



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Investeringsarbitrage tegen EU-lidstaten

Op zoek naar de grenzen van het Unierechtelijk verbod

Fahner, J.H.

DOI

[10.5553/NtER/138241202022028009002](https://doi.org/10.5553/NtER/138241202022028009002)

Publication date

2022

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Fahner, J. H. (2022). Investeringsarbitrage tegen EU-lidstaten: Op zoek naar de grenzen van het Unierechtelijk verbod. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 28(9/10), 212-219. <https://doi.org/10.5553/NtER/138241202022028009002>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Investeringsarbitrage tegen EU-lidstaten

Op zoek naar de grenzen van het Unierechtelijk verbod

Mr. dr. J.H. Fahner*

In een reeks arresten heeft het Hof van Justitie een steeds verdergaande toepassing gegeven aan de in *Achmea* vastgestelde onverenigbaarheid tussen intra-EU-investeringsarbitrage en het Unierecht (art. 267 en 344 VWEU). Dit artikel analyseert de stapsgewijze uitbanning van intra-EU-investeringsarbitrage door het Hof van Justitie en bespreekt in hoeverre het conflict tussen investeringsrecht en Unierecht nu beslecht is. Hierbij wordt ook ingegaan op de grenzen van het Unierechtelijk verbod en op de toekomst van buiten de Unie gezetelde intra-EU-investeringsarbitrage en van extra-EU-investeringsarbitrage.

212

Inleiding

In de vierenhalf jaar die verstreken zijn sinds het arrest *Achmea* heeft het Hof van Justitie stapsgewijs een einde gemaakt aan intra-EU-investeringsarbitrage, dat wil zeggen aan arbitrage tussen een lidstaat en een investeerder uit een andere lidstaat. Volgens het arrest *Achmea* was het arbitragebeding in het investeringsverdrag (*Bilateral Investment Treaty*, BIT) tussen Nederland en Slowakije strijdig met artikel 267 en 344 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en het daarin vervatte beginsel van de autonomie van het Unierecht.¹ In het arrest *Komstroy* heeft het Hof van Justitie vervolgens geoordeeld dat dezelfde redenering ook geldt voor de intra-EU-toepassing van het arbitragebeding in het Energiehandvest (*Energy Charter Treaty*,

ECT),² terwijl het in het arrest *Micula* heeft bepaald dat *Achmea* ook geldt voor intra-EU-ICSID-arbitrage (Internationaal Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen, ICSID).³

In dit artikel zal ik de stapsgewijze uitbanning van intra-EU-investeringsarbitrage door het Hof van Justitie bespreken. Ik zal daarbij ook ingaan op de (geografische) grenzen van het Unierechtelijk verbod. Intra-EU-arbitrages kunnen nog steeds buiten de Europese Unie (EU) gevoerd worden, al zullen rechters binnen de Unie niet geneigd zijn om de tenuitvoerlegging van een daaruit volgend vonnis te faciliteren. Daarnaast heeft het Hof van Justitie het Unierechtelijk verbod vooralsnog niet relevant geacht voor extra-EU-arbitrage, dat wil zeggen: investeringsarbitrage tussen een niet-EU-investeerder en een EU-lidstaat. In dit verband wijst het Hof van Justitie op het beginsel van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten, dat een betere verklaring biedt dan het beginsel van de autonomie van het Unierecht voor de conclusie dat intra-EU-investeringsarbitrage ontoelaatbaar is maar extra-EU-investeringsarbitrage niet.

De vergeten nuances van *Achmea*

Wie tegenwoordig *Achmea* leest, zal vaststellen dat dit arrest tamelijk voorzichtig en voorwaardelijk geformuleerd was, ondanks de verstrekkende uitkomst in de concrete procedure waarin het arrest gewezen is. In *Achmea* doorliep het Hof van Justitie namelijk een drietal vragen om te beoordelen of het arbitragebeding in de relevante BIT strijdig was met het Unierecht.

Allereerst onderzocht het Hof van Justitie of de geschillen die binnen de rechtsmacht van het scheidsrecht

* Mr. dr. J.H. (Johannes) Fahner is advocaat internationale arbitrage en docent Internationaal economisch recht aan de Universiteit van Amsterdam. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

1 HvJ 6 maart 2018, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, NJ 2019/353, m.nt. H.J. Snijders (*Achmea*), punt 59; E. De Brabandere, 'De *Achmea*-zaak voor het Europees Hof van Justitie. Het einde van intra-EU-investeringsverdragen?', *NtEr* 2018/3-4. Het oordeel van het Hof van Justitie in *Achmea* volgde op een langdurige discussie over de verenigbaarheid van intra-EU-investeringsarbitrage met het Unierecht. Zie bijv. B.J. Drijber, 'Investeringsarbitrages in het vizier van de Europese Unie', *TvA* 2012/75, afl. 5.

2 HvJ 2 september 2021, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 (*Komstroy*).

3 HvJ 25 januari 2022, C-638/19 P, ECLI:EU:C:2022:50 (*Commissie/European Food e.a. ('Micula')*).

vielen, ‘verband [konden] houden met de uitlegging of toepassing van het Unierecht’.⁴ Dat was volgens het Hof van Justitie in *Achmea* het geval, aangezien krachtens artikel 8 lid 6 BIT het toepasselijk recht bestond uit onder meer ‘de vigerende wetgeving’ van Slowakije en de ‘van belang zijnde overeenkomsten’ tussen Nederland en Slowakije. Hieruit concludeerde het Hof van Justitie dat het scheidsgerecht gehouden was om in voorkomend geval het Unierecht, dat deel uitmaakt van Slovaaks recht én voortvloeit uit internationale verdragen, ‘uit te leggen en zelfs toe te passen’, waarbij het Hof van Justitie specifiek verwees naar de bepalingen inzake het vrij verkeer.⁵

Vervolgens toetste het Hof van Justitie of het scheidsgerecht beschouwd kon worden als een rechterlijke instantie van een lidstaat en daarmee bevoegd was tot het stellen van prejudiciële vragen overeenkomstig artikel 267 VWEU, hetgeen naar oordeel van het Hof van Justitie niet het geval was.⁶

Ten slotte beoordeelde het Hof van Justitie of het arbitrale vonnis onderworpen was aan voldoende toezicht door een vernietigingsrechter en daarmee uiteindelijk door het Hof van Justitie zelf. Het Hof van Justitie stelde in dit opzicht vast dat het Duitse recht, dat van toepassing was op een vernietigingsprocedure omdat het aangezochte UNCITRAL-scheidsgerecht in Frankfurt am Main zetelde, slechts ‘in een beperkte toetsing’ voorzag, met name ten aanzien van de geldigheid van de arbitrageovereenkomst en de eerbiediging van de openbare orde.⁷ Hoewel het Hof van Justitie zelf via deze route bij *Achmea* betrokken geraakt was, stond deze beperkte toetsingsmogelijkheid uiteraard niet toe dat de vernietigingsrechter in algemeenheid kon toetsen of het scheidsgerecht het Unierecht op juiste wijze had uitgelegd of toegepast.

De uitkomst van deze drietrapsraket bracht het Hof van Justitie tot de conclusie dat het arbitragebeding van de BIT afbreuk deed aan de autonomie van het Unierecht en daarmee strijdig was met artikel 267 en 344 VWEU. Volgens het Hof van Justitie hadden de lidstaten een mechanisme ingesteld voor de beslechtingen van intra-EU geschillen ‘dat mogelijkerwijs belet dat deze geschillen, hoewel zij betrekking kunnen hebben op de toepassing van het Unierecht, op zodanige wijze worden beslecht dat de volle werking van dit recht is gewaarborgd’.⁸ Deze conclusie deed de vraag rijzen of ieder arbitragebeding in een intra-EU-BIT strijdig is met het Unierecht, of dat deze strijdigheid afhankelijk is van de

rechtskeuze in de BIT⁹ en het recht dat van toepassing is op een vernietigingsprocedure.

Een jaar na *Achmea* wees het Hof van Justitie Advies 1/17 over het geschillenbeslechtsmechanisme in de handelsovereenkomst tussen Canada en de EU (CETA). Dit advies suggereerde dat voor de verenigbaarheid van een arbitragebeding met het Unierecht inderdaad van belang is op welke wijze het toepasselijk recht is aangegeven. Het Hof van Justitie stelde vast dat het CETA-Gerecht geen bevoegdheid zal hebben om het Unierecht, behalve CETA zelf, uit te leggen en toe te passen.¹⁰ Hierbij achtte het Hof van Justitie van belang dat artikel 8.31 lid 1 CETA het toepasselijk recht in procedures bij het CETA-Gerecht beperkt tot CETA zelf.¹¹ Daarnaast stelde het Hof van Justitie vast dat het CETA-Gerecht volgens artikel 8.31 lid 2 niet bevoegd zal zijn om maatregelen te toetsen aan nationaal recht.¹² Dit recht mag enkel als ‘feitelijk gegeven’ in aanmerking genomen worden, waarbij het CETA-Gerecht zich moet voegen naar de heersende uitlegging door nationale rechterlijke instanties, die zelf niet gebonden zijn aan de uitlegging van nationaal recht door het CETA-Gerecht. Volgens het Hof van Justitie volgt uit dit alles dat het CETA-Gerecht, anders dan een scheidsgerecht ingesteld op grond van de BIT tussen Nederland en Slowakije, geen bevoegdheid heeft tot uitleg en toepassing van het Unierecht.¹³ Hierom is het ook niet problematisch dat het CETA-Gerecht geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie zal kunnen stellen en dat uitspraken van dit Gerecht (en de Beroepsinstantie) niet door een nationale rechter of door het Hof van Justitie zelf kunnen worden getoetst.¹⁴

4 *Achmea*, punt 39. Zie De Brabandere 2018 voor de vraag of het feit dat EU-recht onderdeel uitmaakt van het toepasselijk recht reeds betekent dat sprake is van ‘een geschil betreffende de uitlegging of de toepassing van de Verdragen’ in de zin van art. 344 VWEU.

5 *Achmea*, punt 42.

6 *Achmea*, punt 49.

7 *Achmea*, punt 53.

8 *Achmea*, punt 56. Zie voor het nadien door 23 lidstaten gesloten Verdrag ter beëindiging van bilaterale investeringsverdragen tussen EU-lidstaten, N.A. van Loon & K.P. Olsthoorn, ‘BIT by BIT towards the end? Het verdrag ter beëindiging van bilaterale investeringsverdragen tussen EU-lidstaten’, *TvA* 2021/48, afl. 3.

9 Volgens B. Hess, ‘The Fate of Investment Dispute Resolution after the *Achmea* Decision of the European Court of Justice’, *MPILux Research Paper Series* 2018/3, p. 10, is het formalistisch om belang te hechten aan de rechtskeuze in de BIT, omdat het Unierecht sowieso van toepassing is op *cross-border* investeringen in de Unie. Zie ook: J. Scheu & P. Nikolov, ‘The Incompatibility of Intra-EU Investment Treaty Arbitration With European Union Law – Assessing the Scope of the ECJ’s *Achmea* Judgment’, *German Yearbook of International Law* 2021, nr. 1, p. 475-504. In *Achmea* baseert het Hof van Justitie zijn oordeel echter nadrukkelijk op de rechtskeuze in de toepasselijke BIT. In Advies 1/17 ziet het Hof van Justitie vervolgens geen conflict met de autonomie van het Unierecht vanwege de (beperkte) rechtskeuze in CETA. Zie ook A. Biondi & G. Sangiulolo, ‘Three years after *Achmea*: What is said, what is unsaid, and what could follow’, in: A. Biondi & G. Sangiulolo (red.), *The EU and the Rule of Law in International Economic Relations*, Cheltenham: Edgar Elgar Publishing 2021, p. 14-36.

10 HvJ 30 april 2019, Advies 1/17 (CETA), ECLI:EU:C:2019:341, punt 136.

11 Advies 1/17, punt 122. Volgens mij geeft het Hof van Justitie hier een te beperkte lezing van art. 8.31 lid 1 CETA. In mijn lezing omvat het toepasselijke recht enerzijds CETA (zoals uitgelegd volgens het Weens Verdragenverdrag) en anderzijds de toepasselijke regels en beginselen van internationaal recht.

12 Advies 1/17, punt 121.

13 Advies 1/17, punt 136. Zie kritisch over deze conclusie L.J. Ankersmit, ‘Een steun in de rug voor het investeringsbeleid van de Commissie: Advies 1/17 (CETA)’, *NtEr* 2019/9-10, p. 263-270.

14 Advies 1/17, punt 115-118, 134-135. Zie S. Boelaert, ‘Opinion 1/17 of the Court of Justice on the legality, under EU law, of the investor-to-state dispute settlement mechanism included in the CETA agreement. A case of legal pragmatism or the dawn of a new era?’, in: Biondi & Sangiulolo 2021, p. 37-68, 68, voor de vaststelling dat sprake is van ‘*politique judiciaire*’ door het Hof van Justitie: het zag genoeg redenen om CETA te onderscheiden van eerdere verdragen die door het Hof van Justitie onverenigbaar waren bevonden om ditmaal geen obstakel op te werpen voor voortgaand multilateralisme.

De redenering van het Hof van Justitie in *Achmea* en Advies 1/17 suggereert dat een arbitragebeding in een BIT enkel strijdig is met het Unierecht als het scheidsrecht bevoegd is Unierecht uit te leggen of toe te passen én als het arbitrale vonnis niet aan voldoende rechterlijke toetsing onderworpen is onder het nationale recht van de zetel van de arbitrage.

Van intra-EU BITs naar het Energiehandvest

Achmea deed voorts een discussie ontvlammen over de vraag of de door het Hof van Justitie gevolgde redenering ook van toepassing zou zijn op intra-EU-arbitrage onder het Energiehandvest.¹⁵ Krachtens artikel 26 lid 6 Energiehandvest bestaat het toepasselijke recht in een dergelijke arbitrage, naast het Energiehandvest zelf, uit toepasselijke regels en beginselen van het internationale recht. Anders dan artikel 8 Nederland-Slowakije BIT rekent het Energiehandvest nationaal recht dus niet tot toepasselijk recht. Daarnaast is er uiteraard nog een ander fundamenteel verschil tussen de Nederland-Slowakije BIT en het Energiehandvest: de Unie is zelf partij bij het Energiehandvest, dat daardoor deel uitmaakt van het Unierecht.¹⁶ Het Hof van Justitie had in *Achmea* en Advies 1/17 benadrukt dat het Unierecht in principe toestaat dat de Unie verdragen sluit waarbij rechterlijke instanties worden opgericht die bindende uitspraken doen over de uitleg van een dergelijk verdrag.¹⁷

Het Hof van Justitie beëindigde de discussies in het arrest *Komstroy*, in een zaak die overigens geen betrekking had op een intra-EU-arbitrage. Het Hof van Justitie concludeerde dat het arbitragebeding in het Energiehandvest 'niet van toepassing is' op intra-EU-geschillen.¹⁸ Het Hof van Justitie doorliep daarbij de drie stappen uit het arrest *Achmea*. In antwoord op de vraag of het arbitragescheidsgerecht het Unierecht moest uitleggen of toepassen stelde het Hof van Justitie simpelweg vast dat dit het geval was aangezien het Energiehandvest zelf deel uitmaakt van het Unierecht.¹⁹ Vervolgens stelde het Hof van Justitie in de tweede plaats vast dat een scheidsgerecht ingesteld onder het Energiehandvest niet kwalificeert als een rechterlijke instantie van een lidstaat.²⁰ In antwoord op de derde vraag overwoog het Hof van Justitie dat het toepasselijke Franse recht slechts voorziet 'in een beperkte toetsing die met name

betrekking heeft op de bevoegdheid van het scheidsrecht'.²¹

Het Hof van Justitie wijdde vervolgens nog enkele woorden aan het feit dat de EU zelf partij was bij het Energiehandvest. Het overwoog dat hoewel de Unie bevoegd is zich te onderwerpen aan internationale verdragen en aan het toezicht van daarbij opgerichte rechterlijke instanties, zij deze bevoegdheid niet mag uitoefenen op een wijze die de autonomie van de Unie en haar rechtsorde niet eerbiedigt, bijvoorbeeld door een bepaling op te nemen waarmee een geschil tussen een EU-investeerder en een lidstaat kan worden onttrokken aan het rechterlijke systeem van de Unie op een wijze die niet de volle werking van het Unierecht waarborgt.²² Verder stelde het Hof van Justitie vast dat hoewel het Energiehandvest een multilateraal verdrag is, het arbitragebeding feitelijk 'de bilaterale betrekkingen tussen twee van de verdragsluitende partijen beoogt te regelen', net als de BIT die voorlag in *Achmea*.²³ Het Hof van Justitie concludeerde dat het arbitragebeding van het Energiehandvest wel van toepassing kan zijn op extra-EU geschillen, maar niet op intra-EU-geschillen.²⁴

De conclusie van het Hof van Justitie in *Komstroy* roept allerlei vragen op. De overweging van het Hof van Justitie dat een ECT-scheidsgerecht Unierecht moet uitleggen of toepassen omdat het Energiehandvest zelf deel uitmaakt van het Unierecht gaat eraan voorbij dat het Hof van Justitie in Advies 1/17 geen bezwaar had tegen de bevoegdheid van het CETA-Gerecht om CETA, dat ook deel zal zijn van het Unierecht, uit te leggen en toe te passen. Verder is het Hof van Justitie erg kort over het onderscheid tussen de intra- en extra-EU-toepassing van het arbitragebeding in het Energiehandvest. In tegenstelling tot wat het Hof van Justitie stelt, regelt artikel 26 Energiehandvest niet zozeer bilaterale betrekkingen tussen lidstaten, maar betrekkingen tussen een lidstaat enerzijds en een investeerder uit een andere verdragsstaat anderzijds. Het is daarbij niet uitgesloten dat lidstaten die zelf niet betrokken zijn bij een concreet geschil wel belang hechten aan ieders naleving van bepalingen die collectief in het verdrag zijn aangegaan. De conclusie uit het arrest *Komstroy* betekent bovendien dat aan intra-EU-investeerdere rechten worden ontnomen die extra-EU-investeerdere wél hebben, wat zou kunnen leiden tot zorgen over de 'reverse discrimination' van intra-EU-investeerdere ten opzichte van extra-EU investeerdere.²⁵

ECT-scheidsgerechten hebben bevoegdheidsverweren op basis van *Achmea* in het algemeen afgewezen. In een

15 Verdrag inzake het Energiehandvest, Lissabon, 17 december 1994 (*Trb.* 1995, 108). Zie bijvoorbeeld A.S. Hartkamp, 'Gevolgen van het *Achmea*-arrest voor de praktijk van de investeringsarbitrage binnen de EU', *Ars Aequi* 2018/0732, p. 736: 'De Unie als geheel heeft een actieve rol gespeeld bij de voorbereiding van het verdrag en is als partij tot het verdrag toetreden. Daarmee verdraagt zich niet dat een deel uit het verdrag zou worden "weggesneden" door een uitspraak van het Hof van Justitie.'

16 Advies 1/17, punt 117.

17 *Achmea*, punt 57. Zie ook Advies 1/17, punt 106.

18 HvJ 2 september 2021, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 (*Komstroy*), punt 66.

19 *Komstroy*, punt 49-50.

20 *Komstroy*, punt 51-53.

21 *Komstroy*, punt 57.

22 *Komstroy*, punt 61-62. Zie ook HvJ 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, punt 183. Voor een commentaar op dit advies over toetreding van de EU tot het EVRM, zie C.J. van de Heyning, 'Advies 2/13 van het Hof van Justitie: flinke stap terug voor toetreding Europese Unie tot Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens', *NtER* 2015/2, p. 55-61.

23 *Komstroy*, punt 64.

24 Zie in het bijzonder *Komstroy*, punt 65.

25 In Advies 1/17 stelde het Hof van Justitie in dit verband simpelweg vast dat de situatie van intra-EU-investeerdere 'niet vergelijkbaar is' met die van Canadese investeerdere in de Unie, zie punt 180.

veel geciteerde beslissing concludeerde het *Vattenfall*-scheidsgerecht dat het arbitragebeding in het Energiehandvest, te interpreteren volgens artikel 31 Weens Verdragenverdrag, geen uitzondering maakt voor intra-EU-geschillen. Volgens het scheidsgerecht was er ook geen sprake van onverenigbaarheid tussen het arbitragebeding en het Unierecht aangezien zij zien op verschillende rechtsgebieden en elk in de eigen rechtsfeer kunnen functioneren zonder onderling conflict. Voorts zou een eventueel conflict moeten worden opgelost aan de hand van de collisierregel uit artikel 16 Energiehandvest, dat wil zeggen: ten gunste van de investeerder.²⁶ Vrijwel alle ECT-scheidsgerechten hebben vergelijkbare posities ingenomen, al heeft recent een in Stockholm gezeteld ECT-scheidsgerecht zich onbevoegd verklaard op grond van *Achmea* en *Komstroy*. Volgens dit scheidsgerecht, dat Zweeds recht van toepassing achtte op de bevoegdheidsvraag, vereist artikel 31 Weens Verdragenverdrag dat niet enkel acht wordt geslagen op de gewone betekenis van het arbitragebeding, maar ook op de context, waaronder begrepen de relevante regels van het internationale recht en in dit geval dus ook het Unierecht.²⁷

Van arbitrages gezeteld in de Unie naar ICSID-arbitrage

Spoedig na het arrest *Komstroy* volgde het arrest *PL Holdings*. In deze zaak speelde de vraag of het nalaten van een EU-lidstaat om tijdig de bevoegdheid van een arbitragescheidsgerecht te betwisten resulteerde in een ad-hocarbitrageovereenkomst met gelijke strekking als het arbitragebeding in de toepasselijke BIT. Het Hof van Justitie oordeelde dat, mocht al aangenomen worden dat een separate arbitrageovereenkomst tot stand gekomen was, deze ook onder het bereik van *Achmea* viel, omdat lidstaten anders in staat zouden zijn om hun in *Achmea* gespecificeerde verplichtingen te omzeilen.²⁸ Het is opvallend dat het Hof van Justitie in *PL Holdings* geen noodzaak zag om elk van de drie stappen van het *Achmea*-arrest te doorlopen. Het Hof van Justitie stelde vast dat het arbitragebeding van de toepasselijke BIT

‘ertoe [kon] leiden dat een arbitrage-instantie uitspraak doet in geschillen die betrekking kunnen hebben op de toepassing of de uitlegging van het Unierecht’.²⁹ Net als het arbitragebeding dat in *Achmea* voorlag, rekende de toepasselijke BIT het nationale recht tot toepasselijk recht, maar het Hof van Justitie besprak dit punt niet. Evenmin werd door het Hof van Justitie beoordeeld of de Zweedse vernietigingsrechter voldoende toezicht zou kunnen uitoefenen over de toepassing of uitlegging van het Unierecht door het scheidsgerecht.

De scheidsgerechten die vonnis gewezen hadden in *Achmea*, *Komstroy* en *PL Holdings* waren elk gezeteld in de Europese Unie. Hierdoor bestond nog de vraag of de redenering van het Hof van Justitie in *Achmea* ook gold voor ICSID-arbitrages.³⁰ Dergelijke arbitrages vinden immers plaats op basis van het op zichzelf staande ICSID-Verdrag, waarbij de locatie van de arbitrage nauwelijks juridische betekenis heeft.³¹

In *Micula* besliste het Hof van Justitie dat ook ICSID-arbitrages geraakt worden door *Achmea*. Deze zaak betrof de intrekking van belastingvoordelen door Roemenië in het kader van harmonisatie met het EU-staatssteunrecht voorafgaand aan de Roemeense toetreding tot de Unie. Het scheidsgerecht had schadevergoeding toegekend aan de investeerders in de hoogte van de oorspronkelijk toegezegde subsidies omdat de intrekking daarvan strijdig was met het principe van eerlijke en billijke behandeling, in het bijzonder doordat Roemenië het gerechtvaardigd vertrouwen van de investeerders geschonden had en daarnaast had verzuimd om transparant te handelen.³² De Commissie oordeelde echter dat tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis strijdig was met het staatssteunrecht.³³ Deze beslissing werd vernietigd door het Gerecht in een vonnis dat vervolgens weer door het Hof van Justitie vernietigd werd.³⁴ Het Gerecht had geoordeeld dat het arbitragescheidsgerecht in *Micula*, anders dan in *Achmea*, niet gehouden was het Unierecht toe te passen omdat de relevante feiten voor de Roemeense toetreding plaatsvonden.³⁵ Het Hof van Justitie volgde echter een andere redenering. Het stelde vast dat een deel van de toegekende schadevergoeding compenseerde voor de intrekking van subsidies die waren toegezegd voor tijdsvakken die na de Roemeense toetreding vielen en dat Roemenië in die periode gebonden was aan het Unierecht.³⁶ Vervolgens stelde het Hof van Justitie vast dat het ICSID-scheidsgerecht geen deel uitmaakte van het rechterlijk systeem

26 ICSID 31 augustus 2018, ARB/12/12, Decision on the *Achmea* Issue (*Vattenfall AB e.a./Duitsland*). Zie bijvoorbeeld ook ICSID 7 mei 2019, ARB/15/50, Decision on Italy's Request for Immediate Termination and Italy's Jurisdictional Objection Based on Inapplicability of the Energy Charter Treaty to Intra-EU Disputes (*Eskosol S.p.a./Italië*).

27 SCC 16 juni 2022, 2016/135 (*Green Power Partners K/S en SCE Solar Don Benito APS/Spanje*).

28 HvJ 26 oktober 2021, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875 (*PL Holdings*), punt 47. In de literatuur was betoogd dat commerciële arbitrage tussen een lidstaat en een private partij niet onder het bereik van *Achmea* valt, zie bijvoorbeeld P. Paschalidis, 'Challenges under EU Law to the Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention', in: K. Fach Gomez & A.M. Lopez-Rodriguez (red.), *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, Alphen: Wolters Kluwer 2019, p. 219-236, 235. *PL Holdings* was geen geschikte zaak om deze hypothese te testen, aangezien de 'ad-hocarbitrageovereenkomst' in dat geval moeilijk los gezien kon worden van het arbitragebeding in de relevante BIT.

29 *PL Holdings*, punt 46.

30 M.C. van Leyenhorst, 'Beschouwingen naar aanleiding van het *Achmea*-arrest van het Hof van Justitie EU', *TvA* 2019/65, par. 18-21.

31 C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 1244.

32 ICSID 11 december 2013, ARB/05/20 (*Micula e.a./Roemenië*), punt 872.

33 Comm 30 maart 2015, 2015/1470 (*Micula*), punt 153.

34 Gerecht 18 juni 2019, T-624/15 e.a., ECLI:EU:T:2019:423 (*European Food e.a./Commissie (Micula)*); HvJ, *Micula*. Zie over de staatssteunrechtelijke kwesties J.H. Fahner, 'Schadevergoeding of staatssteun? De botsing tussen het investeringsrecht en het staatssteunrecht in de *Micula*-zaak', *TvS* 2020/1, p. 20-26.

35 Gerecht, *Micula*, punt 87.

36 HvJ, *Micula*, punt 140.

van de Unie en dat nationale rechters een ICSID-vonnissen in het geheel niet kunnen toetsen op verenigbaarheid met het Unierecht.³⁷ Het Hof van Justitie oordeelde verder dat het rechterlijk systeem van de Unie vanaf de toetreding van Roemenië ‘in de plaats [was] gekomen’ van het mechanisme voor geschillenbeslechting in de toepasselijke BIT.³⁸ Dat betekende dat de Roemeense instemming met de arbitrageprocedure ‘zonder voorwerp geraakt’ was.³⁹

Anders dan in *Achmea* beoordeelde het Hof van Justitie in *Micula* niet of het scheidsrecht krachtens de BIT gehouden was om het Unierecht uit te leggen of toe te passen, wellicht omdat de toepasselijke BIT geen bepaling over toepasselijk recht bevatte. Het Hof van Justitie overwoog weliswaar terecht dat de toegekende schadevergoeding zich deels uitstrekte over een periode volgend op de Roemeense toetreding, maar dat was enkel omdat de litigieuze belastingvoordelen oorspronkelijk waren toegezegd voor een periode eindigend in 2009. De intrekking van deze voordelen vond echter plaats voorafgaand aan toetreding, dus het is niet vanzelfsprekend dat het scheidsrecht Unierecht diende uit te leggen of toe te passen bij de toetsing van het handelen van Roemenië aan de BIT.⁴⁰

De wijze waarop het Hof van Justitie het *Achmea*-arrest heeft uitgewerkt in *Komstroy*, *PL Holdings* en *Micula* leidt tot de conclusie dat van de voorwaardelijkheid van *Achmea* weinig meer over is. In de praktijk lijkt het Hof van Justitie nu iedere vorm van intra-EU-investeringsarbitrage te beschouwen als strijdig met het Unierecht, zonder dat nog wordt beoordeeld of een scheidsrecht het Unierecht uit moet leggen of toe moet passen en of er voldoende toetsing mogelijk is door de rechterlijke instanties van de lidstaat waar de arbitrage zetelde. Deze categorische benadering is op zich begrijpelijk. Het is moeilijk voor te stellen dat sommige intra-EU-arbitragebedingen wél toelaatbaar zouden zijn, enkel omdat het toepasselijk recht beperkt is tot de BIT zelf (al zou dat wel uit Advies 1/17 kunnen worden afgeleid).⁴¹ Eveneens is moeilijk voor te stellen dat de verenigbaarheid van een arbitragebeding met het Unierecht afhankelijk zou zijn van het nationale recht in de lidstaat waar het scheidsrecht zetelt, aangenomen dat er lidstaten zijn waar voldoende toetsing van arbitrale vonnissen door de nationale rechter mogelijk is. Niettemin was de redenering van het Hof van Justitie in *Achmea* expliciet gebaseerd op de omstandigheden dat krachtens de relevante BIT het toepasselijk recht bestond uit zowel nationaal als internationaal recht, en dat het Duitse recht

slechts beperkte ruimte voor rechterlijke toetsing bood. Dat deze elementen in de praktijk niet meer worden getoetst, doet de vraag rijzen of ze ooit daadwerkelijk voor het oordeel van het Hof van Justitie van belang geweest zijn. De categorische toepassing van *Achmea* in latere arresten suggereert dat het oordeel van het Hof van Justitie over intra-EU-investeringsarbitrage meer politiek dan juridisch ingegeven was: het Hof van Justitie ontdeed zich van een concurrerende vorm van geschillenbeslechting binnen de Unie, overeenkomstig de campagne die al lange tijd door de Commissie tegen intra-EU-investeringsarbitrage was gevoerd.⁴²

De grenzen van het Unierechtelijk verbod: intra-EU-arbitrages buiten de EU

Terwijl het Gerecht en daarna het Hof van Justitie zich bogen over de zaak *Micula*, probeerden de investeerders het vonnis binnen en buiten de Unie ten uitvoer te leggen. Naar aanleiding van een dergelijke poging stelde de Belgische rechter in de zaak *Romatsa* de prejudiciële vraag of de staatssteunbeschikking van de Commissie, die enkel tot Roemenië gericht was, betekende dat ook rechters in andere lidstaten tenuitvoerlegging van het vonnis moesten vermijden in weerwil van hun ‘uit het ICSID-Verdrag voortvloeiende internationale verplichtingen’.⁴³ Het Hof van Justitie hield de zaak aan totdat beslist was op het hoger beroep in *Micula* en oordeelde vervolgens dat het arbitrale vonnis vanwege de onverenigbaarheid van de arbitrageprocedure met het Unierecht niet in de Unie tenuitvoergelegd mocht worden.⁴⁴ Aangenomen dat nationale rechters de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgen, zelfs wanneer dit conflicteert met hun verplichtingen onder het ICSID-Verdrag, is tenuitvoerlegging van intra-EU-arbitragevonnissen in de EU dus niet mogelijk. Rechters in Luxemburg⁴⁵ en Zweden⁴⁶ bepaalden reeds dat het Unierecht zich verzette tegen tenuitvoerlegging van het *Micula*-vonnis. Ook in andere contexten hebben nationale rechters gevolg gegeven aan *Achmea*. Het Gerechtshof van Parijs heeft vonnissen van in Frankrijk gezetelde intra-EU-scheidsrechten vernietigd.⁴⁷ Rechters in

37 HvJ, *Micula*, punt 141-142.

38 HvJ, *Micula*, punt 141.

39 HvJ, *Micula*, punt 145.

40 De Commissie had o.a. betoogd dat het arbitragescheidsrecht de in 1994 gesloten Associatieovereenkomst (Europa-Overeenkomst), die deel uitmaakte van het Unierecht, als toepasselijk recht had beschouwd, zie HvJ, *Micula*, punt 98-99.

41 Zie S. Robert-Cuendet, ‘L’arrêt de la Grande Chambre de la CJUE du 6 mars 2018 dans l’affaire Achmea: la fin des TBI européens?’, *European Papers* 2018, nr. 2, p. 993-1004, voor de stelling dat ook wanneer het nationale recht of het Unierecht uitgesloten zijn van het toepasselijk recht, een scheidsrecht nog steeds gehouden kan zijn om dit recht uit te leggen.

42 J.H. Fahner, ‘From State Aid to Autonomy and Back: The Commission’s Continuing Campaign Against Intra-EU ISDS’, *Legal Issues of Economic Integration* 2021, nr. 4, p. 339-346.

43 HvJ 21 september 2022, C-333/19, ECLI:EU:C:2022:749 (*European Food e.a./Romatsa e.a.*).

44 *European Food e.a./Romatsa e.a.*, punt 42-43.

45 Hof van Cassatie van Luxemburg 14 juli 2022, 2021-00061 (*Roemenië/M*).

46 Rechtbank van Nacka 23 januari 2019, Å 2550-17 (*Ioan Micula e.a./Roemenië*). Het vonnis was gewezen voordat het Hof van Justitie in *Micula* arrest gewezen had, vanuit de overweging dat het principe van loyale samenwerking Zweden verplichtte tot naleving van de beschikking van de Commissie in *Micula*.

47 Gerechtshof van Parijs 19 april 2022, 48/2022 (*Strabag e.a./Polen*); 49/2022 (*Slot Group/Polen*).

Keulen hebben geoordeeld dat ICSID-procedures tegen Nederland niet toelaatbaar waren, in het kader van een unieke procedure die de Duitse rechter rechtsmacht geeft om de bevoegdheid van een scheidsgerecht te beoordelen voordat het tribunaal is geconstitueerd.⁴⁸

Sommige nationale rechters hebben echter andere benaderingen gekozen. Een rechter in Berlijn heeft geoordeeld dat de overheidsrechter niet kan interveniëren in het zelfstandige ICSID-systeem.⁴⁹ In *Micula* concludeerde het Britse Hooggerechtshof dat het arbitrale vonnis hangende de procedure bij het Hof van Justitie ten uitvoer gelegd kon worden. Het Hooggerechtshof oordeelde onder meer dat de interpretatie van het ICSID-Verdrag beheerst wordt door principes van het internationale recht en dat deze interpretatie niet door het Unierecht kan worden beïnvloed. Daarnaast stelde het Hooggerechtshof vast dat het ICSID-Verdrag gegrond is op wederzijds vertrouwen en dat de verplichting tot naleving verschuldigd is aan alle staten die partij zijn bij dat verdrag (en dus niet alleen aan EU-lidstaten).⁵⁰ De Europese Commissie heeft inmiddels vanwege deze uitspraak een inbreukprocedure gestart tegen het Verenigd Koninkrijk vanwege schending van het Unierecht tijdens de overgangperiode volgend op Brexit.⁵¹

Een andere vraag betreft het lot van intra-EU-arbitragevonnissen buiten de EU. In een vroege uitspraak in de *Micula*-saga oordeelde een Amerikaanse rechter dat de Verenigde Staten een zwaarwegend belang hebben bij naleving van verplichtingen voortvloeiend uit het ICSID-Verdrag, onafhankelijk van de beslissingen van andere lidstaten, omdat Amerikaanse investeerders ook vertrouwen op de werking van dit verdrag wanneer zij vonnissen ten uitvoer wensen te leggen in andere lidstaten.⁵²

In een recent vonnis weigerde de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam om een Nederlandse investeerder te bevelen om mee te werken aan de beëindiging of aanhouding van een in Londen gezetelde intra-EU-investeringsarbitrage tegen Polen. De voorzieningenrechter beoordeelde daarbij uitsluitend of de onbevoegdheid van het scheidsgerecht zo evident was dat voortzetting van de procedure door de investeerder zou kwalificeren als onrechtmatig handelen.⁵³ De voorzieningenrechter stelde vast dat de arbitrage ‘mogelijk’ niet berustte op een geldige grondslag maar tevens dat het geen ‘uitgemaakte zaak’ was dat het scheidsgerecht

zich ook onbevoegd zou verklaren. Daarbij achtte de voorzieningenrechter van belang dat de zetel van de arbitrage buiten de Unie lag en de vernietigingsrechter niet gebonden zou zijn aan het Unierecht. De voorzieningenrechter concludeerde: ‘[d]e kans is dus aanwezig, of zelfs groot, dat het scheidsgerecht zal oordelen dat het bevoegd is, en dat (...) een eventuele vernietigingsvordering op grond van onbevoegdheid zal worden afgevoerd’.⁵⁴

De voorzieningenrechter stelde vervolgens (ten overvloede) dat ‘binnen de EU veel discussie bestaat over het *Achmea*-arrest en de gevolgen daarvan’.⁵⁵ Volgens de voorzieningenrechter waren ‘de formele gevolgen [van het arrest] nog niet uitgekristalliseerd’.⁵⁶ Hoewel een intra-EU-vonnis in EU-landen niet ten uitvoer gelegd kan worden vanwege strijd met het Unierecht ligt dat buiten de EU ‘(mogelijk) anders’.⁵⁷ Bovendien is er volgens de voorzieningenrechter ‘discussie over de (wenselijkheid van de) gevolgen van het arrest’: ‘[h]oewel het HvJ EU ten tijde van het *Achmea*-arrest als uitgangspunt heeft genomen dat investeerders ook zonder intra-EU BIT’s afdoende worden beschermd tegen overheidshandelen van de EU-lidstaten door het EU-recht, lijken velen dat te betwijfelen’.⁵⁸ Onderdeel van de twijfel betreft ‘de aanvallen op de onafhankelijkheid van de Poolse rechterlijke macht’. De voorzieningenrechter stelde vast dat kennelijk ‘ook de lidstaten van mening [waren] dat (...) een leemte is ontstaan in de rechtsbescherming’, onder verwijzing naar de totstandkoming van het CETA-Verdrag en het daarin aangekondigde ‘investment court system’.⁵⁹ In de concrete omstandigheden van de voorliggende zaak was volgens de voorzieningenrechter de investeringsarbitrage ‘mogelijk de enige echte vorm van rechtsbescherming’ die de investeerder kon inroepen.⁶⁰

Het vonnis is opmerkelijk, niet vanwege de uitkomst, maar vanwege de overwegingen ten overvloede over de ‘wenselijkheid’ van het *Achmea*-arrest. In de recente jurisprudentie van het Hof van Justitie is geen enkele aarzeling te bespeuren ten aanzien van deze wenselijkheid – integendeel, het Hof van Justitie heeft de in *Achmea* gebezigde redenering alleen maar uitgebreid en in steeds algemenere termen toegepast. De voorzieningenrechter beoordeelt de potentiële gevolgen van *Achmea* niettemin in het licht van de beschikbaarheid en kwaliteit van de bescherming die geboden wordt door de overheidsrechter in de lidstaat waar de investeerder

48 Oberlandesgericht Keulen 1 september 2022, 19 SchH 14/21 en 19 SchH 15/21.

49 Dit volgt uit een niet gepubliceerd vonnis inzake de procedure *Mainstream e.a./Duitsland* van het Kammergericht van Berlijn van 28 april 2022. Zie IAREporter 24 mei 2022, ‘Revealed: Berlin Court Dismisses Germany’s Request for Anti-Arbitration Declaration Directed at ICSID Case’, www.iareporter.com/articles/revealed-berlin-court-dismisses-germanys-request-for-anti-arbitration-declaration-directed-at-icsid-arbitration/.

50 Hooggerechtshof van het Verenigd Koninkrijk 19 februari 2020 (*Micula e.a./Roemenië*), punt 87, 104.

51 De zaak is geregistreerd als zaak C-516/22 (*Europese Commissie/Verenigd Koninkrijk*).

52 US District Court for the Southern District of New York 4 augustus 2015, Opinion and Order, No 1:15-mc-00107-P1 13 (*Ioan Micula e.a./Roemenië*).

53 Rb. Amsterdam (vzr.) 1 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5772, r.o. 4.3-4.4.

54 Rb. Amsterdam (vzr.) 1 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5772, r.o. 4.6-4.7.

55 Rb. Amsterdam (vzr.) 1 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5772, r.o. 4.8.

56 Rb. Amsterdam (vzr.) 1 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5772, r.o. 4.8.

57 Rb. Amsterdam (vzr.) 1 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5772, r.o. 4.8.

58 Rb. Amsterdam (vzr.) 1 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5772, r.o. 4.8.

59 De strekking van de verwijzing naar CETA is onduidelijk omdat het CETA-Gerecht geen intra-EU-rechtsmacht zal hebben.

60 Rb. Amsterdam (vzr.) 1 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5772, r.o. 4.8.

geïnvesteed heeft. Wanneer deze bescherming ondermaats is, zo lijkt de voorzieningenrechter te suggereren, moet de toepassing van *Achmea* wellicht worden heroverwogen.

Verdere grenzen van het Unierechtelijk verbod: extra-EU-arbitrages tegen EU-lidstaten

Tot op heden heeft het Hof van Justitie gesuggereerd dat *Achmea* geen gevolgen heeft voor investeringsarbitrage op basis van verdragen tussen lidstaten en derde landen.⁶¹ Er zijn meer dan duizend van zulke verdragen van kracht en daarnaast wordt er voortdurend over nieuwe extra-EU-BITs onderhandeld.⁶²

In *Achmea* wees het Hof van Justitie erop dat lidstaten in hun onderlinge betrekkingen gebonden zijn aan het beginsel van wederzijds vertrouwen,⁶³ terwijl dit principe niet geldt in de betrekkingen tussen de Unie en derde landen, zoals ook benadrukt in Advies 1/17.⁶⁴ Het is echter de vraag waarom het beginsel van wederzijds vertrouwen relevant is voor de redenering die in *Achmea* gevolgd is ten aanzien van de autonomie van het Unierecht.⁶⁵ Scheidsgerechten kunnen immers ook in extra-EU-geschillen het Unierecht uitleggen of toepassen, bijvoorbeeld wanneer een investeerder zich beklagt over de intrekking van subsidies door een lidstaat.⁶⁶ Dergelijke scheidsgerechten zijn voorts niet bevoegd tot

het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie en hun vonnissen zijn in de regel ook niet onderworpen aan inhoudelijke toetsing door nationale rechters. Volgens de in *Achmea* gevolgde redenering zou een extra-EU-arbitragebeding dus ook inbreuk kunnen maken op de autonomie van het Unierecht.⁶⁷

Om de strekking van *Achmea* op overtuigende wijze te beperken tot de intra-EU-context had het Hof van Justitie in plaats van het beginsel van de autonomie van het Unierecht het principe van wederzijds vertrouwen kunnen aangrijpen als zelfstandige reden waarom intra-EU-arbitragebedingen vanuit Europeesrechtelijk perspectief problematisch zijn.⁶⁸ Wanneer twee verdragsstaten een arbitragebeding opnemen in hun bilaterale investeringsverdrag willen zij immers tegemoetkomen aan de vrees van investeerders dat het rechterlijke systeem in de andere verdragsstaat onvoldoende bescherming biedt. Het valt te verdedigen dat voor een dergelijke vrees in beginsel geen plaats is binnen de Unie.⁶⁹ Om die reden had het Hof van Justitie zich ook tegen intra-EU-arbitrage kunnen uitspreken op een wijze die tegelijkertijd elke toepassing van het verbod in de extra-EU-context zou uitsluiten.⁷⁰

Het Hof van Justitie heeft in *Achmea* wél expliciet duidelijk gemaakt dat het beginsel van de autonomie van het Unierecht zich niet verzet tegen handelsarbitrage,⁷¹

- 61 Zie met name *Komstroy*, punt 65. Investeringsverdragen tussen lidstaten en derde landen zijn onderworpen aan Verordening (EU) 1219/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten tussen lidstaten en derde landen (*PbEU* 2012, L 351/40-46). Zie over deze verordening, N. Lavranos, I. Elfilali, J.M. Luycks & R. Niesink, 'Naar een nieuw EU-investeringsbeleid', *NtEr* 2013/5-6, p. 185-190.
- 62 Zie Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Regulation (EU) No 1219/2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, 6 april 2020. Zie voor toetsing van extra-EU-BITs door het Hof van Justitie voorafgaand aan de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, waarbij buitenlandse directe investeringen onderdeel geworden zijn van de gemeenschappelijke handelspolitiek, Ph.F.J.S. Strik, 'Transferclausules in bilaterale investeringsovereenkomsten met derde landen in strijd met het EG-Verdrag', *NtEr* 2009/5-6, p. 193-198.
- 63 *Achmea*, punt 58. Zie verder C. Contartese, 'Achmea and Opinion 1/17: Why do intra and extra-EU bilateral investment treaties impact differently on the EU legal order?', *ECB Legal Working Paper Series* 2019/19, p. 7-19.
- 64 Advies 1/17, punt 129.
- 65 J. Hillebrand Pohl, 'Intra-EU Investment Arbitration after the *Achmea* Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?', *European Constitutional Law Review* 2018, nr. 4, p. 767-791, op p. 781-782, stelt dat het beginsel van autonomie is afgeleid van het beginsel van wederzijds vertrouwen en dus ook niet verder reikt dan het laatstgenoemde beginsel.
- 66 Zie bijvoorbeeld ICSID 17 maart 2021, ARB/16/4 (*Eurus Energy Holdings Corp/ Spanje*), punt 232; V. Argyropoulou, 'ISDS Reform in the EU: Are We There Yet?', in: A.M. Anderson & B. Beaumont (red.), *The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo?*, Alphen: Wolters Kluwer 2021, p. 46-48, betoogt dat de beslissende factor de rechtskeuze in de BIT is.

- 67 Zie voor dezelfde positie bijv. S. Gáspár-Szilágyi, 'It Is not Just About Investor-State Arbitration: A Look at Case C-284/16, *Achmea BV*', *European Papers* 2018, nr. 1, p. 357-373; Q. Declève, 'Achmea: Consequences on Applicable Law and ISDS Clauses in Extra-EU BITs and Future EU Trade and Investment Agreements', *European Papers* 2019, nr. 1, p. 99-108. Zie ook C. Eckes, 'Some Reflections on *Achmea*'s Broader Consequences for Investment Arbitration', *European Papers* 2019, nr. 1, p. 79-97, op p. 86-87.
- 68 Zie ook S. Centeno Huerta & N. Kuplewatzky, 'On *Achmea*, the Autonomy of Union Law, Mutual Trust and What Lies Ahead', *European Papers* 2019, nr. 1, p. 61-78, 65-68. Zie J. Odermatt, 'Is EU Law International? Case C-741/19 Republic of Moldova v Komstroy LLC and the Autonomy of the EU Legal Order', *European Papers* 2021, nr. 3, p. 1255-1268, op p. 1267-1268, voor het argument dat een werkelijk autonome rechtsorde zich niet bedreigd hoeft te voelen door afwijkende interpretaties van andere rechterlijke en arbitrale instanties. Maar zie C. Eckes, *EU Powers Under External Pressure: How the EU's External Actions Alter its Internal Structures*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 221, voor de observatie dat de rechtsorde van de Unie relatief kwetsbaar is voor tegenspraak door interne actoren wanneer zij zich kunnen beroepen op het internationale recht.
- 69 HvJ 27 februari 2018, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*), punt 37: 'Elke lidstaat moet verzekeren dat de instanties die als "rechterlijke instantie" - in de zin van het Unierecht - deel uitmaken van zijn stelsel van beroepsmogelijkheden, voldoen aan de vereisten van een daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het Unierecht vallende gebieden'. S. Hindelang, 'Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law - the CJEU's judgment in *Achmea* put in perspective', *European Law Review* 2019, nr. 3, p. 383-400, betoogt dat de zwakke rechterlijke instituties in sommige lidstaten geen voldoende rechtvaardiging bieden voor intra-EU-investeringsarbitrage.
- 70 Hierbij zij opgemerkt dat het beginsel van wederzijds vertrouwen niet absoluut is maar eerder een aanname die in 'uitzonderlijke omstandigheden' kan komen te vervallen: HvJ 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, punt 191. Het is moeilijk voor te stellen dat de geldigheid van een arbitrageovereenkomst van een dergelijke variabele afhankelijk is.
- 71 Zie over deze kwestie specifiek L. Sokolowska, 'Convergences and Divergences of Commercial and Investment Arbitration under *Achmea* (C-284/16)', in: M. Andenas, L. Pantaleo, M. Happold & C. Contartese (red.), *EU External Action in International Economic Law: Recent Trends and Developments*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2020, p. 323-339.

hoewel ook daar sprake kan zijn van uitleg en toepassing van het Unierecht door scheidsgerichten die geen rechterlijke instantie van een lidstaat zijn en dus geen prejudiciële vragen kunnen stellen. In eerdere jurisprudentie had het Hof van Justitie het niet bezwaarlijk geacht dat dergelijke vonnissen slechts beperkt toetsbaar zijn door de vernietigingsrechter (en daarmee zo nodig door het Hof van Justitie).⁷² Het verschil tussen handels- en investeringsarbitrage, zo overwoog het Hof van Justitie in *Achmea*, is dat handelsarbitrage ‘gegrond is op de autonomie van de betrokken partijen’, terwijl investeringsarbitrage volgt ‘uit een verdrag waarin lidstaten overeenkomen af te zien van de bevoegdheid van hun eigen rechterlijke instanties, en derhalve van het gerechtelijke stelsel van rechtsmiddelen waarin zij volgens artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU moeten voorzien op gebieden die onder het Unierecht vallen’.⁷³

Deze redenering roept vragen op. Een arbitrageovereenkomst op basis van een BIT is immers ook gegrond op partijautonomie. Lidstaten komen in een BIT niet overeen om ‘af te zien van de bevoegdheid van hun eigen rechterlijke instanties’. Zij bieden investeerders enkel de alternatieve mogelijkheid om een geschil met het gastland te arbitreran. In tegenstelling tot een contractueel arbitragebeding is een arbitrageclausule in een BIT enkel een aanbod dat door de investeerder moet worden geaccepteerd door een arbitrageprocedure ahangig te maken.⁷⁴ Het Hof van Justitie suggereert dat dit aanbod reeds strijdig is met de verplichting van de lidstaten om te voorzien in effectieve rechtsmiddelen, maar dit kan moeilijk het geval zijn wanneer het aanbod betrekking heeft op een extra optioneel rechtsmiddel dat naar keuze door een investeerder kan worden geactiveerd. Lidstaten creëren daarmee weliswaar een rechtsmiddel dat buiten toezicht van het Hof van Justitie staat, maar dat is evenzeer het geval wanneer lidstaten handelsarbitrage faciliteren in hun nationale wetgeving.

Uiteraard is een wezenlijk kenmerk van investeringsarbitrages dat zij het handelen van de lidstaat zélf betreffen. Dit betekent ook dat een lidstaat voor een scheidsgericht gedaagd kan worden vanwege maatregelen die genomen zijn ter naleving van het Unierecht.⁷⁵ Wellicht is dit de reden waarom het Hof van Justitie de uitleg en toepassing van het Unierecht door een scheidsgericht in handelsarbitrage wél toelaatbaar acht maar in investeringsarbitrage niet. De strijd van de Europese Commissie tegen intra-EU-investeringsarbitrage is immers

ook begonnen in verband met investeringsarbitrages waar lidstaten werden aangeklaagd vanwege hun implementatie van het Unierecht.⁷⁶

Conclusies

In een reeks arresten heeft het Hof van Justitie een einde gemaakt aan de co-existentie van Unierecht en intra-EU-arbitrage. Waar *Achmea* nog een conditioneel verbod verwoordde, lijkt inmiddels duidelijk dat elke vorm van intra-EU-investeringsarbitrage onverenigbaar is met het Unierecht, onafhankelijk van de vraag of de arbitrage plaatsvond op basis van een intra-EU-BIT, het Energiehandvest of een ad-hocarbitrageovereenkomst. Ook de vraag of de arbitrage gezeteld was in de Unie of gevoerd werd op basis van het ICSID-Verdrag maakt voor het verbod geen verschil. Volgens het Hof van Justitie mag een geschil tussen een EU-investeerder en een lidstaat enkel beslecht worden door een instantie die onder voldoende toezicht staat van de overheidsrechter en daarmee van het Hof van Justitie zelf.

Ondanks de steeds categorischere taal van het Hof van Justitie is het lot van intra-EU-arbitrage hiermee niet definitief bezegeld. Wanneer dergelijke arbitrages buiten de Unie gezeteld zijn, is de vernietigingsrechter niet noodzakelijkerwijs gebonden aan het Unierecht en daarnaast is tenuitvoerlegging van intra-EU-arbitragevonnissen buiten de EU mogelijk. Rechters binnen de Unie zullen dergelijke procedures niet per se onrechtmatig achten, zo blijkt onder meer uit een recent vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam.

De in *Achmea* gevolgde redenering geldt in ieder geval niet voor investeringsarbitrages tussen niet-EU-investeerders en lidstaten, hoewel scheidsgerichten ook in dergelijke procedures het Unierecht kunnen uitleggen en toepassen zonder toezicht door het Hof van Justitie. Het wezenlijke verschil met intra-EU-arbitrages is dat het beginsel van wederzijds vertrouwen enkel geldt tussen lidstaten onderling en niet tussen lidstaten en derde staten. In tegenstelling tot het principe van de autonomie van het Unierecht verklaart het beginsel van wederzijds vertrouwen waarom het Unierecht zich wél verzet tegen een investeringsarbitrage tussen een EU-investeerder en een EU-lidstaat maar niet tegen een soortgelijke procedure aangespannen door een investeerder uit een derde land.

72 *Achmea*, punt 54.

73 *Achmea*, punt 55.

74 U. Kriebbaum, C. Schreuer & R. Dolzer, *Principles of Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 366.

75 Zie C. Contartese & M. Andenas, ‘EU autonomy and investor-state dispute settlement under *inter se* agreements between EU Member States: *Achmea*’, *Common Market Law Review* 2019, nr. 1, p. 157-192, op p. 168, waar zij betogen dat het op zich niet problematisch is als een internationaal scheidsgericht het Unierecht uitlegt en toepast en dat een van de cruciale kwesties om te bepalen of de autonomie van het Unierecht risico loopt, is of de interpretatie en toepassing van het Unierecht plaatsvindt in het kader van een procedure waarbij de aansprakelijkheid van een lidstaat wordt vastgesteld.

76 Zie ook J.H. Fahner, ‘From State Aid to Autonomy and Back: The Commission’s Continuing Campaign Against Intra-EU ISDS’, *Legal Issues of Economic Integration* 2021, nr. 4, p. 339-346.