esta reducción procede, deberá tenerse en cuenta, de modo especial, el fundamento de la responsabilidad (artículo 1:101), el alcance de la protección del interés (artículo 2:102) y la magnitud del daño" (zie p. 273).

¹⁹⁰ Volgens Sornarajah is er een trend te bespeuren in nieuwe BITs rekening met dit punt te houden in dier voege dat de bescherming van investeringen "would not be granted at any cost"; o.c. p. 222 en 223 met verdere uitwerking op p. 224-235. Op p. 223 merkt hij op dat "there is a move towards balancing the interest in investment protection with the interest of the state in preserving its public interest." Maar arbiters zijn voor dergelijke bepalingen niet steeds gevoelig; zie p. 226.

¹⁹¹ Zie hiervoor onder 3.2.

¹⁹² Pleitnotities onder 24 e.v.

¹⁹³ Pleitnotities onder 30.

¹⁹⁴ Pleitnotities onder 31.

¹⁹⁵ Ter vermijding van misverstand: het betoog van mr. Van Geuns is juridisch technisch allerm minst merkwaardig.

¹⁹⁶ Jason Webb Yackee, *Do We Really Need BITS? Toward a Return to Contract in International Investment Law*, AJWH (2008) Vol 3:121.

¹⁹⁷ Zie expliciet p. 132.

¹⁹⁸ Zie, ook voor verdere verwijzingen, Salacuse, o.c. p. 468 en voetnoot 198 en p. 470.

¹⁹⁹ World Bank, *Global Economic Prospects and the Developing Countries 2003*, geciteerd door Salacuse, o.c. p. 468 en 469.

²⁰⁰ O.c. p. 22-23.

²⁰¹ O.c. p. 1 na asterix.

²⁰² O.c. p. 22 en 23.

²⁰³ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2010.

²⁰⁴ O.c. p. 229.

²⁰⁵ O.c. p. 229.

²⁰⁶ O.c. p. 188.

²⁰⁷ O.c. p. 190.

²⁰⁸ O.c. p. 1587 met in voetnoot 331 twee andere bronnen.

²⁰⁹ O.c. p. 172.

²¹⁰ D.w.z. *Foreign Direct Investments*.

²¹¹ Jan Peter Sasse, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, 2011, p. 121.

²¹² Onderdeel 5.2 noemt het “operationele fase”-betoog – kort gezegd – een verzinsel van Chevron. Zoals bij de bespreking van dat onderdeel wordt toegelicht, kan ik dat verwijt niet plaatsen. De eigen stellingen van Ecuador kunnen moeilijk anders worden begrepen en daarvan plukt zij hier de vruchten.

²¹³ Zie nader Veegens/Korthals Altes/Groen, a.w. nr 106.

²¹⁴ Voor zover nodig en in zijn ogen van belang kan het verwijzingshof, als Uw Raad tot vernietiging zou besluiten, dan de volgende opvatting meewegen. Kenneth J. Vandeveld, U.S. International Investment Agreements (2009) p. 183 en 184 heeft betoogd: “Another question involving the scope of the BITs concerns their application to existing investment. As discussed in Section 3.2, U.S. policy was to avoid creating classes of investors with different degrees of protection. Some potential BIT partners, however, argued that a BIT should apply only to investment made or acquired after that BIT enters into force because otherwise BIT protections would be a windfall to investors who had been willing to invest without them. U.S. negotiators replied that the BITs are supposed to reflect a favorable investment climate, which would require that investment generally be protected as a matter of principle, and that as a practical matter, failing to protect existing investment would undercut potential support for the BIT in the U.S. Congress and perhaps even generate opposition. It does not appear that any country ever took the position that the BITs should apply only to existing investment, since that interpretation would have defeated one purpose of the BITs in the minds of potential BIT partners: encouraging new investment.”

²¹⁵ Pleitnotities onder 35, zij het zonder vermelding van enige bron.

²¹⁶ Dat wil zeggen: deze investeringen worden door het Hof, arbiters en Chevron onder het BIT gebracht, maar dat vereist wel de nodige kunstgrepen.

²¹⁷ Pleitnotities onder 40; zie ook rov. 19 en 20.

²¹⁸ Cursivering toegevoegd.

²¹⁹ Pleitnota mr. Van Geuns’ onder 35.

²²⁰ Pleitnota onder 35.

²²¹ Idem onder 36 e.v.

²²² D.w.z. WV.

²²³ Pleitnota mr. Van der Bend en Van Geuns onder 4.22.

²²⁴ Rov. 23 laatste alinea.

²²⁵ Interim Award onder 175.

²²⁶ Interim Award onder 177.

²²⁷ Interim Award onder 183.

²²⁸ Interim Award onder 184.

²²⁹ Interim Award onder 185.

²³⁰ Interim Award onder 188.

²³¹ Interim Award onder 189.

²³² Partijen verschillen daarover van mening.

²³³ Onderdeel 5.2 onder 47.

²³⁴ Ik ga dus een heel eind mee met hetgeen mr. Van der Beek hierover heeft opgemerkt: pleitnotities in cassatie onder 68.

²³⁵ Men zou ook aan allerlei andere situaties kunnen denken, maar omdat deze zaak daar niet over gaat, laat ik deze buiten beschouwing. Ik onderken dat in mijn benadering afbakeningsproblemen zouden kunnen ontstaan, maar volsta ermee dat te signaleren.

²³⁶ Zie bijvoorbeeld Sébastien Jodoin, Understanding the Behaviour of International Courts, 2010 Journal of International Law and International Relations, Vol. 6, No. 1 pp. 1-34; Jared Wessel, Judicial Policy-Making at the International Criminal Court, An Institutional Guide to Analyzing International Adjudication, 44, No 2, Columbia Journal of Transnational Law, 377. Het EHRM-concept dat het EVRM een “living instrument” is, is er m.i. ook een uiting van. Zie ook, omfloerst, Antônio Augusto Cancado

Trinidad, A century of International Justice and Prospects for the Future (2013) p. 26 en 27.

²³⁷ Romak S.A. v. Uzbekistan, PCA Case AA280.

²³⁸ Onder 177; zie ook onder 207 en de daarvoor besproken arbitrale uitspraken.

²³⁹ Onder 189.

²⁴⁰ Onder 190 en 191.

²⁴¹ Rudolf Dolzer en Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties* (1995) p. 46.

²⁴² De vaker besproken Mondev-zaak.

²⁴³ O.c. p. 17 en 18.

²⁴⁴ O.c. 25 en 26.

²⁴⁵ O.c. p. 68 en 69.

²⁴⁶ O.c. p. 176-177.

²⁴⁷ Of vergelijkbare NAFTA-bepalingen.

²⁴⁸ O.c. (2009) p. 107 e.v.

²⁴⁹ O.c. (2009) p. 111.

²⁵⁰ O.c. (2009) p. 183-184. Het betoog is m.i. niet erg duidelijk, met name door het tweeslachtige woordje "existing".

²⁵¹ Zie voor een uitvoerige bespreking van arbitrale uitspraken ook zijn *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation* (2010) p. 137 e.v. en over de temporele kwestie p. 175 e.v. en 474.

²⁵² O.c. (2009) p. 187-188.

²⁵³ O.c. (2009) p. 188-189.

²⁵⁴ O.c. (2009) p. 190.

²⁵⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamitische Republiek Pakistan (Jurisdiction)* (Aug 6, 2003), ICSID Case No. ARB/01/13.

²⁵⁶ O.c. art. 25 nr 149 e.v.

²⁵⁷ O.c. art. 25 nr. 153.

²⁵⁸ O.c. art. 25 nr. 153 e.v., met name ook 158 en 163.

²⁵⁹ Geciteerd door Schreuer, o.c. art. 25 nr. 168.

²⁶⁰ Zeker niet in cassatie en voor zover ik heb kunnen nagaan ook niet in de memorie van antwoord.

²⁶¹ Pleitaantekeningen onder 17.

²⁶² Inleidende dagvaarding p. 25 onder 154.

²⁶³ Case 983-03 (prev. 6-92); zie hiervoor de inleiding en achtergronden onder 3.14.

²⁶⁴ Pleitnotities onder 62.

²⁶⁵ In deze zin ook Vandevelde, *U.S. International Investment Agreements*, o.c. p. 117.

²⁶⁶ Ik schrijf 's Hofs gedachtegang iets vollediger uit.

²⁶⁷ Dat valt mede af te leiden uit de verwijzing door het Hof naar art. XII lid 1 BIT.

²⁶⁸ Als aan de overige voorwaarden die het BIT stelt, is voldaan.

²⁶⁹ Pleitnotities in cassatie onder 70.

²⁷⁰ Pleitnotities onder 75.

²⁷¹ Pleitnotities onder 76.

²⁷² Afkomstig van de United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral), General Assembly Resolution 31/98.

²⁷³ Zie Hoge Raad 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, NJ 2008/556, m.nt. E.J. Dommering en meer recent Hoge Raad 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2057, NJ 2014/130.

.....

