Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. WATHELET
van 19 september 2017 [1]

Zaak C-284/16

Slowakische Republik
tegen
Achmea BV

[verzoek van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Beginselen van het Unierecht – In 1991 gesloten bilaterale investeringsovereenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Tsjechische en Slowaakse Federale Republiek die nog altijd van toepassing is tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Slowaakse Republiek – Verenigbaarheid met artikel 18, lid 1, VWEU, en de artikelen 267 en 344 VWEU van het bij een bilaterale investeringsovereenkomst binnen de Europese Unie ingestelde mechanisme voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten”

Inhoud

I. Inleiding 3

II. Toepasselijke bepalingen 4

A. VWEU 4

B. BIT Nederland/Tsjechoslowakije 5

C. Duits recht 8

III. Hoofdgeding en prejudiciële vragen 8

IV. Procedure bij het Hof 11

V. Analyse 11

A. Opmerkingen vooraf 11

B. Derde prejudiciële vraag 15

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

1. Ontvankelijkheid 15

2. Ten gronde 15

C. Tweede prejudiciële vraag 20

1. Wettelijke grondslag van overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengestelde scheidsgerechten 21

2. Permanent karakter van overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengestelde scheidsgerechten 23

3. Verplichte rechtsmacht van overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengestelde scheidsgerechten 24

4. Contradictoire aard van de procedure bij overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengestelde scheidsgerechten, toepassing door deze scheidsgerechten van de regelen van het recht bij de beslechting van de hun voorgelegde geschillen, en onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters 25

D. Eerste prejudiciële vraag 27

1. Ziet artikel 344 VWEU op een geschil tussen een investeerder en een lidstaat als bedoeld in artikel 8 van genoemde BIT? 28

2. Is het aan de orde zijnde geschil een „geschil betreffende de uitlegging of de toepassing van de Verdragen”? 32

a) De bevoegdheid van het scheidsgerecht beperkt zich tot het doen van uitspraken over schendingen van de BIT 34

b) De werkingssfeer van genoemde BIT en de erin opgenomen rechtsnormen zijn niet gelijk aan die van het VEU en het VWEU 35

1) De werkingssfeer van genoemde BIT is ruimer dan die van het VEU en het VWEU . 36

2) De rechtsnormen van genoemde BIT die geen equivalent in het Unierecht hebben en die daarmee niet onverenigbaar zijn 39

i) Meestbegunstigingsclausule 39

ii) De zogeheten umbrella-clausule betreffende de nakoming van contractuele verplichtingen 40

iii) Sunset-clausule 40

iv) Gebruik van internationale arbitrage als ISDS-mechanisme 40

3) Andere bepalingen van genoemde BIT en enkele bepalingen van het VEU en het VWEU overlappen elkaar slechts gedeeltelijk 42

i) Volledige zekerheid en bescherming van investeringen 42

ii) Eerlijke en rechtvaardige behandeling van investeringen 43

iii) Verbod op onrechtmatige onteigening 44

3. Doet de BIT Nederland/Tsjechoslowakije, gelet op de doelstelling ervan, afbreuk aan de bij het VEU en het VWEU vastgestelde bevoegdheidsverdeling en bijgevolg aan de autonomie van het rechtsstelsel van de Unie? 45

VI. Conclusie 52

I. Inleiding

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend in het kader van een voor de Duitse rechter dienend beroep tot vernietiging van het eindvonnis van 7 december 2012 van het scheidsgerecht bestaande uit Vaughan Lowe QC (voorzitter), Albert Jan van den Berg en V.V. Veeder QC (arbiters) en samengesteld overeenkomstig de Overeenkomst inzake de bevordering en wederzijdse bescherming van investeringen tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Tsjechische en Slowaakse Federatieve Republiek (hierna: „BIT Nederland/Tsjechoslowakije”)[2] en de arbitragevoorschriften van de VN-Commissie voor internationaal handelsrecht (UNCITRAL). Het Permanent Hof van Arbitrage (PHA) vervult daarbij de rol van griffie.[3]

2. Dit verzoek biedt het Hof de eerste gelegenheid om zich uit te spreken over de lastige vraag van de verenigbaarheid met de artikelen 18, 267 en 344 VWEU van BITs[4] tussen lidstaten[5], en met name van de erbij ingestelde mechanismes voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten („investor-state dispute settlement”; hierna: „ISDS”).

2 Het acroniem BIT staat voor „bilateral investment treaty”.

3 Zie Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), eindvonnis van 7 december 2012, te raadplegen op de website van de Investment Policy Hub van de Conferentie van de Verenigde Naties voor handel en ontwikkeling (UNCTAD) http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/323

4 Dit type BIT staat bekend als „BIT binnen de Europese Unie” (intra-EU BIT).

5 De zaken die hebben geleid tot de arresten van 3 maart 2009, Commissie/Oostenrijk (C-205/06, EU:C:2009:118); 3 maart 2009, Commissie/Zweden (C-249/06, EU:C:2009:119), en 19 november 2009, Commissie/Finland (C-118/07, EU:C:2009:715) hadden betrekking op BITs tussen lidstaten en derde landen. Het arrest van 15 september 2011, Commissie/Slowakije (C-264/09, EU:C:2011:580), betrof een geschil tussen een uit een derde land, te weten de Zwitserse Bondsstaat, afkomstige investeerder en de Slowaakse Republiek op basis van het op 17 december 1994 te Lissabon ondertekende Verdrag inzake het Energiehandvest. Terwijl het Hof in de eerste drie beroepen een niet-nakoming heeft vastgesteld, heeft het dit laatste beroep ten gronde verworpen.

3. Dit is een uiterst belangrijke vraag gezien de 196 BITs binnen de Unie [6] die momenteel van kracht zijn en de talrijke arbitrageprocedures tussen investeerders en lidstaten waarin de Europese Commissie als amicus curiae is geïntervenieerd om haar standpunt te verdedigen dat BITs binnen de Unie onverenigbaar zijn met het VWEU, een standpunt dat de scheidsgerechten stelselmatig als ongegrond hebben afgewezen. [7]

II. Toepasselijke bepalingen

A. VWEU

4. Artikel 18, eerste alinea, VWEU bepaalt dat „[b]innen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen daarin gesteld, [...] elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden [is]".

5. Artikel 267, eerste tot en met derde alinea, VWEU luidt als volgt:

„Het Hof van Justitie van de Europese Unie is bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen:

a) over de uitlegging van de Verdragen,

b) over de geldigheid en de uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie.

Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen voor een rechterlijke instantie van een der lidstaten, kan deze instantie, indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis, het Hof verzoeken over deze vraag een uitspraak te doen.

Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, is deze instantie gehouden zich tot het Hof te wenden."

6. Artikel 344 VWEU bepaalt dat „[d]e lidstaten [...] zich [verbinden] een geschil betreffende de uitlegging of de toepassing van de Verdragen niet op andere wijze te doen beslechten dan in de Verdragen is voorgeschreven."

6 De oudste is de BIT Duitsland/Griekenland (1961) en de meest recente is de BIT Litouwen/Kroatië (2008).

7 Ik noem hier de belangrijkste arbitrageprocedures tussen investeerders en lidstaten waarin scheidsgerechten zich hebben moeten uitspreken over de verenigbaarheid met het VWEU van een BIT binnen de Unie of een multilateraal investeringsverdrag (zoals het Verdrag inzake het Energiehandvest) waarbij de Unie en haar lidstaten partij zijn: Eastern Sugar BV/Tsjechische Republiek (UNCITRAL) [zaak van de Kamer van Koophandel van Stockholm (SCC) nr. 088/2004], deelvonnis van 27 maart 2007; Rupert Joseph Binder/Tsjechische Republiek (UNCITRAL), vonnis van 6 juni 2007 inzake bevoegdheid; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius/Slowaakse Republiek (UNCITRAL), beslissing van 30 april 2010 inzake bevoegdheid; AES Summit Generation Limited & AES-Tisza Erömü Kft/Hongarije [zaak van het Internationaal Centrum voor beslechting van investeringsgeschillen (ICSID) nr. ARB/07/22], vonnis van 23 september 2010; Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis van 26 oktober 2010 inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing, en eindvonnis van 7 december 2012; European American Investment Bank AG/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2010-17), vonnis van 22 oktober 2012 inzake bevoegdheid; Electrabel SA/Hongarije (zaak ICSID nr. ARB/07/19), beslissing van 30 november 2012 inzake bevoegdheid, toepasselijk recht en aansprakelijkheid en vonnis van 25 november 2015; Charanne BV en Construction Investments Sàrl/Koninkrijk Spanje (zaak SCC nr. 062/2012), eindvonnis van 21 januari 2016; RREEF Infrastructure (G.P.) Limited en RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl/Koninkrijk Spanje (zaak ICSID nr. ARB/13/30), beslissing van 6 juni 2016 inzake bevoegdheid; Isolux Infrastructure Netherlands BV/ Koninkrijk Spanje (zaak SCC V 2013/153), vonnis van 12 juli 2016; WNC Factoring Ltd/Tsjechische Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2014-34), vonnis van 22 februari 2017; Anglia Auto Accessories Limited/Tsjechische Republiek (zaak SCC V 2014/181), eindvonnis van 10 maart 2017; I.P. Busta en J.P. Busta/Tsjechische Republiek (zaak SCC V 2015/014), eindvonnis van 10 maart 2017, en Eiser Infrastructure Limited en Energía Solar Luxembourg Sàrl/Koninkrijk Spanje (zaak ICSID nr. ARB/13/36), vonnis van 4 mei 2017. Alle arbitrale vonnissen waarnaar ik in deze conclusie verwijs zijn te raadplegen op de website van de UNCTAD http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS. Ik verwijs tevens naar arbitrale vonnissen over BITs tussen lidstaten en derde landen en zelfs tussen derde landen omdat de beginselen van het internationale recht zonder onderscheid op al deze gevallen van toepassing zijn.

B. BIT Nederland/Tsjechoslowakije

7. De BIT Nederland/Tsjechoslowakije is op 29 april 1991 gesloten en op 1 oktober 1992 in werking getreden.[8] De Slowaakse Republiek is als rechtsopvolgster van Tsjechische en Slowaakse Federale Republiek op 1 januari 1993 in de rechten en plichten van laatstgenoemde getreden en is op 1 mei 2004 lid van de Europese Unie geworden.

8. Deze BIT is gesloten in, het Tsjechisch, het Engels en het Nederlands waarbij de Engelse taalversie bindend is in geval van uitleggingsverschillen.

9. Artikel 2 van genoemde BIT bepaalt dat „[e]lke overeenkomstsluitende partij [...] investeringen van investeerders van de andere overeenkomstsluitende partij op haar grondgebied [bevordert] en [...] dergelijke investeringen [toelaat] in overeenstemming met haar wettelijke bepalingen”.[9]

10. Artikel 3 van genoemde BIT luidt als volgt:

„1) Elke overeenkomstsluitende partij waarborgt een eerlijke en rechtvaardige behandeling van de investeringen van investeerders van de andere overeenkomstsluitende partij en belemmert niet, door onredelijke of discriminatoire maatregelen, de werking, het beheer, de instandhouding, het gebruik en het genot daarvan of de beschikking daarover door deze investeerders.[10]

2) In het bijzonder kent elke overeenkomstsluitende partij dergelijke investeringen een volledige zekerheid en bescherming toe, die in elk geval niet minder is dan die welke wordt toegekend aan investeringen van haar eigen investeerders of aan investeringen van investeerders van een derde staat, naargelang van wat het gunstigst is voor de betrokken investeerder.[11]

3) De bepalingen van dit artikel mogen niet zo worden uitgelegd dat daardoor een overeenkomstsluitende partij wordt verplicht voorrechten en voordelen toe te staan aan investeerders van de andere overeenkomstsluitende partij die vergelijkbaar zijn met die welke zijn toegestaan aan investeerders van een derde staat

(a) uit hoofde van het lidmaatschap van eerstbedoelde partij van een bestaande of toekomstige douane-unie of economische unie of soortgelijke instellingen; [...] [12].

4) Elke overeenkomstsluitende partij komt alle verplichtingen na die zij is aangegaan met betrekking tot investeringen van investeerders van de andere overeenkomstsluitende partij.[13]

8 De tekst kan in het Engels worden geraadpleegd op de website van de UNCTAD http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/2650

9 „Each contracting party shall in its territory promote investments by investors of the other contracting party and shall admit such investments in accordance with its provisions of law”.

10 „Each contracting party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other contracting party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors.”

11 „More particularly, each contracting party shall accord to such investments full security and protection which in any case shall not be less than that accorded either to investments of its own investors or to investments of investors of any third state, whichever is more favourable to the investor concerned”.

12 „The provisions of this Article shall not be construed so as to oblige either Contracting Party to accord preferences and advantages to investors of the other Contracting Party similar to those accorded to investors of a third State (a) by virtue of membership of the former of any existing or future customs union or economic union, or similar institutions; [...]”

13 „Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment of investors of the other Contracting Party.”

5) Indien naast deze Overeenkomst de wettelijke bepalingen van één van beide overeenkomstsluitende partijen of verplichtingen krachtens internationaal recht, die thans bestaan of op een later tijdstip door de overeenkomstsluitende partijen worden aangegaan, algemene of bijzondere regelingen bevatten op grond waarvan investeringen door investeerders van de andere overeenkomstsluitende partij aanspraak kunnen maken op een behandeling die gunstiger is dan in deze overeenkomst is voorzien, hebben dergelijke regelingen, in zoverre zij gunstiger zijn, voorrang boven deze overeenkomst.[14]"

11. Volgens artikel 4 „[waarborgt] elke overeenkomstsluitende partij [...] dat betalingen die verband houden met een investering kunnen worden overgemaakt. De overmakingen geschieden in vrij inwisselbare valuta, zonder onredelijke beperking of vertraging [...]".[15] Deze overmakingen omvatten onder andere winsten, interesten en dividenden.

12. Artikel 5 bepaalt dat „[g]een der overeenkomstsluitende partijen [...] maatregelen [neemt] waardoor aan investeerders van de andere overeenkomstsluitende partij direct of indirect hun investeringen worden ontnomen"[16], tenzij aan drie voorwaarden is voldaan, te weten dat de maatregelen worden genomen in het algemeen belang en met inachtneming van een behoorlijke rechtsgang, niet discriminatoir zijn, en vergezeld gaan van een regeling voor de betaling van een billijke schadeloosstelling. Volgens deze bepaling dient deze schadeloosstelling de werkelijke waarde (genuine value) van de getroffen investeringen te zijn.

13. Artikel 8 luidt als volgt:

„1) Geschillen tussen de ene overeenkomstsluitende partij en een investeerder van de andere overeenkomstsluitende partij betreffende een investering van laatstgenoemde worden zo mogelijk in der minne geschikt.[17].

2) Elke overeenkomstsluitende partij stemt er hierbij mee in een geschil bedoeld in het eerste lid van dit artikel voor te leggen aan een scheidsgerecht, als het geschil niet in der minne is geschikt binnen een termijn van zes maanden na de datum waarop één van de partijen bij het geschil om een minnelijke schikking heeft verzocht.[18]

3) Het in het tweede lid van dit artikel bedoelde scheidsgerecht zal in elk afzonderlijk geval als volgt worden samengesteld: elke partij bij het geschil benoemt één lid van het scheidsgerecht en de twee aldus benoemde leden kiezen een onderdaan van een derde staat als voorzitter van het scheidsgerecht. Elke partij bij het geschil benoemt haar lid van het scheidsgerecht binnen twee maanden en de voorzitter wordt benoemd binnen drie maanden na de datum waarop de investeerder de andere overeenkomstsluitende partij in kennis heeft gesteld van zijn beslissing het geschil voor te leggen aan het scheidsgerecht.[19]

14 „If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement."

15 „Each Contracting Party shall guarantee that payments related to an investment may be transferred. The transfers shall be made in a freely convertible currency, without undue restriction or delay."

16 „Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments [...]."

17 „All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably."

18 „Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement."

19 „The arbitral tribunal referred to in paragraph (2) of this Article will be constituted for each individual case in the following way: each party to the dispute appoints one member of the tribunal and the two members thus appointed shall select a national of a third State as Chairman of the tribunal. Each party to the dispute shall appoint its member of the tribunal within two months, and the Chairman shall be appointed within three months from the date on which the investor has notified the other Contracting Party of his decision to submit the dispute to the arbitral tribunal."

4) Indien de benoemingen niet zijn verricht binnen de bovengenoemde termijnen, kan elk der partijen bij het geschil de president van het Instituut voor Arbitrage van de Kamer van Koophandel te Stockholm verzoeken de noodzakelijke benoemingen te verrichten. Indien de President onderdaan van een der overeenkomstsluitende partijen is of indien hij anderszins verhinderd is deze functie uit te oefenen, wordt de vicepresident verzocht de noodzakelijke benoemingen te verrichten. Indien de vicepresident onderdaan is van een der overeenkomstsluitende partijen of indien ook hij verhinderd is deze functie uit te oefenen, wordt het lid van het Instituut voor Arbitrage dat het hoogst in anciënniteit is en geen onderdaan is van een der overeenkomstsluitende partijen, verzocht de noodzakelijke benoemingen te verrichten.[20]

5) Het scheidsgerecht stelt zijn eigen procedure vast, waarbij het de arbitragevoorschriften van de [UNCITRAL] toepast.[21]

6) Het scheidsgerecht beslist op basis van het recht, waarbij het met name doch niet uitsluitend rekening houdt met:

– de vigerende wetgeving van de betrokken overeenkomstsluitende partij;

– de bepalingen van deze Overeenkomst en andere van belang zijnde overeenkomsten tussen de overeenkomstsluitende partijen;

– de bepalingen van bijzondere overeenkomsten betreffende de investering;

– de algemene beginselen van het internationale recht.[22]

7) Het scheidsgerecht neemt zijn beslissing met een meerderheid van stemmen; deze beslissing is onherroepelijk en bindend voor de partijen bij het geschil.[23]”

14. Artikel 13 bepaalt het volgende:

„1) Deze Overeenkomst [...] blijft van kracht gedurende een tijdvak van tien jaar.[24]

2) Tenzij door één van beide overeenkomstsluitende partijen tenminste zes maanden voor de datum van het verstrijken van de geldigheidsduur mededeling van beëindiging is gedaan, wordt deze Overeenkomst telkens stilzwijgend verlengd voor een tijdvak van tien jaar, waarbij elke overeenkomstsluitende partij zich het recht voorbehoudt de Overeenkomst te beëindigen met inachtneming van een opzegtermijn van ten minste zes maanden voor de datum van het verstrijken van de lopende termijn van geldigheid.[25]

20 „If the appointments have not been made in the above mentioned periods, either party to the dispute may invite the President of the Arbitration Institute of the Chamber of Commerce of Stockholm to make the necessary appointments. If the President is a nation al of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President shall be invited to make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting Party or if he too is prevented from discharging the said function, the most senior member of the Arbitration Institute who is not a national of either Contracting Party shall be invited to make the necessary appointments.”

21 „The arbitration tribunal shall determine its own procedure applying the arbitration rules of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL).”

22 „The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively: the law in force of the Contracting Party concerned; the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties; the provisions of special agreements relating to the investment; the general principles of international law.”

23 „The tribunal takes its decision by majority of votes; such decision shall be final and binding upon the parties to the dispute.”

24 „The present Agreement [...] shall remain in force for a period of ten years.”

25 „Unless notice of termination has been given by either Contracting Party at least six months before the date of the expiry of its validity, the present Agreement shall be extended tacitly for periods of ten years, each Contracting Party reserving the right to terminate the Agreement upon notice of at least six months before the date of expiry of the current period of validity.”

3) Ten aanzien van investeringen die zijn gedaan voor de datum van beëindiging van deze Overeenkomst, blijven de voorgaande artikelen van kracht gedurende een tijdvak van vijftien jaar vanaf die datum.[26]

[...]”

C. Duits recht

15. § 1040 van de Zivilprozessordnung (wetboek van burgerlijke rechtsvordering), „Bevoegdheid van het scheidsgerecht om uitspraak te doen over zijn eigen bevoegdheid”, luidt als volgt:

„(1) Het gerecht kan uitspraak doen over zijn eigen bevoegdheid, alsmede over elke exceptie betreffende het bestaan of de geldigheid van het arbitragebeding. [...]

(2) De exceptie van onbevoegdheid van het scheidsgerecht kan uiterlijk bij de indiening van het verweerschrift worden opgeworpen. [...]

(3) Indien het scheidsgerecht zich bevoegd acht, doet het in de regel bij tussenvonnis uitspraak over de in § 2 bedoelde exceptie. [...]”

16. § 1059 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, „Vordering tot vernietiging”, bepaalt het volgende:

„(1) Beroep voor een nationaal gerecht tegen een arbitraal vonnis is alleen mogelijk in de vorm van een vordering tot vernietiging overeenkomstig de leden 2 en 3.

(2) Het arbitrale vonnis kan alleen worden vernietigd indien

1. de partij die de vernietiging vordert een gegronde reden heeft om aan te voeren

   a) [...] dat [het arbitragebeding] niet geldig is krachtens het recht waaraan de partijen het hebben onderworpen of, bij gebreke van een aanduiding in dit verband, krachtens het Duitse recht of

   [...]

2. de bevoegde nationale rechter vaststelt

   [...]

   b) dat de erkenning of de tenuitvoerlegging van het vonnis tot strijd met de openbare orde leidt. [...]”

III. Hoofdgeding en prejudiciële vragen

17. Achmea BV (voorheen Eureko BV) is een onderneming die deel uitmaakt van een Nederlandse verzekeringsgroep.

26 „In respect of investments made before the date of the termination of the present Agreement the foregoing Articles thereof shall continue to be effective for a further period of fifteen years from that date.”

18. In het kader van een hervorming van haar zorgstelsel heeft de Slowaakse Republiek in 2004 de Slowaakse markt opengesteld voor binnenlandse en buitenlandse aanbieders van particuliere zorgverzekeringen. Na als zorgverzekeringsorgaan te zijn goedgekeurd, heeft Achmea in Slowakije een dochteronderneming (Union Healthcare) opgericht, waaraan zij kapitaal heeft verschaft (ongeveer 72 miljoen EUR) en via welke onderneming zij particuliere zorgverzekeringen aanbood.

19. Na een regeringswisseling in 2006 heeft de Slowaakse Republiek de liberalisering van de zorgverzekeringsmarkt gedeeltelijk ongedaan gemaakt. Zij heeft eerst de tussenkomst van verzekeringsagenten verboden, vervolgens de uitkering van winsten uit het zorgverzekeringsbedrijf, en tot slot de verkoop van verzekeringsportefeuilles. Bij arrest van 26 januari 2011 heeft de Ústavný súd Slovenskej republiky (grondwettelijk hof van de Slowaakse Republiek) geoordeeld dat het wettelijk verbod op het uitkeren van winsten in strijd met de grondwet was. Bij een op 1 augustus 2011 in werking getreden wet tot hervorming van de zorgverzekering heeft de Slowaakse Republiek de uitkering van winsten weer toegestaan.

20. Omdat zij van mening was dat de wettelijke maatregelen van de Slowaakse Republiek in strijd waren met artikel 3, leden 1 en 2, en de artikelen 4 en 5 van de BIT Nederland/Tsjechoslowakije, heeft Achmea in oktober 2008 een arbitrageprocedure tegen deze staat ingeleid op grond van artikel 8 van de BIT Nederland/Tsjechoslowakije en een schadevergoeding van 65 miljoen EUR gevorderd.

21. Het scheidsgerecht en partijen zijn overeengekomen dat het PHA de rol van griffie vervult en dat de procestaal Engels is. Bij beschikking nr. 1 heeft het scheidsgerecht Frankfurt am Main (Duitsland) als plaats van arbitrage aangewezen.

22. In het kader van de arbitrageprocedure heeft de Slowaakse Republiek een exceptie van onbevoegdheid van het scheidsgerecht opgeworpen. Zij stelde dat het VWEU dezelfde materie regelde als de BIT Nederland/Tsjechoslowakije en dat dit verdrag bijgevolg moest worden geacht niet van toepassing te zijn of te zijn beëindigd overeenkomstig de artikelen 30 en 59 van het op 23 mei 1969 gesloten Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (hierna: „Verdrag van Wenen”). [27] De Slowaakse Republiek voerde tevens aan dat het arbitragebeding van artikel 8, lid 2, van deze BIT dus geen toepassing kon vinden wegens onverenigbaarheid met het VWEU. Zij voegt daar in dit verband aan toe dat het Hof exclusief bevoegd is inzake de vorderingen van Achmea en dat verschillende bepalingen van genoemde BIT, zoals artikel 4 betreffende het vrij overmaken van betalingen, door het Hof onverenigbaar met het VWEU zijn verklaard. [28]

23. Met zijn vonnis van 26 oktober 2010 inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit, en schorsing heeft het scheidsgerecht die exceptie van onbevoegdheid verworpen en zich bevoegd verklaard. [29] Het door de Slowaakse Republiek bij de Duitse rechter ingestelde beroep tot vernietiging van dit vonnis is verworpen.

27 *Recueil des traités des Nations unies*, deel 1155, blz. 331.

28 Zie de in voetnoot 5 aangehaalde rechtspraak.

29 Zie Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis van 26 oktober 2010 inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing.

24. Bij eindvonnis van 7 december 2012 heeft het scheidsgerecht geoordeeld dat een deel van de door de Slowaakse Republiek genomen maatregelen, te weten het verbod op het uitkeren van winsten [30] en het verbod op overdracht [31], in strijd was met artikel 3 (eerlijke en rechtvaardige behandeling) en artikel 4 (vrij overmaken van betalingen) van genoemde BIT en de Slowaakse Republiek veroordeeld Achmea een schadevergoeding van 22,1 miljoen EUR vermeerderd met rente te betalen, alsmede de arbitragekosten en de advocaatkosten van Achmea. [32]

25. Omdat de plaats van arbitrage Frankfurt am Main (Duitsland) was, heeft de Slowaakse Republiek beroep tot vernietiging van het eindvonnis ingesteld bij het Oberlandesgericht Frankfurt am Main (hoogste deelstaatrechter Frankfurt am Main, Duitsland). Nadat deze rechter dit beroep had verworpen heeft de Slowaakse Republiek beroep in cassatie tegen die beslissing ingesteld bij het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland).

26. In deze context voert de Slowaakse Republiek aan dat het eindvonnis moet worden vernietigd wegens strijd met de openbare orde en dat het arbitragebeding dat tot dit vonnis heeft geleid, eveneens nietig en in strijd met de openbare orde is. [33]

27. Wat de strijd van het eindvonnis met de openbare orde betreft, stelt de Slowaakse Republiek dat het scheidsgerecht, doordat het niet de mogelijkheid heeft om een verzoek om een prejudiciële beslissing bij het Hof in te dienen op grond van artikel 267 VWEU, geen rekening heeft gehouden met de bepalingen van hogere rang van het Unierecht inzake het vrije verkeer van kapitaal, en haar recht van verdediging heeft geschonden bij de vaststelling van het schadebedrag.

28. Met betrekking tot de nietigheid van het arbitragebeding van artikel 8 van de BIT Nederland/Tsjechoslowakije stelt de Slowaakse Republiek dat dit beding in strijd is met de artikelen 267 en 344 VWEU en met het in artikel 18 VWEU vervatte non-discriminatiebeginsel.

29. Ook al deelt het Bundesgerichtshof de door de Slowaakse Republiek geuite twijfel over de verenigbaarheid van artikel 8 van de BIT Nederland/Tsjechoslowakije met de artikelen 18, 267 en 344 VWEU niet, heeft het vastgesteld dat het Hof zich nog niet over deze vragen heeft uitgesproken en dat het onmogelijk is het antwoord met voldoende zekerheid uit de bestaande rechtspraak af te leiden, vooral gelet op het standpunt van de Commissie die aan de zijde van de Slowaakse Republiek heeft geïntervenieerd in zowel de aan de orde zijnde arbitrage als de procedure tot vernietiging bij de Duitse rechterlijke instanties.

30. Daarop heeft het Bundesgerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Staat artikel 344 VWEU in de weg aan de toepassing van een beding in een bilaterale investeringsovereenkomst tussen lidstaten van de Unie (een zogeheten ‚BIT binnen de Unie') dat bepaalt dat een investeerder van een overeenkomstsluitende staat in het geval van een geschil betreffende investeringen in de andere overeenkomstsluitende staat tegen laatstgenoemde staat een

30 Volgens wet nr. 530/2007 van 25 oktober 2007 moesten de winsten uit zorgverzekeringen worden gebruikt voor het zorgstelsel van het land. Deze wet is door de Ústavný súd Slovenskej republkiky in strijd met de grondwet geoordeeld en om die reden heeft het scheidsgerecht, anders dan Achmea heeft aangevoerd, geoordeeld dat het verbod op de uitkering van winsten geen onteigening van haar investering vormde. Zie Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), eindvonnis van 7 december 2012, punt 288.

31 Wet nr. 192/2009 van 30 april 2009 had een eind gemaakt aan de mogelijkheid voor zorgverzekeringsmaatschappijen om hun verzekeringsportefeuille aan andere verzekeringsmaatschappijen te verkopen. Bovendien moesten volgens deze wet insolvente zorgverzekeringsmaatschappijen hun verzekeringsportefeuille zonder enige vergoeding overdragen aan een van de twee verzekeringsmaatschappijen van de staat.

32 Het scheidsgerecht heeft het argument van Achmea dat de door de Slowaakse Republiek genomen maatregelen een met artikel 5 van genoemde BIT strijdige onteigening vormden afgewezen.

33 Zie § 1059, lid 2, punt 1, onder a), en § 1059, lid 2, punt 2, onder b), van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

procedure voor een scheidsgerecht kan inleiden, wanneer die overeenkomst vóór de toetreding van een van de overeenkomstsluitende staten tot de Unie is gesloten maar de arbitrageprocedure pas daarna wordt ingeleid?

Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

2) Staat artikel 267 VWEU in de weg aan de toepassing van een dergelijke bepaling?

Indien de eerste en de tweede vraag ontkennend worden beantwoord:

3) Staat artikel 18, eerste alinea, VWEU, in omstandigheden als beschreven in de eerste prejudiciële vraag, in de weg aan de toepassing van een dergelijke bepaling?"

IV. Procedure bij het Hof

31. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing is ingekomen bij de griffie van het Hof op 23 mei 2016. De Slowaakse Republiek, Achmea, de Tsjechische, de Estse, de Griekse, de Spaanse, de Cypriotische, de Hongaarse, de Nederlandse, de Oostenrijkse, de Poolse, de Roemeense en de Finse regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

32. Ter terechtzitting van 19 juni 2016 hebben de Slowaakse Republiek, Achmea, de Tsjechische, de Duitse, de Estse, de Griekse, de Spaanse, de Franse, de Italiaanse, de Cypriotische, de Letse, de Hongaarse, de Nederlandse, de Oostenrijkse, de Poolse, de Roemeense en de Finse regering en de Commissie mondelinge opmerkingen gemaakt.

V. Analyse

A. Opmerkingen vooraf

33. Alvorens in te gaan op de drie prejudiciële vragen van verwijzende rechter wil ik enkele inleidende opmerkingen maken.

34. De lidstaten die in deze zaak hebben geïntervenieerd, vormen twee groepen. De eerste bestaat uit de Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Oostenrijk, en de Republiek Finland, die voornamelijk landen van herkomst van investeerders zijn en bijgevolg nooit of zelden als verweerder zijn gedagvaard in door investeerders ingeleide procedures, het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Finland nooit [34], de Bondsrepubliek Duitsland 3 keer [35], en de Franse Republiek [36] en de Republiek Oostenrijk slechts 1 keer [37].

34 Zie statistieken op de website van de Investment Policy Hub van de UNCTAD http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS

35 Het betreft de aanhangige arbitrageprocedure Vattenfall AB e.a./Bondsrepubliek Duitsland (II) (zaak ICSID nr. ARB/12/12), ingeleid door een Zweedse investeerder op basis van het Verdrag inzake het Energiehandvest, en arbitrageprocedures waarin een schikking is getroffen, te weten Ashok Sancheti/Bondsrepubliek Duitsland, ingeleid door een Indiase investeerder op basis van de BIT Duitsland/India en Vattenfall AB e.a./Bondsrepubliek Duitsland (I) (zaak ICSID nr. ARB/09/6), ingeleid door een Zweedse investeerder op basis van het Verdrag inzake het Energiehandvest.

36 Het betreft de aanhangige arbitrageprocedure Erbil Serter/Franse Republiek (zaak ICSID nr. ARB/13/22), ingeleid door een Turkse investeerder op basis van de BIT Frankrijk/Turkije.

37 Wat de Republiek Oostenrijk betreft gaat het om de aanhangige arbitrageprocedure BV Belegging-Maatschappij Far East/Republiek Oostenrijk (zaak ICSID nr. ARB/15/32), ingeleid op basis van de BIT Oostenrijk/Malta.

35. De tweede groep wordt gevormd door de Tsjechische Republiek, de Republiek Estland, de Helleense Republiek, het Koninkrijk Spanje, de Italiaanse Republiek, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, Hongarije, de Republiek Polen, Roemenië en de Slowaakse Republiek. Deze staten zijn alle als verweerder gedagvaard in meer dan één arbitrageprocedure betreffende investeringen binnen de Unie, de Tsjechische Republiek 26 keer, de Republiek Estland 3 keer, de Helleense Republiek 3 keer, het Koninkrijk Spanje 33 keer, de Italiaanse Republiek 9 keer, de Republiek Cyprus 3 keer, de Republiek Letland 2 keer, Hongarije 11 keer, de Republiek Polen 11 keer, Roemenië 4 keer, en de Slowaakse Republiek 9 keer. [38]

36. Gelet op deze economische realiteit wekt het weinig verbazing dat de lidstaten van de tweede groep hebben geïntervenieerd aan de zijde van de Slowaakse Republiek, zelf verweerster in de in casu aan de orde zijnde investeringsarbitrage.

37. Het wekt daarentegen wel verbazing dat in deze tweede groep, die de onverenigbaarheid van BITs binnen de Unie met het VEU en het VWEU verdedigt, alleen de Italiaanse Republiek haar BITs binnen de Unie heeft beëindigd, met uitzondering van de BIT Italië/Malta, terwijl de andere lidstaten van deze groep al hun BITs, of de meeste ervan, handhaven zodat hun eigen investeerders er een beroep op kunnen doen. De door investeerders van die lidstaten gestarte investeringsarbitrages zijn immers talrijk en vaak gericht tegen een andere lidstaat van dezelfde groep. [39]

38. Naar aanleiding van de vraag ter terechtzitting waarom zij niet ten minste de BITs opzegde met lidstaten die in de onderhavige zaak net als zij pleidooi houden voor de onverenigbaarheid ervan met het Unierecht [40], heeft de Slowaakse Republiek zich beroepen op de doelstelling dat haar eigen investeerders geen slachtoffer worden van discriminatie ten opzichte van investeerders van andere lidstaten in de lidstaten waarmee zij geen BIT meer zou hebben. Dit streven heeft haar er echter niet van weerhouden om haar BIT met de Italiaanse Republiek te beëindigen. Tegelijkertijd kunnen haar eigen investeerders een beroep blijven doen op BITs met lidstaten van dezelfde groep, zoals bijvoorbeeld de arbitrageprocedure Poštová banka, a.s. en Istrokapital SE/Helleense Republiek (zaak ICSID nr. ARB/13/8) aantoont.

39. Het standpunt van de Commissie bevreemdt mij eveneens.

38 Zie statistieken op de website van de Investment Policy Hub van de UNCTAD http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS.

39 Zie met name Indrek Kuivallik/Republiek Letland (UNCITRAL) op basis van de BIT Estland/Letland; UAB E energija/Republiek Letland (zaak ICSID nr. ARB/12/33) op basis van de BIT Estland/Letland; Spółdzielnia Pracy Muszynianka/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) op basis van de BIT Polen/Slowakije; ČEZ a.s./Republiek Bulgarije (zaak ICSID nr. ARB/16/24) en ENERGO-PRO a.s./Republiek Bulgarije (zaak ICSID nr. ARB/15/19) op basis van de BIT Tsjechische Republiek/Bulgarije; Poštová banka, a.s. en Istrokapital SE/Helleense Republiek (zaak ICSID nr. ARB/13/8) op basis van de BITs Griekenland/Slowakije en Griekenland/Cyprus; MOL Hungarian Oil and Gas Company plc/Republiek Kroatië (zaak ICSID nr. ARB/13/32) op basis van de BIT Hongarije/Kroatië; Theodoros Adamakopoulos e.a./Republiek Cyprus (zaak ICSID nr. ARB/15/49); Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd./Helleense Republiek (zaak ICSID nr. ARB/14/16) en Marfin Investment Group Holdings SA e.a./Republiek Cyprus (zaak ICSID nr. ARB/13/27) op basis van de BIT Griekenland/Cyprus; WCV Capital Ventures Cyprus Limited en Channel Crossings Limited/Tsjechische Republiek (UNCITRAL); Forminster Enterprises Limited/Tsjechische Republiek (UNCITRAL) en WA Investments-Europa Nova Limited/Tsjechische Republiek (UNCITRAL) op basis van de BIT Tsjechische Republiek/Cyprus; Juvel Ltd and Bithell Holdings Ltd./Republiek Polen (ICC) en Seventhsun Holding Ltd e.a./Republiek Polen (SCC) op basis van de BIT Cyprus/Polen; Natland Investment Group NV e.a./Tsjechische Republiek (UNCITRAL) op basis van, onder andere, de BIT Cyprus/Tsjechische Republiek; Mercuria Energy Group/Republiek Polen (SCC) op basis van het Verdrag inzake het Energiehandvest dat de Republiek Cyprus en de Republiek Polen bindt; Vigotop Limited/Hongarije (zaak ICSID nr. ARB/11/22) op basis van de BIT Cyprus/Hongarije; Impresa Grassetto SpA, in liquidatie/ Republiek Slovenië (zaak ICSID nr. ARB/13/10) op basis van de BIT Italië/Slovenië; Marco Gavazzi en Stefano Gavazzi/Roemenië (zaak ICSID nr. ARB/12/25) op basis van de BIT Italië/Roemenië, en Luigiterzo Bosca/Republiek Litouwen (zaak PHA nr. 2011-05) op basis van de BIT Italië/Litouwen.

40 Het betreft de Helleense Republiek, het Koninkrijk Spanje, de Republiek Letland, Hongarije, de Republiek Polen en Roemenië.

40. Gedurende een zeer lange tijd was het standpunt van de instellingen van de Unie, met inbegrip van de Commissie, immers dat BITs, verre van onverenigbaar met het Unierecht te zijn, noodzakelijke instrumenten waren ter voorbereiding van de toetreding van Centraal- en Oost-Europese landen tot de Unie. In de associatieovereenkomsten tussen de Unie en kandidaat-lidstaten waren bovendien bepalingen opgenomen die voorzagen in de sluiting van BITs tussen lidstaten en kandidaat-lidstaten. [41]

41. Ter terechtzitting heeft de Commissie geprobeerd deze evolutie van haar standpunt over de onverenigbaarheid van BITs met het VEU en het VWEU uit te leggen door te stellen dat het overeenkomsten betrof die nodig waren voor het voorbereiden van de toetreding van kandidaat-lidstaten. Maar als deze BITs slechts gerechtvaardigd waren tijdens de toetredingsperiode en iedere partij wist dat zij onverenigbaar met het VEU en het VWEU zouden worden zodra het betrokken derde land lid van de Unie zou zijn, waarom hebben de toetredingsverdragen dan niet voorzien in de beëindiging van deze overeenkomsten en laten zij een rechtsonzekerheid bestaan die voor sommige lidstaten al meer dan 30 jaar en voor veel andere lidstaten al 13 jaar duurt?

42. In de Unie zijn er bovendien niet alleen investeringsovereenkomsten tussen landen met een markteconomie en landen die voorheen een geleide economie hadden [42] of tussen lidstaten en kandidaat-lidstaten voor toetreding [43], zoals de Commissie wil doen geloven.

43. Voorts hebben alle lidstaten en de Unie het op 19 december 1994 te Lissabon ondertekende Verdrag inzake het Energiehandvest geratificeerd. [44] Dit multilaterale verdrag inzake investeringen op het gebied van energie heeft zelfs werking tussen de lidstaten, aangezien het niet is gesloten als een overeenkomst tussen de Unie en haar lidstaten enerzijds [45] en derde landen anderzijds, maar als een gewone multilaterale overeenkomst waaraan alle overeenkomstsluitende partijen op gelijke voet deelnemen. In die zin hebben de materiële bepalingen van dit verdrag betreffende de bescherming van investeringen en het ISDS-mechanisme ook werking tussen de lidstaten. Ik merk op dat het gegeven dat geen enkele instelling van de Unie of lidstaat het Hof om een advies heeft gevraagd over de verenigbaarheid van dit verdrag met het VEU en het VWEU, zijn verklaring vindt in het feit dat er bij hen niet het minste vermoeden van een vermeende onverenigbaarheid bestond.

41 Zie met name artikel 72, lid 2, eerste streepje, van de Europa-overeenkomst waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Gemeenschappen en hun lidstaten, enerzijds, en de Republiek Hongarije, anderzijds, ondertekend te Brussel op 16 december 1991 (PB 1993, L 347, blz. 2); artikel 73, lid 2, eerste streepje, van de Europa-overeenkomst waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Gemeenschappen en hun lidstaten, enerzijds, en de Republiek Polen, anderzijds, ondertekend te Brussel op 16 december 1991 (PB 1993, L 348, blz. 2); artikel 74, lid 2, tweede streepje, van de Europa-overeenkomst waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Gemeenschappen en hun lidstaten, enerzijds, en Roemenië, anderzijds, ondertekend te Brussel op 1 februari 1993 (PB 1994, L 357, blz. 2); artikel 74, lid 2, tweede streepje, van de Europa-overeenkomst waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Gemeenschappen en hun lidstaten, enerzijds, en de Slowaakse Republiek, anderzijds, ondertekend te Luxemburg op 4 oktober 1993 (PB 1994, L 359, blz. 2), en artikel 85, lid 2, tweede streepje, van de stabilisatie- en associatieovereenkomst tussen de Europese Gemeenschappen en hun lidstaten, enerzijds, en de Republiek Kroatië, anderzijds, ondertekend te Luxemburg op 29 oktober 2001 (PB 2005, L 26, blz. 1).

42 Zie met name de BITs België en Luxemburg/Cyprus, België en Luxemburg/Malta, en Cyprus/Malta.

43 Zie met name de BITs Cyprus/Malta, Estland/Letland, Estland/Litouwen, Estland/Polen, Polen/Bulgarije, Polen/Slowakije, Hongarije/Slovenië, Hongarije/Slowakije, Hongarije/Polen, Tsjechië/Bulgarije en Tsjechië/Letland.

44 Zie besluit 98/181/EG, EGKS, Euratom van de Raad en de Commissie van 23 september 1997 betreffende sluiting door de Europese Gemeenschappen van het Verdrag inzake het Energiehandvest en het protocol bij het Energiehandvest betreffende energie-efficiëntie en daarmee samenhangende milieuaspecten (PB 1998, L 69, blz. 1).

45 De Italiaanse Republiek heeft dit verdrag onlangs opgezegd onder vermelding van een totaalonderzoek van de kosten van financiële bijdragen voor haar deelname aan verschillende internationale organisaties, waaronder het in Brussel gevestigde secretariaat van het Energiehandvest. Zie
https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/002/788/2015__06_03_-_audizione_risposte_senatori_-_VICARI.pdf, op bladzijde 7.

44. Ik voeg hieraan toe dat het stelselmatige risico dat de BITs binnen de Unie volgens de Commissie zouden vormen voor de uniformiteit en de doeltreffendheid van het Unierecht, sterk overdreven is. De statistieken van de UNCTAD [46] laten zien dat op 62 arbitrageprocedures binnen de Unie die in een periode van enkele decennia zijn beëindigd de investeerders in slechts 10 zaken in het gelijk zijn gesteld [47], hetgeen overeenkomt met 16,1 % van die 62 zaken, een percentage dat veel lager ligt dan de 26,9 % „overwinningen" voor investeerders wereldwijd. [48]

45. De scheidsgerechten hebben de Commissie ruimschoots de gelegenheid geboden om in arbitrages te interveniëren en, voor zover ik weet, hebben zij in geen van die tien zaken de geldigheid van Uniehandelingen of de verenigbaarheid van handelingen van lidstaten met het Unierecht hoeven te toetsen. In hun schriftelijke opmerkingen hebben verschillende lidstaten en de Commissie slechts één voorbeeld genoemd, te weten de arbitrage Ioan Micula e.a./Roemenië (zaak ICSID nr. ARB/05/20), dat tot een vermeend met het Unierecht onverenigbaar vonnis zou hebben geleid. Ook al is dit voorbeeld mijns inziens in casu niet relevant [49], bevestigt het feit dat er slechts één voorbeeld bestaat mijn idee dat de vrees van een aantal lidstaten en de Commissie dat BITs een stelselmatig risico creëren rijkelijk overdreven is.

46. Tot slot moet worden benadrukt dat de BIT Nederland/Tsjechoslowakije sinds de toetreding van de Slowaakse Republiek tot de Unie niet meer binnen de werkingssfeer van artikel 351 VWEU valt. [50]

47. Dit impliceert echter niet dat deze BIT automatisch ongeldig of onverenigbaar met het VEU en het VWEU is geworden. Zoals het Hof heeft geoordeeld „kunnen de bepalingen van een overeenkomst tussen twee lidstaten geen toepassing vinden in de verhoudingen tussen die staten indien die bepalingen strijdig blijken te zijn met de regels van het [VWEU]". [51] Anders gezegd, de bepalingen van een dergelijke overeenkomst zijn van toepassing tussen de lidstaten voor zover zij verenigbaar zijn met het VEU en het VWEU.

48. Derhalve moet worden onderzocht of artikel 8 van de BIT Nederland/Tsjechoslowakije onverenigbaar is met het VWEU en met name met de artikelen 18, 267 en 344 VWEU.

46 Zie http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS

47 Zie Eastern Sugar BV/Tsjechische Republiek (UNCITRAL) (zaak van de Kamer van Koophandel van Stockholm SCC nr. 088/2004) deelvonnis van 27 maart 2007; Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), eindvonnis van 7 december 2012; Les Laboratoires Servier, SAS e.a./Republiek Polen (PHA), vonnis van 14 februari 2012; EDF International S.A./Hongarije (zaak PHA), vonnis van 3 december 2014; EDF International SA/Hongarije (UNCITRAL), vonnis van 3 december 2014; Dan Cake (Portugal) SA/Hongarije (zaak ICSID nr. ARB/12/9), beslissing van 24 augustus 2015 inzake bevoegdheid en aansprakelijkheid; Edenred SA/Hongarije (zaak ICSID nr. ARB/13/21), vonnis van 13 december 2016; Eiser Infrastructure Limited en Energía Solar Luxembourg Sàrl/Koninkrijk Spanje (zaak ICSID nr. ARB/13/36) vonnis van 4 mei 2017; Horthel Systems BV e.a./Republiek Polen (zaak PHA nr. 2014-31), vonnis gewezen in 2017, en Marco Gavazzi & Stefano Gavazzi/Roemenië (zaak ICSID nr. ARB/12/25), vonnis van 13 juli 2017.

48 Zie statistieken van de UNCTAD op haar website http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS

49 Het betrof geen geschil met betrekking tot een BIT binnen de Unie omdat Roemenië in 2005, het jaar waarin de arbitrage begon en het geschil gestalte kreeg, nog niet tot de Unie was toegetreden. Bijgevolg was het Unierecht niet van toepassing op de feiten waarop deze arbitrageprocedure betrekking had.

50 Zie arrest van 8 september 2009, Budějovický Budvar (C-478/07, EU:C:2009:521, punten 97-99), dat betrekking had op bilaterale verdragen van 11 juni 1976 en 7 juni 1979 tussen de Republiek Oostenrijk en de Tsjechoslowaakse Socialistische Republiek. Op het tijdstip van de feiten van de zaak die tot dit arrest heeft geleid was de Republiek Oostenrijk al een lidstaat, terwijl de Tsjechische Republiek dat niet was maar de toetreding van laatstgenoemde staat tot de Unie tijdens de zaak plaatsvond.

51 Arrest van 20 mei 2003, Ravil (C-469/00, EU:C:2003:295, punt 37). Zie in die zin ook arrest van 10 november 1992, Exportur (C-3/91, EU:C:1992:420, punt 8). Dit standpunt is in overeenstemming met artikel 30, lid 3, van het Verdrag van Wenen, volgens hetwelk „[i]ndien alle partijen bij het eerdere verdrag eveneens partij zijn bij het latere verdrag, zonder dat het eerdere verdrag beëindigd is of zijn werking is opgeschort krachtens artikel 59, [...] het eerdere verdrag slechts van toepassing [is] in de mate waarin zijn bepalingen verenigbaar zijn met die van het latere verdrag". Zie in die zin Electrabel SA/Hongarije (zaak ICSID nr. ARB/07/19), beslissing van 30 november 2012 inzake bevoegdheid, toepasselijk recht en aansprakelijkheid, punten 4.182-4.191.

B. Derde prejudiciële vraag

49. Ik stel voor om de drie vragen van de verwijzende rechter in omgekeerde volgorde te behandelen, want de eerste en tweede vraag behoeven geen antwoord indien artikel 8 van de BIT Nederland/Tsjechoslowakije met het verbod van artikel 18 VWEU strijdige discriminatie op grond van nationaliteit vormt.

50. Met zijn derde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 18 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een ISDS-mechanisme als dat van artikel 8 van de BIT Nederland/Tsjechoslowakije, dat Nederlandse investeerders het recht verleent om gebruik te maken van internationale arbitrage tegen de Slowaakse Republiek, een recht dat investeerders van andere lidstaten niet genieten.

1. Ontvankelijkheid

51. Achmea, de Nederlandse, de Oostenrijkse, en de Finse regering betwisten de ontvankelijkheid van deze vraag omdat zij niet relevant is voor de beslechting van het hoofdgeding daar Achmea zich niet over discriminatie beklaagt. Integendeel, indien artikel 8 van de BIT Nederland/Tsjechoslowakije discriminerend zou zijn, dan zou Achmea hiervan hebben geprofiteerd.

52. Mijns inziens moet deze exceptie van niet-ontvankelijkheid worden verworpen omdat het antwoord op de derde vraag noodzakelijk is voor de beoordeling van de verenigbaarheid van artikel 8 van deze BIT met het VEU en het VWEU.

53. De verwijzende rechter is verzocht het eindvonnis van 7 december 2012 in de arbitrageprocedure Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13) te vernietigen wegens, onder andere, ongeldigheid van het arbitragebeding waarop het scheidsgerecht zijn bevoegdheid heeft gebaseerd. In die zin maakt het niet uit of Achmea al dan niet slachtoffer van discriminatie is.

2. Ten gronde

54. Vooraf merk ik op dat verschillende interveniënten en de Commissie stellen dat de verwijzende rechter zijn derde vraag niet zou moeten richten op artikel 18 VWEU, maar op de artikelen 49 en 63 VWEU, die ten opzichte van artikel 18 VWEU bijzondere regels vormen.

55. Het staat immers vast dat „artikel 18 VWEU slechts autonoom toepassing kan vinden in gevallen waarin het Unierecht wel geldt maar waarvoor het Verdrag niet in bijzondere discriminatieverboden voorziet”. [52]

56. Het ISDS-mechanisme van artikel 8 van genoemde BIT valt echter niet binnen de werkingssfeer ratione materiae van de vrijheid van vestiging, van het vrije verkeer van kapitaal of van een andere bepaling van het VWEU, omdat het Unierecht geen beroepsmogelijkheden creëert die justitiabelen in staat stellen lidstaten voor het Hof te dagen. [53]

52 Arrest van 5 februari 2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, punt 25). Zie in die zin ook arrest van 11 maart 2010, Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, punt 37) en aldaar aangehaalde rechtspraak.

53 Zie punt 205 van deze conclusie.

57. Bovendien overschrijdt de materiële werkingssfeer van genoemde BIT, zoals ik in de punten 183 tot en met 198 en 210 tot en met 228 van deze conclusie zal uitleggen, ruimschoots de grenzen van de in artikel 49 VWEU vervatte vrijheid van vestiging en het in artikel 63 VWEU vervatte vrije verkeer van kapitaal.

58. Dit wordt geïllustreerd in het onderhavige geval waarin het scheidsgerecht in zijn eindvonnis heeft geoordeeld dat de Slowaakse Republiek door de vaststelling van de verboden op overdracht en de uitkering van winsten [54] artikel 3 (eerlijke en rechtvaardige behandeling) en artikel 4 (vrij overmaken van betalingen) van genoemde BIT heeft geschonden. Terwijl artikel 4 van genoemde BIT in wezen overeenkomt met artikel 63 VWEU, heeft artikel 3 ervan geen vergelijkbare bepaling in het Unierecht, ondanks de gedeeltelijke overlapping ervan met een aantal Unierechtelijke bepalingen. [55]

59. Derhalve moet de verenigbaarheid worden onderzocht van artikel 8 van genoemde BIT met het in artikel 18 VWEU vervatte algemene Unierechtelijke beginsel dat discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt.

60. In dit verband stellen de Slowaakse Republiek, de Estse, de Griekse, de Spaanse, de Italiaanse, de Cypriotische, de Hongaarse, de Poolse en de Roemeense regering en de Commissie dat de materiële bepalingen van genoemde BIT, met inbegrip van artikel 8 ervan, discrimineren doordat zij in casu een voorkeursbehandeling toekennen aan investeerders van het Koninkrijk der Nederlanden die hebben geïnvesteerd in de Slowaakse Republiek, terwijl investeerders van de lidstaten die geen BIT met de Slowaakse Republiek hebben gesloten [56], geen recht hebben op die voorkeursbehandeling. [57]

61. Ik moet een inleidende opmerking maken over de omvang van de vermeende discriminatie. De Slowaakse Republiek heeft een BIT gesloten met de meeste lidstaten, te weten met het Koninkrijk België, de Republiek Bulgarije, het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, de Helleense Republiek, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, de Republiek Kroatië, de Republiek Letland, het Groothertogdom Luxemburg, Hongarije, de Republiek Malta, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Polen, de Portugese Republiek, Roemenië, de Republiek Slovenië, de Republiek Finland, het Koninkrijk Zweden en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland. Deze BITs zijn op dit moment van kracht.

62. De investeerders van deze lidstaten vallen weliswaar niet onder artikel 8 van de BIT Nederland/Tsjechoslowakije, maar de BITs die hun landen van herkomst met de Slowaakse Republiek hebben gesloten, voorzien allemaal in internationale arbitrage als wijze van ISDS. Er is jegens hen dus geen sprake van een verschil in behandeling.

54 Zie punt 24 van deze conclusie.

55 Zie punten 213-216 van deze conclusie.

56 Dit argument versterkt mijn in de punten 174-228 van deze conclusie weergegeven standpunt dat deze BIT niet in strijd is met het VEU en het VWEU, aangezien het impliceert dat genoemde BIT Nederlandse investeringen in de Slowakije in beginsel een betere rechtsbescherming biedt en dus de door het VEU en het VWEU aan die investeringen geboden bescherming aanvult. Het Unierecht verbiedt discriminatie door een lidstaat van een onderdaan van een andere lidstaat alleen ten opzichte van de bescherming die eerstgenoemde lidstaat zijn eigen onderdanen biedt. Daarentegen zijn omgekeerde discriminatie en aan onderdanen van een andere lidstaat toegekende voordelen niet verboden en niet onverenigbaar met het Unierecht.

57 Geen van de interveniënten in de onderhavige zaak stelt dat er sprake is van discriminatie tussen buitenlandse investeerders en nationale investeerders. Mijns inziens vormt dit verschil geen discriminatie omdat het beantwoordt aan een dubbele reden van algemeen belang, te weten enerzijds het creëren van een wederzijds beschermingskader voor Nederlandse investeringen in Slowakije en voor Slowaakse investeringen in Nederland, en anderzijds het stimuleren en bevorderen van investeringen tussen beide landen. Zie in die zin de punten 37 tot en met 40 van beslissing nr. 2017-749-DC van de Conseil constitutionnel van 31 juli 2017 over de Brede economische en handelsovereenkomst tussen Canada, enerzijds, en de Europese Unie en haar lidstaten, anderzijds (JORF van 18 augustus 2017, tekst 1).

63. De Slowaakse Republiek heeft ook een BIT gesloten met de Tsjechische Republiek en een andere met de Italiaanse Republiek, maar de partijen hebben deze BITs beëindigd.[58] Als er dus een verschil is in de behandeling van Tsjechische en Italiaanse investeerders komt dat doordat hun lidstaten hebben besloten hun dit door de BIT geboden voordeel te ontnemen.

64. Voor Estse, Ierse, Cypriotische en Litouwse investeerders is er jegens de Slowaakse Republiek evenwel geen bepaling als artikel 8 van genoemde BIT, behalve voor investeringen op het gebied van energie, in welk geval het Verdrag inzake het Energiehandvest hun dezelfde mogelijkheid biedt.

65. Mijns inziens is er zelfs voor deze investeerders geen sprake van een door het Unierecht verboden discriminatie.

66. Het Hof heeft immers reeds de vraag behandeld of er jegens een bij een grensoverschrijdende investering betrokken onderdaan van een lidstaat sprake kan zijn van discriminatie wanneer de lidstaat die de investering ontvangt hem niet een (fiscaal) voordeel toekent dat deze staat wel toekent aan onderdanen van een andere lidstaat op basis van een met laatstgenoemde lidstaat gesloten bilaterale overeenkomst.

67. De zaak die heeft geleid tot het arrest van 5 juli 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424)[59], betrof de weigering van de Nederlandse overheid om een recht op aftrek van vermogensbelasting te verlenen aan een Duitse onderdaan die had geïnvesteerd in onroerende zaken in Nederland. D stelde dat hij werd gediscrimineerd doordat dit voordeel op grond van de artikelen 24 en 25 van de op 19 oktober 1970 tussen de regering van het Koninkrijk België en het Koninkrijk der Nederlanden gesloten overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting op het gebied van belastingen naar het inkomen en naar het vermogen en tot het vaststellen van enige andere regelen verband houdende met de belastingheffing (hierna: „ODB Nederland/België") wel was toegekend aan Belgische onderdanen die gelijksoortige investeringen in Nederland hadden gedaan.

68. Het Hof heeft er eerst aan herinnerd dat „de [...] vraag van de verwijzende rechter uitgaat van de veronderstelling dat een niet-ingezetene als D niet in een situatie verkeert die vergelijkbaar is met die van een Nederlands ingezetene. De vraag is erop gericht te vernemen of de situatie van D kan worden vergeleken met die van een andere niet-ingezetene die op grond van een overeenkomst ter voorkoming van dubbele belasting een bijzondere behandeling geniet".[60]

69. In dit verband heeft het Hof geoordeeld dat „[h]et feit dat [de door de OBD Nederland/België gecreëerde] wederkerige rechten en verplichtingen slechts gelden voor personen die ingezetenen zijn van één van de beide verdragsluitende lidstaten [...] een inherent gevolg [is] van bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. Hieruit volgt dat een belastingplichtige die Belgisch ingezetene is zich met betrekking tot de vermogensbelasting over in Nederland gelegen onroerende zaken niet in dezelfde situatie bevindt als een belastingplichtige die buiten België woont."[61]

70. Het Hof heeft hieraan toegevoegd dat „[e]en regel als die van artikel 25, paragraaf 3, van de Belgisch-Nederlandse overeenkomst [...] niet [kan] worden beschouwd als een voordeel dat kan worden losgekoppeld van de rest van de overeenkomst, maar [...] daarvan integrerend deel [uitmaakt] en [bijdraagt] tot het algehele evenwicht ervan".[62]

58 De vraag blijft of deze BITs dankzij een sunset-clausule gevolgen blijven hebben voor investeringen die zijn gedaan in de periode dat deze BITs van kracht waren.

59 Zie in die zin ook arresten van 12 december 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, punten 84 en 88-93); 20 mei 2008, Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289, punten 50 en 51), en 30 juni 2016, Riskin en Timmermans (C-176/15, EU:C:2016:488, punt 31).

60 Punt 58 van dit arrest.

61 Punt 61 van dit arrest.

62 Punt 62 van dit arrest.

71. Uit dit arrest blijkt niet alleen duidelijk dat het VWEU geen meestbegunstigingsclausule bevat als die van artikel 3, lid 2, van deze BIT [63], maar ook dat er geen sprake is van discriminatie wanneer een lidstaat aan onderdanen van een andere lidstaat niet de behandeling toekent die het bij overeenkomst aan onderdanen van een derde lidstaat toekent.

72. Het feit dat het VWEU geen meestbegunstigingsclausule bevat wordt bevestigd door de rechtspraak van het Hof inzake artikel 18 VWEU volgens welke „[artikel 18 VWEU] eist [...] dat personen die zich in een door het [Unierecht] beheerste situatie bevinden en *eigen onderdanen van een lidstaat* volkomen gelijk worden behandeld" [64], dat wil zeggen gelijk aan nationale onderdanen.

73. Mijns inziens bestaat er een perfecte analogie tussen de onderhavige zaak en de zaak die heeft geleid tot het arrest van 5 juli 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), omdat de door de Slowaakse Republiek en de Commissie gemaakte vergelijking ook twee niet-Slowaakse investeerders betreft waarvan er één (in dit geval een Nederlandse investeerder) de door genoemde BIT toegekende materiële bescherming geniet en de andere niet.

74. Net als de OBD Nederland/België is genoemde BIT immers een internationaal verdrag waarvan „de werkingssfeer [...] beperkt is tot de in dat verdrag genoemde natuurlijke of rechtspersonen" [65], te weten natuurlijke personen die de nationaliteit van een van de overeenkomstsluitende partijen bezitten en rechtspersonen die volgens het recht van een overeenkomstsluitende partij zijn opgericht. [66]

75. In die zin is het feit dat de door genoemde BIT gecreëerde wederzijdse rechten en plichten slechts van toepassing zijn op investeerders van de twee overeenkomstsluitende partijen een consequentie die inherent is aan de bilaterale aard van BITs. Hieruit volgt dat een niet-Nederlandse investeerder zich met betrekking tot investeringen in Slowakije niet in dezelfde situatie bevindt als een Nederlandse investeerder.

76. Bovendien is artikel 8 van genoemde BIT, net als artikel 25, lid 3, van de OBD Nederland/België, waarnaar het Hof in punt 62 van zijn arrest van 5 juli 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), verwijst, geen voordeel dat kan worden losgekoppeld van de rest van genoemde BIT, maar een zodanig integrerend deel ervan dat een BIT zonder ISDS-mechanisme geen enkele zin zou hebben daar het doel ervan, te weten het bevorderen en aantrekken van buitenlandse investeringen, niet zou worden bereikt.

77. Zoals het Hof in punt 292 van advies 2/15 (Vrijhandelsovereenkomst met Singapore) van 16 mei 2017 (EU:C:2017:376) heeft geoordeeld, kan de bepaling van de vrijhandelsovereenkomst met de Republiek Singapore waarbij internationale arbitrage als ISDS-mechanisme is ingesteld, immers „niet louter ondersteunend zijn". Volgens vaste arbitragerechtspraak is het recht van investeerders om gebruik te maken van internationale arbitrage de meest wezenlijke bepaling van BITs omdat deze

63 Zie punten 200 en 201 van deze conclusie.

64 Arrest van 2 februari 1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47, punt 10). Cursivering van mij. Zie in die zin ook arrest van 6 september 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punten 29-33), waarin de situatie van Petruhhin werd vergeleken met die van een onderdaan van zijn gastland.

65 Arrest van 5 juli 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, punt 54).

66 Zie artikel 1, onder b), van genoemde BIT.

bepaling, ondanks de procedurele inhoud ervan, op zichzelf een noodzakelijke waarborg is die investeringen bevordert en beschermt. [67] Het wekt dus nauwelijks verbazing dat de „oude" BITs [68] die geen ISDS-mechanisme als dat van artikel 8 van deze BIT bevatten, niet bijzonder nuttig zijn geweest voor investeerders.

78. Volgens de Commissie moet de onderhavige zaak echter worden onderscheiden van de zaak die heeft geleid tot het arrest van 5 juli 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424) omdat die zaak belastingen betrof. [69]

79. Dit onderscheid is mijns inziens weinig overtuigend. Ik merk allereerst op dat BITs gelijkenis vertonen met overeenkomsten ter voorkoming van dubbele belasting doordat zij betrekking hebben op dezelfde economische activiteiten, namelijk de invoer en uitvoer van kapitaal. Een lidstaat kan immers buitenlands kapitaal op zijn grondgebied aantrekken door investeringen een vergaande juridische bescherming te bieden in het kader van een BIT of door het toekennen van belastingvoordelen. [70] Net als in de overeenkomsten ter voorkoming van dubbele belasting, die nooit in beginsel onverenigbaar met het VEU en het VWEU zijn verklaard, is de wederkerigheid van de verplichtingen van de staten een wezenlijk bestanddeel van BITs. [71]

80. Bovendien hebben overeenkomsten ter voorkoming van dubbele belasting tussen lidstaten, anders dan de Commissie stelt, niet artikel 293, tweede streepje, EG als rechtsgrondslag. Als dat het geval was, op welk artikel moeten zij dan de overeenkomsten baseren waarover zij thans onderhandelen, gelet op het feit dat artikel 293 EG niet is teruggekeerd in het Verdrag van Lissabon?

67 Zie in die zin Emilio Agustín Maffezini/Koninkrijk Spanje (zaak ICSID nr. ARB/97/7), beslissing van het gerecht van 25 januari 2000 inzake excepties van onbevoegdheid, punten 54 en 55; Gas Natural SDG SA/Republiek Argentinië (zaak ICSID nr. ARB/03/10), beslissing van het gerecht van 17 juni 2005 inzake excepties van onbevoegdheid, punt 31; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA en InterAguas Servicios Integrales del Agua SA/Republiek Argentinië (zaak ICSID nr. ARB/03/17), beslissing van 16 mei 2006 inzake bevoegdheid, punt 59; Eastern Sugar BV/Tsjechische Republiek (UNCITRAL) (zaak SCC nr. 088/2004), deelvonnis van 27 maart 2007, punten 165 en 166; Rupert Joseph Binder/Tsjechische Republiek (UNCITRAL), vonnis van 6 juni 2007 inzake bevoegdheid, punt 65; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius/Slowaakse Republiek (UNCITRAL), beslissing van 30 april 2010 inzake bevoegdheid, punten 77 en 78; Achmea BV voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis van 26 oktober 2010 inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing, punt 264; WNC Factoring Ltd/Tsjechische Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2014-34), vonnis van 22 februari 2017, punt 300; Anglia Auto Accessories Limited/Tsjechische Republiek (zaak SCC V 2014/181), eindvonnis van 10 maart 2017, punt 116, en I.P. Busta en J.P. Busta/Tsjechische Republiek (zaak SCC V 2015/014), eindvonnis van 10 maart 2017, punt 116.

68 Zie bijvoorbeeld de BITs Duitsland/Griekenland (1961), Italië/Malta (1967), Duitsland/Malta (1974), Frankrijk/Malta (1976) en Duitsland/Portugal (1980).

69 De Commissie probeert aan te tonen dat belastingen, anders dan de bescherming van investeringen, een zaak van zuiver nationale bevoegdheid zijn gebleven en noemt daarbij met name het arrest van 16 juli 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471), dat, met andere arresten, juridische dubbele belasting niet verbiedt. Ik merk op dat de overeenkomsten ter voorkoming van dubbele belasting juist tot doel hebben deze bescherming te bieden, die niet wordt geboden door het VEU en het VWEU. Dit geldt ook voor BITs, omdat het Unierecht voor de bescherming van investeringen, net als voor de rechtstreekse belastingheffing, slechts wezenlijk werking heeft middels de bepalingen inzake de grote verkeersvrijheden.

70 De op 4 maart 1974 te Praag gesloten Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Tsjechoslowaakse Socialistische Republiek tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen en naar het vermogen, voorziet in een bronheffing van 10 % op dividenden, 0 % op rentes en 5 % op royalty's.

71 Hierin onderhandelen staten over verschillende elementen, zoals bijvoorbeeld het begrip investering, het al dan niet toepassen van de meestbegunstigingsclausule op het ISDS-mechanisme, het al dan niet bestaan van een carve-out-clausule voor belastingmaatregelen, en de duur van de sunset-clausule.

81. Dit neemt niet weg dat niets de mogelijkheid uitsluit om BITs binnen de Unie te vervangen door één multilaterale BIT of een Uniehandeling, naargelang van de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en haar lidstaten, die van toepassing is op investeerders van alle lidstaten, zoals de Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Oostenrijk en de Republiek Finland hebben voorgesteld in hun non-paper van 7 april 2016.[72]

82. Om deze redenen geef ik het Hof in overweging om op de derde vraag te antwoorden dat een ISDS-mechanisme als dat van artikel 8 van genoemde BIT, dat Nederlandse investeerders het recht geeft om jegens de Slowaakse Republiek gebruik te maken van internationale arbitrage, geen door artikel 18 VWEU verboden discriminatie op grond van nationaliteit vormt.

83. Alleen als het Hof het met dit voorstel voor een antwoord eens is, dient het de eerste en de tweede prejudiciële vraag te onderzoeken.

C. Tweede prejudiciële vraag

84. Met zijn tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 267 VWEU, als hoeksteen van het rechterlijke systeem van de Unie dat de bij het VEU en het VWEU vastgestelde bevoegdheidsverdeling en de autonomie van het rechtsstelsel van de Unie waarborgt, in de weg staat aan de toepassing van een bepaling als artikel 8 van de BIT Nederland/Tsjechoslowakije.

85. Ik onderzoek deze vraag vóór de eerste, omdat ik van mening ben dat een overeenkomstig artikel 8 van deze BIT samengesteld scheidsgerecht een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU is die twee lidstaten, te weten het Koninkrijk der Nederlanden en de Slowaakse Republiek, gemeen hebben en die dus bevoegd is het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken. Dit impliceert automatisch dat er geen sprake is van onverenigbaarheid met artikel 344 VWEU, het voorwerp van de eerste prejudiciële vraag.

86. Volgens vaste rechtspraak moet bij de beoordeling of een rechterlijk orgaan een „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 267 VWEU is rekening worden gehouden met een samenstel van factoren, te weten „de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, de toepassing door het orgaan van de regelen van het recht, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan".[73] Voorts moet „bij [dit orgaan] een geding aanhangig [zijn] gemaakt en [moet het] uitspraak [...] doen in het kader van een procedure die moet leiden tot een rechterlijke beslissing".[74]

72 Te raadplegen op de website van het Transnational Institute https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf. Dit is op belastinggebied gedaan middels een aantal richtlijnen, zoals de richtlijnen 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (PB 2003, L 157, blz. 49); 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat (PB 2009, L 310, blz. 34), en 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB 2011, L 345, blz. 8), die in feite veeleer multilaterale overeenkomsten ter voorkoming van dubbele belasting zijn dan harmonisatiemaatregelen.

73 Arrest van 31 januari 2013, Belov (C-394/11, EU:C:2013:48, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie in die zin ook arresten van 12 juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, punt 23), en 6 oktober 2015, Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punt 17).

74 Arrest van 31 januari 2013, Belov (C-394/11, EU:C:2013:48, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie in die zin ook arrest van 12 juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, punt 23).

87. Op basis van deze criteria zijn scheidsgerechten niet automatisch uitgesloten van het begrip „rechterlijke instantie van een lidstaat" in de zin van artikel 267 VWEU. Het Hof heeft weliswaar meer dan eens geweigerd een door arbiters gestelde prejudiciële vraag te beantwoorden [75], maar ook, op basis van een individuele beoordeling, door scheidsgerechten ingediende prejudiciële vragen ontvankelijk verklaard in de zaken die hebben geleid tot de arresten van 17 oktober 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (109/88, EU:C:1989:383), en 12 juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), en de beschikking van 13 februari 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92).

88. De laatste twee gevallen laten een opening van de ontvankelijkheidscriteria zien in de richting van arbitrage particulier-staat (arrest van 12 juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, C-377/13, EU:C:2014:1754) [76] en internationale arbitrage (beschikking van 13 februari 2014, Merck Canada, C-555/13, EU:C:2014:92) [77].

89. Ik onderzoek derhalve de kenmerken van overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengestelde scheidsgerechten in het licht van de in punt 86 van deze conclusie genoemde criteria. Mijns inziens is in casu aan al deze criteria voldaan. [78]

1. Wettelijke grondslag van overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengestelde scheidsgerechten

90. De meeste uit arbitrage voortvloeiende zaken die aan het Hof zijn voorgelegd betroffen slechts één specifiek soort arbitrage, te weten handelsarbitrage, in de rechtspraak van het Hof „op partijafspraak berustende arbitrage" genoemd omdat zij een in een privaatrechtelijke overeenkomst opgenomen arbitragebeding als rechtsgrondslag heeft. [79]

91. Er bestaan andere soorten arbitrage. Naast de arbitrages van artikel 272 VWEU zijn er de arbitrage tussen staten op grond van een internationale overeenkomst [80] en de arbitrage tussen particulieren en staten, welke twee laatste soorten een wezenlijk andere wettelijke grondslag hebben dan arbitrages tussen particulieren.

92. In het laatste geval is de bevoegdheid van het scheidsgerecht niet gegrond op een wet maar op een arbitragebeding in een overeenkomst.

75 Zie met name arresten van 23 maart 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), en 27 januari 2005, Denuit en Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69).

76 Het betrof een arbitrage inzake belastingen tussen een belastingplichtige en de Portugese Republiek.

77 Het betrof een arbitrage op het gebied van farmaceutische octrooien die internationaal was in de zin dat een Canadese vennootschap tegenover twee Portugese vennootschappen, een Engelse vennootschap, een Griekse vennootschap en een Nederlandse vennootschap stond.

78 Zie in die zin Basedow, J., „EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice", 2015, deel 32(4), *Journal of International Arbitration*, blz. 367; Paschalidis, P., „Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice", 2016, *Arbitration International*, blz. 1; Szpunar, M., „Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU", gepubliceerd in Ferrari, F. (ed.), *The Impact of EU Lax on International Commercial Arbitration*, JurisNet, 2017, blz. 85-123.

79 Zie bijvoorbeeld de zaken die hebben geleid tot de arresten van 23 maart 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107; 25 juli 1991, Rich (C-190/89, EU:C:1991:319); 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269); 27 januari 2005, Denuit en Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69); 26 oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675); 10 februari 2009, Allianz en Generali Assicurazioni Generali (C-185/07, EU:C:2009:69); 13 mei 2015, Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316), en 7 juli 2016, Genentech (C-567/14, EU:C:2016:526).

80 Er zij opgemerkt dat sommige internationale overeenkomsten tussen lidstaten bepalen dat de president van het Hof de arbiters benoemt voor geschillen tussen lidstaten of tussen openbare entiteiten en deze lidstaten. Zie in die zin artikel 27 van de op 30 januari 2012 te Rome ondertekende overeenkomst tussen de regering van de Franse Republiek en de regering van de Italiaanse Republiek voor de aanleg en exploitatie van een nieuwe spoorlijn tussen Lyon en Turijn. Mijns inziens zijn deze scheidsgerechten ook rechterlijke instellingen van een van de lidstaten in de zin van artikel 267 VWEU.

93. Dit was bijvoorbeeld het geval bij de arbitrage die heeft geleid tot het arrest van 23 maart 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), en die een „pool"-overeenkomst tussen een aantal particuliere ondernemingen betrof die tot doel had om, in het kader van een gemeenschappelijk programma voor de bouw van dertien fabrieksschepen voor de visserij, alle subsidies die zij van het Europees Oriëntatie- en Garantiefonds voor de Landbouw (EOGFL) ontvingen, tussen hen te verdelen. Het overeenkomstig deze overeenkomst aangezochte scheidsgerecht had zijn twijfel geuit over de verenigbaarheid van de overeenkomst met het Unierecht en deze vraag aan het Hof voorgelegd.

94. Het Hof achtte zich „onbevoegd" [81] door te oordelen dat dit scheidsgerecht om twee redenen geen rechterlijke instelling van een van de lidstaten in de zin van artikel 267 VWEU was. Ten eerste „[bestond] er voor de contractspartijen rechtens noch feitelijk een verplichting [...] hun geschillen aan een scheidsgerecht voor te leggen" [82] omdat zij deze keuze bij overeenkomst hadden gemaakt. Ten tweede „[was] de [Duitse] overheid [niet] betrokken bij de beslissing om de weg van arbitrage te kiezen [en had zij niet] de mogelijkheid [...] ambtshalve in te grijpen in het verloop van de procedure voor de arbiter". [83]

95. Het feit dat de bevoegdheid van het arbitraal college was gegrond op een arbitragebeding in een overeenkomst tussen een consument en een reisbureau volstond in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 27 januari 2005, Denuit en Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69), om dit college uit te sluiten van het begrip rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU, ook al maakte het arbitragebeding deel uit van de algemene voorwaarden van het reisbureau en kon de consument over dit punt niet onderhandelen.

96. De wettelijke grondslag van een overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengesteld en aangezocht scheidsgerecht kan daarentegen niet worden betwist. Deze grondslag bevindt zich niet alleen in een internationaal verdrag, maar ook in de Nederlandse en Tsjechoslowaakse goedkeuringswetten voor deze BIT waarbij deze in hun rechtsordes is opgenomen. Anders dan in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 23 maart 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), is de betrokkenheid van de overheid bij de beslissing om de weg van arbitrage te kiezen en bij de arbitrageprocedure zelf (de Slowaakse Republiek was in de onderhavige zaak immers de verwerende partij) evident.

97. Deze beoordeling wordt kracht bijgezet door het arrest van 12 juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), en de beschikking van 13 februari 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92).

98. Het scheidsgerecht dat het Hof om een prejudiciële beslissing heeft verzocht in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 12 juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), voldeed aan het criterium van de wettelijke grondslag omdat een Portugese wet arbitrage voorschreef als wijze van gerechtelijke geschillenbeslechting in belastingzaken en de scheidsgerechten in belastingzaken een algemene bevoegdheid toekende om de rechtmatigheid van elke belastingheffing te beoordelen. [84]

81 Mijns inziens betrof het geen kwestie van bevoegdheid maar van ontvankelijkheid.

82 Zie arrest van 23 maart 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, punt 11). Zie in die zin ook arrest van 27 januari 2005, Denuit en Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, punt 13).

83 Zie arrest van 23 maart 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, punt 12). Zie in die zin ook arrest van 27 januari 2005, Denuit en Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, punt 13).

84 Zie punt 24 van dit arrest.

99. Evenzo heeft het Hof geoordeeld dat het scheidsgerecht in de zaak die heeft geleid tot de beschikking van 13 februari 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), aan het criterium van de wettelijke grondslag voldeed omdat „de bevoegdheid van het [gerecht] niet voortvloei[de] uit de wil van de partijen, maar uit de [Portugese] wet nr. 62/2011”[85], waarbij arbitrage was ingesteld als mechanisme voor de beslechting van geschillen inzake industriële-eigendomsrechten met betrekking tot generieke geneesmiddelen en referentiegeneesmiddelen.

2. Permanent karakter van overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengestelde scheidsgerechten

100. Internationale arbitrage kan institutionele arbitrage zijn, waarbij een arbitrage-instelling[86] overeenkomstig haar reglement en tegen vergoeding de procedure en de administratie ervan op zich neemt, dan wel een ad-hocarbitrage waarbij de partijen de procedure zelf beheren zonder een beroep te doen op ondersteuning van een arbitrage-instelling.

101. Uit de punten 25 en 26 van het arrest van 12 juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), en punt 24 van de beschikking van 13 februari 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), blijkt dat het permanentiecriterium geen betrekking heeft op de samenstelling van het scheidsgerecht op zich maar op de institutionalisering van de arbitrage als wijze van geschillenbeslechting. Anders gezegd, het permanentiecriterium moet worden beoordeeld met betrekking tot de arbitrage-instelling die de arbitrageprocedure beheert en niet met betrekking tot het scheidsgerecht waarvan de samenstelling van voorbijgaande aard is.

102. In die zin heeft het Hof in punt 26 van het arrest van 12 juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), geoordeeld dat „het feit dat de samenstelling van de rechtsprekende formaties van het Tribunal Arbitral Tributário [scheidsgerecht in belastingzaken, Portugal] van voorbijgaande aard is en dat de activiteit van die formaties ten einde loopt nadat zij uitspraak hebben gedaan, [...] niet weg[neemt] dat het Tribunal Arbitral Tributário als onderdeel van het bovengenoemde stelsel als geheel permanent is”. Het stelsel waarnaar het Hof verwijst is de arbitrage-instelling „Centro de Arbitragem Administrativa” (CAAD) [centrum voor arbitrage in bestuurszaken, Portugal].

103. Evenzo heeft het Hof in punt 24 van de beschikking van 13 februari 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92) geoordeeld dat aan het permanentiecriterium was voldaan omdat het scheidsgerecht „bij wet [was] opgericht, permanent over verplichte rechtsmacht beschikt[e] en de erdoor toegepaste procedureregels in de nationale wetgeving [waren] vastgesteld en omschreven”, ook al kon het naar keuze van de partijen variëren qua vorm, samenstelling en procedureregels en werd het ontbonden na uitspraak te hebben gedaan.

104. In die zaak was het duidelijk dat het scheidsgerecht een ad-hocgerecht was en dat er geen arbitrage-instelling was die het permanente karakter ervan waarborgde, maar het Hof heeft die permanentie afgeleid uit artikel 2 van de Portugese wet nr. 62/2011 waarbij arbitrage als enig middel was ingesteld voor de beslechting van geschillen inzake industriële-eigendomsrechten met betrekking tot generieke geneesmiddelen en referentiegeneesmiddelen.

85 Zie punt 19 van deze beschikking.

86 Zie bijvoorbeeld het PHA in Den Haag (Nederland), het ICSID in Washington DC (Verenigde Staten), de SCC in Zweden, de Internationale Kamer van Koophandel (ICC) in Parijs (Frankrijk), en het Internationaal Hof van Arbitrage van Londen (ICAL) (Verenigd Koninkrijk).

105. Dezelfde conclusie kan worden getrokken voor overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengestelde en aangezochte scheidsgerechten omdat, net als in de zaken die hebben geleid tot het arrest van 12 juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), en de beschikking van 13 februari 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), het Koninkrijk der Nederlanden en de Slowaakse Republiek arbitrage als wijze van geschillenbeslechting tussen één van hen en een investeerder van de andere staat hebben ingesteld.

106. Genoemde BIT bevat ook andere elementen betreffende de institutionalisering van de arbitrage.

107. Artikel 8, lid 4, van genoemde BIT kent de bevoegdheid om arbiters te benoemen immers toe aan de Kamer van Koophandel van Stockholm (SCC), een permanente arbitrage-instelling, en lid 5 ervan verklaart de arbitragevoorschriften van de UNCITRAL van toepassing op de arbitrageprocedure.

108. Bovendien heeft de procedure bij het in casu aan de orde zijnde scheidsgerecht zich afgespeeld onder auspiciën van een permanente arbitrage-instelling. Het PHA, gevestigd in Den Haag en opgericht bij de in 1899 en 1907 te Den Haag gesloten verdragen voor de vreedzame beslechting van internationale conflicten[87], is immers in de door het PHA en de partijen in het hoofdgeding ondertekende opdrachtbrief aangewezen als instelling die de rol van griffie vervult.

109. Het permanentiecriterium lijkt mij derhalve eveneens vervuld.

3. Verplichte rechtsmacht van overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengestelde scheidsgerechten

110. Volgens vaste rechtspraak „[is er] bij een op partijafspraak berustende arbitrage [...] geen sprake van verplichte rechtsmacht omdat er voor de contractpartijen rechtens noch feitelijk een verplichting bestaat hun geschillen aan een scheidsgerecht voor te leggen en de overheid van de betrokken lidstaat noch betrokken is bij de beslissing om de weg van arbitrage te kiezen, noch de mogelijkheid heeft ambtshalve in te grijpen in het verloop van de procedure voor de arbiter”.[88]

111. Het wekt duidelijk geen verbazing dat het Hof heeft geoordeeld dat de scheidsgerechten in de zaken die hebben geleid tot het arrest van 17 oktober 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (109/88, EU:C:1989:383), en de beschikking van 13 februari 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), voldeden aan de voorwaarde van verplichte rechterlijke instantie omdat het Deense en het Portugese recht het gebruik van arbitrage verplicht stelden.

112. Maar in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 12 juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), was het feit dat het gebruik van arbitrage facultatief was en dat de belastingplichtige voor arbitrage tegen de Portugese Republiek had gekozen terwijl hij de zaak rechtstreeks bij de gewone rechter aanhangig had kunnen maken, geen grond om het scheidsgerecht uit te sluiten van het begrip rechterlijke instantie van een lidstaat in de zin van artikel 267 VWEU.

87 Alle lidstaten van de Unie zijn partij bij deze verdragen. Wat de onderhavige zaak betreft, het Koninkrijk der Nederlanden is een lidstaat van het PHA sinds de oprichting ervan terwijl de Slowaakse Republiek in 1993 een lidstaat daarvan is geworden.

88 Arrest van 12 juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, punt 27). Zie in die zin ook arresten van 23 maart 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), en 27 januari 2005, Denuit en Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, punt 13), alsook beschikking van 13 februari 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92, punt 17).

113. Volgens het Hof „[waren] de beslissingen [van het scheidsgerecht] volgens artikel 24, lid 1, van Decreto-Lei 10/2011 [namelijk] bindend [...] voor de partijen [en vloeide] de bevoegdheid [ervan] rechtstreeks voort uit Decreto-Lei 10/2011 en [hing deze] derhalve niet af van de voorafgaande wilsuiting van de partijen om hun geschil aan arbitrage te onderwerpen [...]. Wanneer de verzoekende belastingplichtige zijn geschil aan arbitrage in belastingzaken onderwerpt, is de rechtsmacht van het [scheidsgerecht] derhalve verplicht voor de belasting- en douanedienst”. [89]

114. Hetzelfde geldt voor de overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengestelde scheidsgerechten.

115. Artikel 8, lid 7, ervan bepaalt dat de beslissing van een overeenkomstig dit artikel samengesteld scheidsgerecht „onherroepelijk en *bindend* [is] voor de partijen bij het geschil”. [90] Er bestaat dus geen enkele twijfel dat een door een dergelijk scheidsgerecht gewezen vonnis bindend is voor de partijen in de zin van de rechtspraak van het Hof.

116. Bovendien bepaalt lid 2 van deze bepaling dat „[e]lke overeenkomstsluitende partij [...] er [...] mee *in*[*stemt*] een geschil [tussen investeerder en staat] voor te leggen aan een scheidsgerecht als het geschil niet in der minne is geschikt binnen een termijn van zes maanden na de datum waarop één van de partijen bij het geschil om een minnelijke schikking heeft verzocht”. [91]

117. Het feit dat de investeerder kan kiezen in rechte op te treden voor hetzij de rechterlijke instanties van de betrokken lidstaat, hetzij het scheidsgerecht [92] tast het verplichte karakter van de rechtsmacht van het scheidsgerecht niet aan, aangezien de belastingplichtige in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 12 juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), dezelfde keuze had.

118. Doordat de Slowaakse Republiek vooraf met de arbitrage heeft ingestemd, net als de Portugese Republiek in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 12 juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), heeft het ingestelde scheidsgerecht, volgens artikel 8, lid 2, van genoemde BIT, verplichte rechtsmacht voor die lidstaat en voor de investeerder.

119. De overeenkomstig artikel 8 van deze BIT samengestelde scheidsgerechten voldoen derhalve ook aan het criterium van verplichte rechterlijke instantie.

4. Contradictoire aard van de procedure bij overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengestelde scheidsgerechten, toepassing door deze scheidsgerechten van de regelen van het recht bij de beslechting van de hun voorgelegde geschillen, en onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters

120. Wat de contradictoire aard van de procedure bij overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengestelde scheidsgerechten betreft, zij opgemerkt dat volgens lid 5 ervan „[h]et scheidsgerecht [...] zijn eigen procedure vast[stelt], waarbij het de arbitragevoorschriften van de [UNCITRAL] toepast”. [93]

89 Punt 29 van dit arrest. Zie in die zin ook arrest van 6 oktober 2015, Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punt 23).

90 Cursivering van mij.

91 Cursivering van mij.

92 Genoemde BIT bevat geen fork-in-the-road-clausule die bepaalt dat wanneer een investeerder een forum kiest (de nationale rechter van de betrokken staat dan wel een internationaal scheidsgerecht), de door hem gekozen optie onherroepelijk wordt.

93 De arbitragevoorschriften zijn te raadplegen op de website van de UNCITRAL http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html

121. Artikel 15, lid 1, van deze voorschriften, in de versie van 1976 en van toepassing op het moment van sluiting van genoemde BIT, vermeldde dat „[o]nverminderd het bepaalde in de [v]oorschriften [...] het scheidsgerecht de arbitrage [kan] verrichten op de wijze die het passend acht, mits de partijen gelijk worden behandeld en *iedere partij in elke fase van de procedure zijn rechten kan doen gelden en zijn middelen kan aanvoeren*” [94]. Deze waarborg is overgenomen in artikel 17, lid 1, van genoemde voorschriften in de versies van 2010 en 2013.

122. De eerbiediging van het beginsel van hoor en wederhoor wordt ook gewaarborgd door verscheidene bepalingen van deze voorschriften die betrekking hebben op de uitwisseling van memories, de organisatie van een terechtzitting en de deelname van partijen daaraan, en de sluiting van de mondelinge behandeling, te weten de artikelen 18 tot en met 20, 22, 24, 25 en 29 van de voorschriften van 1976 en de artikelen 20 tot en met 22, 24, 28 en 31 van de in 2010 en 2013 gewijzigde voorschriften.

123. Wat het criterium van toepassing door de scheidsgerechten van de regelen van het recht betreft, bepaalt artikel 8, lid 6, van genoemde BIT dat „[h]et scheidsgerecht beslist op basis van het recht”, waarbij het rekening houdt met een reeks rechtsregels. De mogelijkheid om ex aequo et bono uitspraak te doen is dus uitgesloten.

124. Met betrekking tot het criterium van onafhankelijkheid en onpartijdigheid is het vaste rechtspraak dat „[v]oor deze waarborgen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid [...] regels nodig zijn, onder andere met betrekking tot de samenstelling van het orgaan, de benoeming, de ambtstermijn en de gronden voor verschoning, wraking en afzetting van zijn leden, waarmee elke legitieme twijfel bij de justitiabelen over de ongevoeligheid van dit orgaan voor externe factoren en over zijn neutraliteit ten opzichte van de met elkaar strijdende belangen kan worden weggenomen [...]. Aan de voorwaarde van onafhankelijkheid van het verwijzende orgaan is volgens de rechtspraak met name slechts voldaan indien de gevallen waarin de leden van dit orgaan kunnen worden afgezet in uitdrukkelijke wetsbepalingen zijn genoemd.” [95]

125. Ik merk om te beginnen op dat het Hof de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters in geen van de door hem behandelde zaken heeft betwist en vervolgens dat de arbitragevoorschriften van de UNCITRAL de onafhankelijkheid van arbiters waarborgen door hun een duidelijke verplichting op te leggen om alle omstandigheden die gerede twijfel kunnen doen rijzen over hun onpartijdigheid of onafhankelijkheid te signaleren [96] en door een procedure in te stellen om arbiters te wraken wanneer dergelijke omstandigheden zich voordoen. [97]

126. Gelet op het voorgaande zijn de bij artikel 8 van genoemde BIT ingestelde scheidsgerechten rechterlijke instanties in de zin van artikel 267 VWEU, maar zijn het ook rechterlijke instanties „van een der lidstaten” in de zin van deze bepaling?

127. Mijns inziens wel.

94 Cursivering van mij.

95 Arrest van 9 oktober 2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Hierbij zij aangetekend dat arbiters, anders dan rechters, geen permanente posten bekleden. Er zijn in het internationale arbitragerecht derhalve geen regels voor afzetting van arbiters.

96 Zie artikel 9 van de arbitragevoorschriften van de UNCITRAL van 1976 en artikel 11 van de in 2010 en 2013 gewijzigde arbitragevoorschriften van de UNCITRAL.

97 Zie artikelen 10-12 van de arbitragevoorschriften van de UNCITRAL van 1976 en artikelen 12 en 13 van de in 2010 en 2013 gewijzigde arbitragevoorschriften van de UNCITRAL. Zie ook de richtsnoeren van de International Bar Association (IBA) inzake belangenconflicten in internationale arbitrage (te raadplegen op de website van de IBA http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx) die preciseren welke belangenconflicten tot wraking van arbiters kunnen leiden.

128. De kwestie van de kwalificatie van een internationale rechterlijke instantie die is opgericht in het kader van een bij een internationaal verdrag tussen lidstaten gecreëerde internationale organisatie is, met betrekking tot het Benelux Gerechtshof, onderzocht in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 4 november 1997, Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517).

129. In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat „[e]r [...] geen enkele reden [is] waarom een dergelijke rechterlijke instantie die verschillende lidstaten gemeen hebben, anders dan de rechterlijke instanties van elk van deze lidstaten, het Hof geen prejudiciële vragen zou kunnen voorleggen”. [98]

130. Dit geldt ook voor overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengestelde scheidsgerechten daar zij door het Koninkrijk der Nederlanden en de Slowaakse Republiek als geschillenbeslechtingsmechanisme zijn ingesteld.

131. Om deze redenen geef ik het Hof in overweging om op de tweede vraag te antwoorden dat artikel 267 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een bepaling als artikel 8 van genoemde BIT die het mogelijk maakt dat geschillen tussen investeerders en staten worden beslecht door een scheidsgerecht dat als „rechterlijke instantie van een der lidstaten” in de zin van artikel 267 VWEU moet worden beschouwd.

D. Eerste prejudiciële vraag

132. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 344 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan de toepassing van bepalingen van BITs binnen de Unie als artikel 8 van de BIT Nederland/Tsjechoslowakije, die de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten door een scheidsgerecht mogelijk maken.

133. Allereerst moet worden opgemerkt dat indien het Hof, zoals ik voorstel, oordeelt dat overeenkomstig artikel 8 van deze BIT samengestelde scheidsgerechten rechterlijke instanties van de lidstaten in de zin van artikel 267 VWEU zijn, zij dus vallen binnen de in punt 176 van advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454) bedoelde rechterlijke dialoog en zij gehouden zijn het Unierecht toe te passen. Het gebruik van internationale arbitrage onder de door artikel 8 van de BIT Nederland/Tsjechoslowakije gestelde voorwaarden kan derhalve noch afbreuk doen aan artikel 344 VWEU, noch aan de bij het VEU en het VWEU vastgestelde bevoegdheidsverdeling en bijgevolg aan de autonomie van het rechtsstelsel van de Unie.

134. In dit geval zijn de scheidsgerechten immers verplicht, op straffe van nietigheid wegens strijdigheid met de openbare orde, de door het Hof in de punten 65 tot en met 70 van advies 1/09 (Overeenkomst over de invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting) van 8 maart 2011 (EU:C:2011:123) en de punten 157 tot en met 176 van advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454) vermelde beginselen in acht te nemen, waaronder met name de voorrang van het Unierecht [99] boven het recht van de lidstaten en iedere internationale verbintenis tussen lidstaten, de rechtstreekse werking van een hele reeks op de onderdanen van de lidstaten en op de lidstaten zelf toepasselijke bepalingen, het onderlinge vertrouwen tussen lidstaten dat zij de gemeenschappelijke waarden waarop de Unie berust erkennen, en de volle toepassing en naleving van het Unierecht.

98 Punt 21. Zie in die zin ook arrest van 14 juni 2011, Miles e.a. (C-196/09, EU:C:2011:388, punt 40).

99 Verschillende scheidsgerechten die uitspraak hebben gedaan over geschillen tussen investeerders-onderdanen van de Unie en lidstaten, waaronder het scheidsgerecht dat in de onderhavige zaak aan de orde is, hebben de voorrang van het Unierecht reeds erkend. Zie Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis van 26 oktober 2010 inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing, punt 289; Electrabel SA/Hongarije (zaak ICSID nr. ARB/07/19), beslissing van 30 november 2012 inzake bevoegdheid, toepasselijk recht en aansprakelijkheid, punten 4.189-4.191; Charanne BV en Construction Investments Sàrl/Koninkrijk Spanje (zaak SCC nr. 062/2012), eindvonnis van 21 januari 2016, punten 439 en 443, en RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl/Koninkrijk Spanje (zaak ICSID nr. ARB/13/30), beslissing van 6 juni 2016 inzake bevoegdheid, punt 72 (dit zou anders zijn indien de investeerders uit een derde land kwamen, zie punten 74-76).

135. Bovendien leidt de niet-toepassing of de verkeerde toepassing van het Unierecht door de door lidstaten gecreëerde scheidsgerechten niet alleen tot de aansprakelijkheid van de betrokken lidstaten, overeenkomstig het arrest van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), omdat zij die gerechten hebben gecreëerd, maar het kan in voorkomend geval leiden tot de vaststelling van een niet-nakoming door de betrokken lidstaten overeenkomstig de artikelen 258 en 259 VWEU. [100]

136. Indien het Hof evenwel oordeelt dat overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengestelde scheidsgerechten geen rechterlijke instanties van de lidstaten in de zin van artikel 267 VWEU zijn, moet nog worden onderzocht of artikel 344 VWEU in de weg staat aan de toepassing van artikel 8 van genoemde BIT en, zo nodig, of laatstgenoemd artikel onverenigbaar is met de bij het VEU en het VWEU vastgestelde bevoegdheidsverdeling en de autonomie van het rechtsstelsel van de Unie.

137. In deze context zijn drie analyses geboden, waarbij de tweede slechts geboden is indien de eerste tot een bevestigend antwoord leidt en de derde slechts geboden is indien de eerste of de tweede vraag ontkennend wordt beantwoord:

– Ziet artikel 344 VWEU op een geschil tussen een investeerder en een lidstaat als bedoeld in artikel 8 van genoemde BIT?

– Kan het voorwerp van een dergelijk geschil dit geschil als „geschil betreffende de uitlegging of de toepassing van de Verdragen” in de zin van artikel 344 VWEU kenmerken?

– Doet deze BIT, gelet op de doelstelling ervan, afbreuk aan de bij het VEU en het VWEU vastgestelde bevoegdheidsverdeling en bijgevolg aan de autonomie van het rechtsstelsel van de Unie?

1. Ziet artikel 344 VWEU op een geschil tussen een investeerder en een lidstaat als bedoeld in artikel 8 van genoemde BIT?

138. Mijns inziens moet het antwoord ontkennend zijn om de volgende redenen.

139. Volgens artikel 344 VWEU „[verbinden] de lidstaten [...] zich een geschil betreffende de uitlegging of de toepassing van de Verdragen niet op andere wijze te doen beslechten dan in de Verdragen is voorgeschreven”.

140. Het Hof heeft vaak de gelegenheid gehad om artikel 344 VWEU uit te leggen en zich uit te spreken over de verenigbaarheid van internationale overeenkomsten met dit artikel, zelfs als het overeenkomsten betrof die de Unie en haar lidstaten met derde landen hebben gesloten. [101]

141. Volgens vaste rechtspraak „mag een internationale overeenkomst geen inbreuk maken op de in de Verdragen vastgestelde bevoegdheidsregeling en dus op de autonomie van het rechtsstelsel van de Unie waarvan het Hof de eerbiediging verzekert. Dit beginsel is met name vervat in artikel 344 VWEU, volgens hetwelk de lidstaten zich verbinden een geschil betreffende de uitlegging of de toepassing van de Verdragen niet op andere wijze te doen beslechten dan in de Verdragen is voorgeschreven”. [102]

100 Zie in die zin Electrabel SA/Hongarije (zaak ICSID nr. ARB/07/19), beslissing van 30 november 2012 inzake bevoegdheid, toepasselijk recht en aansprakelijkheid, punten 4.160-4.162.

101 Zie adviezen 1/91 (EER-Overeenkomst – I) van 14 december 1991 (EU:C:1991:490); 1/92 (EER-Overeenkomst – II) van 10 april 1992 (EU:C:1992:189); 2/94 (Toetreding van de Gemeenschap tot het EVRM) van 28 maart 1996 (EU:C:1996:140); 1/09 (Overeenkomst over de invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting) van 8 maart 2011 (EU:C:2011:123), en 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454). Zie ook arrest van 30 mei 2006, Commissie/Ierland (C-459/03, EU:C:2006:345).

102 Advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 201). Zie in die zin ook advies 1/91 (EER-Overeenkomst – I) van 14 december 1991 (EU:C:1991:490, punt 35) en arresten van 30 mei 2006, Commissie/Ierland (C-459/03, EU:C:2006:345, punt 123), en 3 september 2008, Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie (C-402/05 P en C-415/05 P, EU:C:2008:461, punt 282).

142. Volgens het Hof formuleert artikel 344 VWEU de „verplichting [voor] de lidstaten om gebruik te maken van het [...] rechterlijke stelsel [van de Unie] en de exclusieve bevoegdheid van het Hof in acht te nemen, die een essentieel kenmerk van dit stelsel is, [welke verplichting] moet worden opgevat als een specifieke uitdrukking van hun meer algemene, uit artikel [4, lid 3, VEU] voortvloeiende loyaliteitsverplichting”. [103]

143. Allereerst moet worden opgemerkt dat het scheidsgerecht dat het in het hoofdgeding aan de orde zijnde vonnis heeft gewezen, de door de Slowaakse Republiek en de Commissie aan artikel 344 VWEU ontleende argumenten minutieus heeft onderzocht. In dit verband heeft het op basis van het arrest van 30 mei 2006, Commissie/Ierland (C-459/03, EU:C:2006:345), geoordeeld dat geschillen tussen investeerders en overeenkomstsluitende partijen bij de BIT niet onder artikel 344 VWEU vielen. [104]

144. De Slowaakse Republiek, ondersteund door een aantal lidstaten en door de Commissie, betwist dit oordeel van het scheidsgerecht. Volgens haar moet artikel 344 VWEU ruim worden uitgelegd waardoor het toepasbaar is op geschillen tussen particulieren en lidstaten, vooral gelet op de bewoordingen ervan die, anders dan artikel 273 VWEU, de werkingssfeer ervan niet uitdrukkelijk beperken tot geschillen „tussen lidstaten”.

145. Ik deel dit standpunt niet.

146. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt duidelijk dat artikel 344 VWEU ziet op geschillen tussen lidstaten [105] en tussen lidstaten en de Unie [106]. Het ziet daarentegen niet op geschillen tussen particulieren, zelfs niet als de rechterlijke instantie die is verzocht ze te beslechten, het Unierecht in acht moet nemen of toepassen.

147. Zoals het Hof immers heeft geoordeeld met betrekking tot de ontwerpovereenkomst betreffende het Gerecht voor het Europees en het gemeenschapsoctrooi, „[staat] artikel 344 VWEU evenmin in de weg aan de oprichting van het [Gerecht voor het Europees en het gemeenschapsoctrooi], aangezien dat artikel enkel *de lidstaten* verbiedt een geschil betreffende de uitlegging of de toepassing van de Verdragen op een andere wijze te doen beslechten dan in de Verdragen is voorgeschreven. De bevoegdheden die volgens de ontwerpovereenkomst aan het [Gerecht voor het Europees en het gemeenschapsoctrooi] zullen worden toegekend, zullen echter enkel betrekking hebben op geschillen tussen particulieren op octrooigebied.” [107]

148. Wat geschillen tussen particulieren en lidstaten betreft merkt de Commissie op dat het rechterlijke stelsel als bedoeld in advies 1/91 (EER-Overeenkomst – I) van 14 december 1991 (EU:C:1991:490) ook beroepen van particulieren op het gebied van mededinging tegen de toezichthoudende autoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA) omvatte. [108]

103 Arrest van 30 mei 2006, Commissie/Ierland (C-459/03, EU:C:2006:345, punt 169).

104 Zie Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis van 26 oktober 2010 inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing, punt 276. Zie in die zin ook European American Investment Bank AG/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2010-17), vonnis van 22 oktober 2012 inzake bevoegdheid, punten 248-267; Electrabel SA/ Hongarije (zaak ICSID nr. ARB/07/19), beslissing van 30 november 2012 inzake bevoegdheid, toepasselijk recht, en aansprakelijkheid, punten 4.150-4.152; Charanne BV en Construction Investments Sàrl/Koninkrijk Spanje (zaak SCC nr. 062/2012), eindvonnis van 21 januari 2016, punten 441-445; RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl/Koninkrijk Spanje (zaak ICSID nr. ARB/13/30), beslissing van 6 juni 2016 inzake bevoegdheid, punt 80, en Eiser Infrastructure Limited en Energía Solar Luxembourg Sàrl/Koninkrijk Spanje (zaak ICSID nr. ARB/13/36), vonnis van 4 mei 2017, punt 204.

105 Zie arrest van 30 mei 2006, Commissie/Ierland (C-459/03, EU:C:2006:345, punt 128).

106 Zie advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punten 202 en 205).

107 Advies 1/09 (Overeenkomst over de invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting) van 8 maart 2011 (EU:C:2011:123). Cursivering van mij.

108 Zie punt 6 van dit advies.

149. Deze beroepen zouden echter niet zijn gericht tegen een lidstaat en er is hoe dan ook geen enkele passage in het advies van het Hof op grond waarvan kan worden aangenomen dat het Hof dit specifieke aspect van de ontwerpovereenkomst voor de Europese Economische Ruimte (EER) problematisch vond.

150. Beklemtoond moet nog worden dat de Unie partij moest worden bij de overeenkomst waarop dit advies betrekking had en dat deze overeenkomst bijgevolg deel moest gaan uitmaken van het Unierecht, hetgeen zeker niet het geval is voor genoemde BIT. Bovendien was het Hof, zoals duidelijk blijkt uit de punten 13 tot en met 29 van dat advies, er bezorgd over dat artikel 6 van de ontwerpovereenkomst een aan het systeem gerelateerd risico voor de homogeniteit van de uitlegging en de toepassing van het recht in de EER zou creëren [109] en niet over het feit dat beroepen op het gebied van mededinging van particulieren tegen de toezichthoudende autoriteit van de EVA onder de bevoegdheid van een rechterlijke instantie zouden vallen die buiten de rechterlijke organisatie van de Unie stond.

151. Advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454) is in dit verband van bijzonder belang omdat, ook al voorziet artikel 6, lid 2, VEU in de toetreding van de Unie tot het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM"), deze toetreding onverenigbaar zou zijn met artikel 344 VWEU indien geschillen tussen particulieren en lidstaten, de meest typerende aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voorgelegde geschillen, onder deze bepaling zouden vallen.

152. Om deze reden heeft het Hof in de punten 201 tot en met 214 van dit advies alleen de geschillen tussen lidstaten en tussen lidstaten en de Unie vanuit de invalshoek van artikel 344 VWEU onderzocht [110], terwijl het zich bewust was van het feit dat de Unie, door de toetreding tot het EVRM, zou zijn gebonden aan artikel 34, eerste zin, EVRM dat bepaalt dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens „verzoekschriften [kan] ontvangen van ieder natuurlijk persoon, iedere niet-gouvernementele organisatie, of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de [overeenkomstsluitende partijen] van de rechten die in het Verdrag of de Protocollen daarbij zijn vervat". [111]

153. Om deze redenen denk ik dat een geschil tussen een investeerder en een lidstaat als bedoeld in artikel 8 van genoemde BIT niet onder artikel 344 VWEU valt.

154. Aan deze conclusie kan niet worden afgedaan door het argument van de Commissie dat geschillen tussen investeerders en lidstaten in werkelijkheid geschillen tussen lidstaten zijn, omdat door het inleiden van een arbitrageprocedure tegen een lidstaat op basis van een bepaling als artikel 8 van de BIT Nederland/Tsjechoslowakije de investeerder geen eigen recht uitoefent maar een recht dat deze BIT aan zijn staat van herkomst verleent.

109 Artikel 6 van de ontwerpovereenkomst bepaalde dat de bepalingen van de overeenkomst voor hun uitvoering en toepassing moesten worden uitgelegd in overeenstemming met de van *vóór* de ondertekening van de overeenkomst daterende rechtspraak van het Hof betreffende de overeenkomstige bepalingen van het EEG-Verdrag, het EGKS-Verdrag, en de handelingen van afgeleid gemeenschapsrecht, waardoor er inderdaad een risico op verschillen tussen de rechtspraak van het Hof en de rechtspraak van het Hof van de EER ontstond. Zie advies 1/91 (EER-Overeenkomst – I) van 14 december 1991 (EU:C:1991:490, punten 6 en 25-29).

110 Zie met name punten 204, 205, 207 en 212.

111 Zie advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punten 17 en 18).

155. De Commissie baseert zich in dit verband op twee in punt 81 van haar schriftelijke opmerkingen genoemde arbitrale vonnissen.[112] Haar standpunt wordt echter tegengesproken door diezelfde arbitragerechtspraak[113] en kan hoe dan ook niet op algemene bijval rekenen.[114]

156. Het is in het internationale recht immers algemeen aanvaard dat bepalingen van een internationaal verdrag onder bepaalde voorwaarden rechten aan particulieren kunnen verlenen.[115] In die zin hebben verschillende scheidsgerechten[116] en nationale gerechten[117] geoordeeld dat BITs rechtstreeks rechten aan investeerders verleenden.[118]

157. Dit is zeker het geval voor artikel 3 van genoemde BIT, waarvan het scheidsgerecht in het in het hoofdgeding aan de orde zijnde arbitrale vonnis de schending heeft vastgesteld, omdat het de investeerders van de overeenkomstsluitende partijen uitdrukkelijk noemt als rechthebbenden op een eerlijke en rechtvaardige behandeling en op de meestbegunstigingsbehandeling.

158. Bovendien verschilt het recht dat van toepassing is op de in artikel 8, lid 6, van genoemde BIT[119] bedoelde geschillen, van het recht dat, overeenkomstig artikel 10, lid 7 ervan[120], van toepassing is op geschillen tussen de twee staten die partij bij deze BIT zijn.

112 Zie Loewen Group & Raymond L. Loewen/Verenigde Staten van Amerika (zaak ICSID nr. ARB(AF)/98/3), vonnis van 26 juni 2003, punt 233, en Archer Daniels Midland Company en Tate & Lyle Ingredients Americas Inc./Verenigde Mexicaanse Staten (zaak ICSID nr. ARB(AF)/04/05), vonnis van 21 november 2007, punt 178.

113 Zie Loewen Group & Raymond L. Loewen/Verenigde Staten van Amerika (zaak ICSID nr. ARB(AF)/98/3), vonnis van 26 juni 2003, punt 223 waarin het scheidsgerecht heeft aanvaard dat hoofdstuk 11 van de Noord-Amerikaanse Vrijhandelsassociatie (NAFTA) een geleidelijke ontwikkeling van het internationale recht vertegenwoordigt waarbij de investeerder aanspraak kan maken op *zijn eigen rechten* en *zijn eigen vordering aan* internationale arbitrage kan onderwerpen (Chapter Eleven of NAFTA represents a progressive development in international law whereby the individual investor may make a claim on its own behalf and submit the claim to international arbitration).

114 Zie Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, blz. 17-38.

115 Naast het voorbeeld van het VWEU en het EVRM noem ik het Verdrag van Wenen van 24 april 1963 inzake consulaire betrekkingen. Zie in die zin arrest van 27 juni 2001, zaak LaGrand (Duitsland/Verenigde Staten van Amerika), ICJ, Reports 2001, blz. 466, punt 78.

116 Zie in die zin American Manufacturing & Trading Inc./Republiek Zaïre (zaak ICSID nr. ARB/93/1), vonnis van 21 februari 1997, punt 6.06; CMS Gas Transmission Company/Republiek Argentinië (zaak ICSID nr. ARB/01/8), beslissing van het gerecht van 17 juli 2003 inzake uitzonderingen op zijn bevoegdheid, punt 45; Corn Products International, Inc./Verenigde Mexicaanse Staten (zaak ICSID nr. ARB(AF)04/01), vonnis van 15 januari 2008, punten 174-176; Cargill Inc./Verenigde Mexicaanse Staten (zaak ICSID nr. ARB(AF)05/2), vonnis van 18 september 2009, punten 424-426, en European American Investment Bank AG/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2010-17), vonnis van 22 oktober 2012 inzake bevoegdheid, punt 445. Zie in die zin ook Burdeau, G., „Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant l'Etat", 1995, *Revue de l'arbitrage*, blz. 3-12; Paulsson, J., „Arbitration Without Privity", 1995, deel 10, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, blz. 232-256; Wälde, T., „Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty", 1996, *Arbitration International*, blz. 429 en 435-437, en Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, blz. 32-38.

117 Zie Occidental Exploration & Production Company v Republic of Ecuador [2005] EWCA Civ 1116, [2006] QB 432, punt 22, waarin de Court of Appeal (England and Wales) [hogerberoepsrechter (Engeland en Wales)] punt 233 van het vonnis van 26 juni 2003 in de arbitrage Loewen Group & Raymond L. Loewen/Verenigde Staten van Amerika (zaak ICSID nr. ARB(AF)/98/3) als „controverse" kwalificeert en daaraan toevoegt dat de Court of Appeal een uitlegging van dit vonnis dat BITs geen rechten verlenen aan investeerders maar aan hun staat van herkomst, niet deelt.

118 BITs bevatten weliswaar stelselmatig arbitragebedingen voor geschillen tussen de overeenkomstsluitende staten (zie in casu artikel 10 van de BIT Nederland/Tsjechoslowakije), maar een dergelijke arbitrage heeft, bij mijn weten, sinds de ondertekening van de eerste BIT in 1959 nog nooit plaatsgevonden. Dit is zeker het geval voor de BITs tussen lidstaten.

119 Volgens deze bepaling „[beslist] het scheidsgerecht [...] op basis van het recht, waarbij het met name doch niet uitsluitend rekening houdt met: de vigerende wetgeving van de betrokken overeenkomstsluitende partij; de bepalingen van deze Overeenkomst en andere van belang zijnde overeenkomsten tussen de overeenkomstsluitende partijen; de bepalingen van bijzondere overeenkomsten betreffende de investering, en de algemene beginselen van het internationale recht".

120 „Het scheidsgerecht beslist op basis van deze Overeenkomst en andere van belang zijnde overeenkomsten tussen de twee overeenkomstsluitende partijen, de algemene beginselen van het internationale recht alsmede de algemene rechtsregels die het scheidsgerecht toepasselijk acht. De voorgaande bepalingen doen geen afbreuk aan de bevoegdheid van het scheidsgerecht om in het geschil een uitspraak ex aequo et bono te doen indien de partijen daarmede instemmen." („The tribunal shall decide on the basis of the present Agreement and other relevant Agreements between the two Contracting Parties, the general principles of international law, as well as such general rules of law as the tribunal deems applicable. The foregoing provisions shall not prejudice the power of the tribunal to decide the dispute ex aequo et bono if the Parties so agree".)

159. Op grond van het voorgaande stel ik vast dat artikel 344 VWEU niet ziet op een geschil tussen een investeerder en een lidstaat als bedoeld in artikel 8 van deze BIT, zodat de vraag of een dergelijk geschil een „geschil betreffende de uitlegging of de toepassing van [het VEU en het VWEU]" is niet hoeft te worden beantwoord. Voor het geval het Hof mijn conclusie inzake het eerste punt niet deelt, onderzoek ik deze vraag eveneens.

2. Is het aan de orde zijnde geschil een „geschil betreffende de uitlegging of de toepassing van de Verdragen"?

160. Onder vermelding van de punten 140, 149 en 151 tot en met 153 van het arrest van 30 mei 2006, Commissie/Ierland (C-459/03, EU:C:2006:345), meent de verwijzende rechter dat er alleen sprake kan zijn van schending van artikel 344 VWEU indien het arbitrale vonnis strekt tot uitlegging en toepassing van bepalingen van het Unierecht zelf, hetgeen volgens hem niet het geval is bij het in het hoofdgeding aan de orde zijnde arbitrale vonnis.

161. De Slowaakse Republiek, ondersteund door verschillende lidstaten en de Commissie, betwist dit oordeel van de verwijzende rechter. Zij meent dat artikel 344 VWEU van toepassing is op een geschil als dat tussen Achmea en de Slowaakse Republiek doordat dit geschil wel degelijk de uitlegging en de toepassing van het VEU en het VWEU betreft, ook in de zin van het arrest van 30 mei 2006, Commissie/Ierland (C-459/03, EU:C:2006:345).

162. Ik deel deze mening niet.

163. Het Hof heeft weliswaar in zijn arrest van 30 mei 2006, Commissie/Ierland (C-459/03, EU:C:2006:345), en zijn advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454) geoordeeld dat geschillen de uitlegging en toepassing van het VEU en het VWEU betroffen ook al vielen zij onder internationale overeenkomsten (te weten, respectievelijk, het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee, gesloten te Montego Bay op 10 december 1982, en het EVRM).

164. Maar dat was niet het geval omdat de Unie partij was bij de betrokken overeenkomst (het verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee), die dus deel uitmaakte van het Unierecht, dan wel omdat zij zou toetreden tot de betrokken overeenkomst (het EVRM), die dus deel zou gaan uitmaken van het Unierecht.

165. Het Hof heeft in de punten 126 en 127 van het arrest van 30 mei 2006, Commissie/Ierland (C-459/03, EU:C:2006:345), immers geoordeeld:

„Zoals het Hof heeft vastgesteld, vallen de bepalingen van het [verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee] die een rol spelen in het geschil betreffende de MOX-fabriek, onder een bevoegdheid van de [Unie], die deze heeft uitgeoefend door partij te worden bij dat verdrag, zodat die bepalingen deel uitmaken van de [...] rechtsorde [van de Unie].

Bijgevolg is in casu sprake van een geschil betreffende de uitlegging of toepassing van het [VWEU] in de zin van artikel [344 VWEU]."

166. Evenzo heeft het Hof in advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454) geoordeeld dat „het EVRM [...] integrerend deel [zou] uitmaken van het recht van de Unie. Wanneer dit recht aan de orde is, is het Hof dus bij uitsluiting bevoegd om kennis te nemen van elk geding tussen de lidstaten onderling en tussen de lidstaten en de Unie betreffende de eerbiediging van dat Verdrag". Op deze basis heeft het Hof geoordeeld dat de toetreding van de Unie

tot het EVRM afbreuk kon doen aan artikel 344 VWEU. [121]

167. Anders dan bij de overeenkomsten die aan de orde waren in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 30 mei 2006, Commissie/Ierland (C-459/03, EU:C:2006:345), en in advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454), is de Unie echter geen partij bij genoemde BIT, die dus geen deel uitmaakt van het Unierecht, het criterium dat in die twee beslissingen van het Hof is gedefinieerd.

168. Bijgevolg wordt de door artikel 344 VWEU gewaarborgde uitsluitende bevoegdheid van het Hof niet aangetast.

169. Aan deze vaststelling wordt niet afgedaan door het argument van de Commissie dat het Unierecht deel uitmaakt van het recht dat van toepassing is op geschillen tussen investeerders en de staten die partij zijn bij genoemde BIT en dat in casu Achmea een schending van het Unierecht in de arbitrageprocedure heeft aangevoerd.

170. In dit verband heeft het in de onderhavige zaak aan de orde zijnde scheidsgerecht geoordeeld dat het „geenszins wordt belet het Unierecht in aanmerking te nemen [maar juist gehouden was] dit recht toe te passen voor zover het, overeenkomstig artikel 8 van de BIT, het Duitse recht, of anderszins, deel uitmaakt[e] van het toepasselijke recht”. [122] Het heeft daaraan toegevoegd dat het Hof „het monopolie op de uiteindelijke en gezaghebbende uitleg van het Unierecht” had. [123]

171. Ik voeg hieraan toe dat een overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengesteld scheidsgerecht er ook op grond van artikel 3, lid 5, van genoemde BIT toe kan worden gebracht het Unierecht toe te passen. Daarin is onder meer bepaald dat indien een verdrag dat op een later tijdstip tussen partijen wordt aangegaan [124] algemene of bijzondere regelingen bevat op grond waarvan investeringen door investeerders van de andere overeenkomstsluitende partij aanspraak kunnen maken op een behandeling die gunstiger is dan in deze BIT is voorzien, dergelijke regelingen, in zoverre zij gunstiger zijn, voorrang hebben boven deze BIT. [125]

172. Bovendien zouden het VEU en het VWEU zelfs bij het ontbreken van een bepaling als artikel 8, lid 6, van genoemde BIT hoe dan ook deel uitmaken van de door de scheidsgerechten in acht te nemen rechtsregels, daar deze verplichting zonder meer voortvloeit uit artikel 31, lid 3, onder a) en c), van het Verdrag van Wenen. [126]

173. Het feit dat het Unierecht op grond van artikel 8, lid 6, van genoemde BIT deel uitmaakt van het op geschillen tussen investeerders en staten toepasselijke recht impliceert evenwel niet dat deze geschillen de uitlegging of de toepassing van de Verdragen betreffen en wel om twee redenen: in de eerste plaats beperkt de bevoegdheid van het scheidsgerecht zich tot het doen van uitspraken over schendingen van genoemde BIT en in de tweede plaats zijn de werkingssfeer van deze BIT en de erin opgenomen rechtsnormen niet gelijk aan die van het VEU en het VWEU.

121 Zie punten 205-214 van het advies.

122 Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis van 26 oktober 2010 inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing, punt 281 („Far from being precluded from considering and applying EU law the Tribunal is bound to apply it to the extent that it is part of the applicable law(s), whether under BIT Article 8, German law or otherwise”). Zie tevens in die zin Isolux Infrastructure Netherlands BV/Koninkrijk Spanje (zaak SCC V 2013/153), vonnis van 12 juli 2016, punt 654.

123 Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis van 26 oktober 2010 inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing, punt 282 („What the ECJ has is a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU law”).

124 Zoals het VEU en het VWEU.

125 Zie in die zin, met betrekking tot een vergelijkbare bepaling (artikel 16, lid 2, van het Verdrag inzake het Energiehandvest), Eiser Infrastructure Limited en Energía Solar Luxembourg Sàrl/Koninkrijk Spanje (zaak ICSID nr. ARB/13/36), vonnis van 4 mei 2017, punt 202.

126 Volgens deze bepaling dient bij de uitlegging van een verdrag rekening te worden gehouden met iedere later tot stand gekomen overeenstemming tussen de partijen met betrekking tot de uitlegging van het verdrag of de toepassing van zijn bepalingen (in casu het VEU en het VWEU) en iedere ter zake dienende regel van het volkenrecht die op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast (in casu het Unierecht).

a) De bevoegdheid van het scheidsgerecht beperkt zich tot het doen van uitspraken over schendingen van de BIT

174. Zoals het in casu aan de orde zijnde scheidsgerecht heeft geoordeeld „is zijn bevoegdheid beperkt tot het doen van uitspraken over vermeende schendingen van de BIT. Het gerecht is niet bevoegd uitspraak te doen over schendingen van het Unierecht als zodanig.” [127]

175. Het is immers niet de taak van het gerecht om vast te stellen of de lidstaat met zijn door de investeerder betwiste gedrag zijn uit het VEU en het VWEU of, meer in het algemeen, het Unierecht voortvloeiende verplichtingen heeft geschonden. Integendeel, zijn taak is het vaststellen van schendingen van genoemde BIT door de lidstaat die de investering heeft ontvangen, waarbij het Unierecht een van de relevante elementen is waarmee bij de beoordeling van het gedrag van de staat in het licht van genoemde BIT rekening moet worden gehouden. [128]

176. In deze zin „[kan] het Unierecht [...] gevolgen hebben voor de omvang van de uit de BIT voortvloeiende rechten en verplichtingen in deze zaak, gelet op de rol ervan als deel van het overeenkomstig artikel 8, lid 6, van de BIT en het Duitse recht, de lex loci arbitri, toepasselijke recht”. [129]

177. Het Unierecht heeft echter geen gevolgen gehad voor de inhoud van het geschil tussen Achmea en de Slowaakse Republiek. Uit de twee in het hoofdgeding gewezen arbitrale vonnissen blijkt immers niet dat Achmea voor het scheidsgerecht handelingen van Unierecht heeft aangevoerd met het oog op de uitlegging en de toepassing ervan in het kader van een procedure tot vaststelling van een schending van bepalingen van die handelingen door de Slowaakse Republiek. [130] Achmea stelde juist dat de door de Slowaakse Republiek in de zorgverzekeringssector genomen wettelijke maatregelen [131], die hun oorsprong of grondslag niet in het Unierecht hadden, de artikelen 3, 4 en 5 van genoemde BIT schonden.

178. Bovendien heeft, zoals het scheidsgerecht heeft geoordeeld, noch Achmea, noch de Slowaakse Republiek zich beroepen op bepalingen van Unierecht die gevolgen hadden kunnen hebben voor de argumentatie of de beslissing ten gronde van het gerecht over hun geschil. Zijn vonnis kan derhalve geen gevolgen hebben voor Unierechtelijke kwesties. [132]

127 Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis van 26 oktober 2010 inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing, punt 290 („the Tribunal notes that its jurisdiction is confined to ruling upon alleged breaches of the BIT. The Tribunal does not have jurisdiction to rule on alleged breaches of EU law as such.”) Zie tevens in die zin Isolux Infrastructure Netherlands BV/Koninkrijk Spanje (zaak SCC V 2013/153), vonnis van 12 juli 2016, punt 651.

128 Zie met name Emilio Agustín Maffezini/Koninkrijk Spanje (zaak ICSID nr. ARB/97/7), vonnis van 13 november 2000, punten 65-71, waarin een investeerder zich beriep op schending door het Koninkrijk Spanje van de verplichting om zijn investering eerlijk en rechtvaardig te behandelen. Volgens hem had hij voor zijn investering aanvullende kosten moeten maken in de vorm van een milieueffectonderzoek. Het scheidsgerecht heeft eraan herinnerd dat de verplichting tot het doen van een zodanig onderzoek uit het Unierecht voortvloeide en dat het Koninkrijk Spanje niets anders had gedaan dan zich ervan te vergewissen dat die verplichting was nageleefd. Het heeft diens vordering dienaangaande derhalve afgewezen.

129 Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis van 26 oktober 2010 inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing, punt 279 („EU law may have a bearing upon the scope of rights and obligations under the BIT in the present case, by virtue of its role as part of the applicable law under BIT Article 8(6) and German law as the *lex loci arbitri*”). Ik zie hoe dan ook niet in waarom het de scheidsgerechten verboden zou moeten worden om rekening te houden met het Unierecht, daar een dergelijk verbod hun de mogelijkheid zou ontnemen om, in voorkomend geval, de BIT conform het Unierecht uit te leggen teneinde strijdigheden met dat recht te vermijden.

130 Daarentegen had, zoals uit punt 151 van het arrest van 30 mei 2006, Commissie/Ierland (C-459/03, EU:C:2006:345), blijkt, „Ierland [...] gemeenschapshandelingen aan het scheidsgerecht voorgelegd met het oog op de uitlegging en toepassing ervan in het kader van een procedure tot vaststelling dat het Verenigd Koninkrijk de bepalingen van die instrumenten had geschonden”.

131 Zie punt 24 van deze conclusie.

132 Zie Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), eindvonnis van 7 december 2012, punten 275 en 276.

b) De werkingssfeer van genoemde BIT en de erin opgenomen rechtsnormen zijn niet gelijk aan die van het VEU en het VWEU

179. Het standpunt van de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen [133] en ter terechtzitting berust op de premisse dat het Unierecht investeerders, met name middels de fundamentele vrijheden en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest"), een volledige bescherming op het gebied van investeringen biedt.

180. Ik weet niet wat de Commissie onder „volledige bescherming" verstaat, maar de vergelijking van genoemde BIT met het VEU en het VWEU toont aan dat de door die verdragen aan investeringen toegekende bescherming nog verre van volledig is. Mijns inziens roepen BITs binnen de Unie, en meer in het bijzonder de in het hoofdgeding aan de orde zijnde BIT, rechten en verplichtingen in het leven die de waarborgen van het Unierecht voor de bescherming van grensoverschrijdende investeringen noch overnemen, noch tegenspreken. [134]

181. De in het hoofdgeding aan de orde zijnde BIT kan vanuit drie gezichtshoeken worden geanalyseerd. Ten eerste is de werkingssfeer ervan ruimer dan die van het VEU en het VWEU (1). Ten tweede hebben verschillende in die BIT opgenomen rechtsnormen geen equivalent in het Unierecht (2). Ten derde overlappen sommige van die normen en het Unierecht elkaar gedeeltelijk zonder evenwel te leiden tot met het VEU en het VWEU onverenigbare resultaten (3).

182. Alvorens deze analyse te maken noem ik de voornaamste in deze BIT vervatte rechtsnormen:

– het beginsel van legaliteit van de investering [135] (artikel 2);

– de eerlijke en rechtvaardige behandeling (artikel 3, lid 1);

– de volledige zekerheid en bescherming (artikel 3, lid 2);

– de meestbegunstigingsclausule (artikel 3, leden 2 en 3);

– de zogeheten umbrella clause betreffende de nakoming van contractuele verplichtingen [136] (artikel 3, lid 4);

– het vrij overmaken van betalingen (artikel 4);

133 Zie punten 13, 18, 57, 101 en 130 van haar schriftelijke opmerkingen.

134 Zie in die zin ook Eastern Sugar BV/Tsjechische Republiek (UNCITRAL) (zaak SCC nr. 088/2004), deelvonnis van 27 maart 2007, punten 159-172; Rupert Joseph Binder/Tsjechische Republiek (UNCITRAL), vonnis van 6 juni 2007 inzake bevoegdheid, punt 63; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius/Slowaakse Republiek (UNCITRAL), beslissing van 30 april 2010 inzake bevoegdheid, punten 74-79; Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis van 26 oktober 2010 inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing, punten 245-267; European American Investment Bank AG/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2010-17), vonnis van 22 oktober 2012 inzake bevoegdheid, punten 178-185; WNC Factoring Ltd/Tsjechische Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2014-34), vonnis van 22 februari 2017, punten 298-308; Anglia Auto Accessories Limited/Tsjechische Republiek (zaak SCC V 2014/181), eindvonnis van 10 maart 2017, punten 115 en 116; I.P. Busta en J.P. Busta/Tsjechische Republiek (zaak SCC V 2015/014), eindvonnis van 10 maart 2017, punten 115 en 116.

135 Volgens dit beginsel kan een investeerder alleen aanspraak maken op de bescherming van de BIT voor investeringen die het recht van het land van ontvangst eerbiedigden op het moment dat zij werden gedaan. Zie met name Salini Costruttori SpA en Italstrade SpA/Koninkrijk Marokko (zaak ICSID nr. ARB/00/4), vonnis van 31 juli 2001 inzake bevoegdheid, punt 46 en Tokios Tokelés/Oekraïne (zaak ICSID nr. ARB/02/18), vonnis van 29 juni 2004 inzake bevoegdheid, punt 84.

136 De schending van een overeenkomst tussen een staat en een buitenlandse investeerder vormt op zichzelf geen schending van het internationale recht. Een beding tot naleving van contractuele verplichtingen die de staat die de investering ontvangt, is aangegaan jegens investeerders van de andere lidstaat die partij bij de BIT is, heeft derhalve tot gevolg dat de verbintenis tot naleving van deze verplichtingen in de BIT wordt geïntegreerd. Wanneer zij van mening zijn dat deze verplichtingen zijn geschonden, kunnen investeerders dus aanspraak maken op de door de BIT geboden bescherming, waaronder met name het recht om gebruik te maken van internationale arbitrage, hetgeen zonder de clausule betreffende de nakoming van contractuele verplichtingen onmogelijk zou zijn geweest omdat het internationale recht niet daartoe verplicht.

– het verbod op onrechtmatige onteigening (artikel 5);

– de schadeloosstelling wegens oorlog, gewapend conflict, noodtoestand, of andere uitzonderlijke situaties (artikel 6);

– de subrogatie van de verzekeraar in de rechten van de investeerder in geval van verzekering tegen niet-commerciële risico's (artikel 7);

– het ISDS-mechanisme (artikel 8);

– het mechanisme voor de beslechting van geschillen tussen staten (artikel 10), en

– de uitloopclausule, de zogeheten sunset clause"[137] (artikel 13, lid 3).

1) De werkingssfeer van genoemde BIT is ruimer dan die van het VEU en het VWEU

183. Behoudens uitdrukkelijke beperking bestrijken BITs elk handelen of nalaten van de staat dat gevolgen heeft voor een buitenlandse investeerder en zijn investering. In die zin zijn zij van toepassing op situaties die niet onder het VEU en het VWEU vallen.

184. De beste voorbeelden zijn het mechanisme dat de stabiliteit van de eurozone waarborgt, het strafrecht, en de directe belastingen.

185. Ik refereer hierbij aan de arbitrageprocedures op basis van BITs binnen de Unie waarnaar de Helleense Republiek en de Republiek Cyprus ter terechtzitting hebben verwezen, die betrekking hebben op maatregelen die zij hebben genomen in overeenstemming met de voorwaarden voor hun financiëlebijstandfaciliteit, welke zijn vastgelegd in de memoranda van overeenstemming en andere instrumenten waarover is onderhandeld in het kader van het Verdrag tot instelling van het Europees stabiliteitsmechanisme (ESM) of het aan het ESM voorafgaande stelsel [te weten de Europese Faciliteit voor financiële stabiliteit (EFSF)]. Deze maatregelen vallen dus hetzij onder het ESM, hetzij onder de bevoegdheid van de lidstaten, maar niet onder het VEU en het VWEU[138], in het kader waarvan zij niet door particulieren kunnen worden betwist wegens onverenigbaarheid met het Unierecht.

186. In die zin hebben de door de Griekse regering genomen maatregelen, die bekend staan onder de Engelse aanduiding „Private Sector Involvement" (hierna: „PSI") en in wezen bestonden uit de unilaterale waardevermindering met terugwerkende kracht van door deze regering uitgegeven obligaties tegen de wil van bepaalde houders ervan, geleid tot de arbitrageprocedure tussen een Slowaakse en een Cypriotische investeerder enerzijds en de Helleense Republiek anderzijds.[139] Volgens deze investeerders vormde hun „gedwongen" deelname aan de in de PSI voorziene waardevermindering een met de BITs Griekenland/Tsjechoslowakije en Griekenland/Cyprus strijdige indirecte onteigening en een oneerlijke en onrechtmatige behandeling.

137 Volgens deze clausule blijven de tijdens de looptijd van de BIT gedane investeringen gedurende een daarin gestelde aanvullende periode de door de BIT geboden materiële bescherming genieten, zelfs indien deze niet meer van kracht is. Deze periode begint op de dag dat de BIT afloopt.

138 Volgens de rechtspraak van het Hof vallen deze maatregelen niet onder het Unierecht, ook al moeten specifieke maatregelen die aan lidstaten zijn opgelegd en die voorwaarden verbinden aan de financiële bijstand waarom zij in het kader van het ESM hebben verzocht, het Unierecht in acht nemen. Zie in die zin arresten van 27 november 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, punten 151, 164, 179 en 180), en 20 september 2016, Mallis e.a./Commissie en ECB (C-105/15 P–C-109/15 P, EU:C:2016:702, met name punten 59 en 61). Het door de Commissie en de Europese Centrale Bank (ECB) in naam van het Europees Stabiliteitsmechanisme (ESM) ondertekende memorandum van overeenstemming is immers een ESM-handeling waarvan de wettigheid niet door de Unierechter kan worden getoetst. Aan de vaststelling dat deze maatregelen niet onder het Unierecht vallen wordt evenwel geen afbreuk gedaan door de mogelijkheid om een schadevordering tegen de Unie in te stellen, aangezien de Commissie en de ECB dit memorandum van overeenstemming hebben ondertekend, hetgeen een gekwalificeerde schending van het Unierecht kan vormen die schade heeft veroorzaakt. Zie in die zin arrest van 20 september 2016, Ledra Advertising e.a./Commissie en ECB (C-8/15 P–C-10/15 P, EU:C:2016:701, punten 52-55).

139 Zie Poštová banka, a.s. en Istrokapital SE/Helleense Republiek (zaak ICSID nr. ARB/13/8), vonnis van 9 april 2015, punten 60-76.

187. Over de PSI was onderhandeld door de Griekse regering en de „trojka" [Commissie, ECB, en Internationaal Monetair Fonds (IMF)] en deze was vervolgens door de Eurogroep goedgekeurd.[140] Zoals het Hof heeft geoordeeld vindt de deelname van de Commissie en de ECB aan de trojka buiten het VEU en het VWEU plaats en is de Eurogroep geen orgaan van de Unie.[141] BITs kennen geen dergelijke beperking. Zij zijn van toepassing op elke handeling van de staat.

188. Dit geldt ook voor de door de Republiek Cyprus tijdens de bankencrisis opgelegde kapitaalcontrolemaatregelen, die het voorwerp zijn van de arbitrageprocedure Theodoros Adamakopoulos e.a./Republiek Cyprus (zaak ICSID nr. ARB/15/49). Ter terechtzitting heeft de Cypriotische regering toegegeven dat zij zelf deze maatregelen had vastgesteld op grond van artikel 65, lid 1, VWEU, dat de lidstaten toestaat, en dus niet verplicht, beperkingen van het vrije kapitaalverkeer in te voeren.

189. Volgens de president van de ECB zijn deze maatregelen, ook al kan de vaststelling ervan als beperking van het vrije kapitaalverkeer krachtens artikel 65, lid 1, VWEU worden getolereerd, toch „ *unilaterale en soevereine* nationale maatregelen van het Cypriotische parlement, de Cypriotische regering en/of de centrale bank van Cyprus".[142] Hoewel de lidstaten hun bevoegdheden moeten uitoefenen op een wijze die het Unierecht niet schendt, kan de BIT investeerders een nuttige bescherming bieden, daar waar onder de uitsluitende bevoegdheid van de lidstaten vallende maatregelen hen benadelen zonder evenwel het Unierecht te schenden.

190. Op vergelijkbare wijze bestonden de in het kader van het ESM overeengekomen en door de Eurogroep goedgekeurde maatregelen ter sanering van de Cypriotische bankensector in de ontmanteling van de Laïki bank, de splitsing ervan in een „good bank" en een „bad bank", en de integratie van de „good bank" in de Trapeza Kyprou bank.[143] Jegens Laïki zijn tevens maatregelen genomen door de Cypriotische regering, welke maatregelen, volgens haar aandeelhouder Marfin Investment Group, hebben geleid tot een toename van het belang van de Republiek Cyprus in het vermogen van Laïki, ten koste van haar. Tegen de door Marfin Investment Group benoemde bestuurders van Laïki zijn strafprocedures ingeleid en aan Marfin Investment Group en aan haar bestuurders toebehorende goederen zijn in beslag genomen. Daar zij van mening was dat deze maatregelen een indirecte onteigening van haar investering in de Laïki bank en een met de BIT Griekenland/Cyprus strijdige willekeurige en discriminerende behandeling vormden, heeft Marfin Investment Group een arbitrageprocedure ingeleid tegen de Republiek Cyprus.[144]

191. Het behoeft geen betoog dat het in die arbitrage aan de orde zijnde geschil evenmin binnen de werkingssfeer van het VEU en het VWEU valt, noch wat het strafrechtelijke deel ervan, noch wat het saneringsdeel ervan betreft. Ter terechtzitting heeft de Cypriotische regering het scheidsgerecht verweten dat het haar had gelast „geen Europese arrestatiebevelen uit te vaardigen of uit te voeren" tegen bepaalde Griekse onderdanen, ook al had dit tot doel om deze onderdanen als getuigen aan terechtzittingen bij het scheidsgerecht te kunnen laten deelnemen.

140 Zie persverklaring van de Eurogroep van 21 februari 2012.

141 Zie arresten van 20 september 2016, Ledra Advertising e.a./Commissie en ECB (C-8/15 P–C-10/15 P, EU:C:2016:701, punt 52), en Mallis e.a./Commissie en ECB (C-105/15 P–C-109/15 P, EU:C:2016:702, punten 52-61).

142 Zie brief van 13 juli 2015 van Mario Draghi, president van de ECB, aan Europees parlementslid Sven Giegold, te raadplegen op de website van de ECB https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/150714letter_giegold.en.pdf?1a6b3fcf462edc2c155fec04e0f9d475. Cursivering van mij.

143 Deze maatregelen vallen niet onder het Unierecht. Zie arrest van 20 september 2016, Mallis e.a./Commissie en ECB (C-105/15 P–C-109/15 P, EU:C:2016:702).

144 Zie de aanhangige arbitrage Marfin Investment Group Holdings SA, Alexandros Bakatselos e.a./Republiek Cyprus (zaak ICSID nr. ARB//13/27). Zie ook de persmededeling van de juridische dienst van de Republiek Cyprus, te raadplegen op de website van zijn pers- en inlichtingenbureau. (http://www.pio.gov.cy/moi/pio/pio2013.nsf/All/4D30C42F4FB53EB7C225802E00436251?OpenDocument&L=G).

192. Zoals echter uit de persmededeling van de juridische dienst van de Republiek Cyprus blijkt, valt de beslissing om dergelijke arrestatiebevelen al dan niet uit te vaardigen onder de uitsluitende bevoegdheid van de lidstaten. Ik zie derhalve niet in hoe de beslissing van het scheidsgerecht de Republiek Cyprus zou hebben belet te voldoen aan haar verplichtingen op grond van kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten [145], dat in wezen betrekking heeft op de uitvoering in andere lidstaten van door een lidstaat (in dit geval de Republiek Cyprus) uitgevaardigde bevelen en op de procedures inzake de overlevering van de personen op wie deze bevelen betrekking hebben. Wat de opschorting van de uitvoering van de bevelen betreft, bevat dit kaderbesluit geen bepaling inzake de uitvoering van bevelen in het land van uitvaardiging. In die zin valt deze kwestie eveneens onder de uitsluitende bevoegdheid van de lidstaten. Hoe dan ook, het betrokken scheidsgerecht blijkt zijn beslissing om de betrokken Griekse onderdanen te verplichten voor de Cypriotische rechter te verschijnen, het voorwerp van de Europese arrestatiebevelen, op verzoek van de procureur-generaal van Cyprus te hebben ingetrokken. [146]

193. Met betrekking tot directe belastingen is genoemde BIT ten volle van toepassing. Dit is niet het geval voor het VEU en het VWEU omdat directe belastingen onder de bevoegdheid van de lidstaten vallen, ook al moeten zij deze bevoegdheid in overeenstemming met het Unierecht uitoefenen. [147] De bescherming die de fundamentele vrijheden op het gebied van directe belastingen bieden [148], omvat alleen het verbod om belastingplichtigen die zich in objectief vergelijkbare situaties bevinden, verschillend te behandelen en om belastingplichtigen die zich in verschillende situaties bevinden, gelijk te behandelen. [149]

194. Ter terechtzitting heeft de Commissie verwezen naar het arrest van 5 februari 2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47), terwijl dit arrest, anders dan de Commissie stelt, aantoont dat het Unierecht geen „volledige” bescherming op het gebied van investeringen biedt. [150] Uit de punten 23 en 30 van dit arrest blijkt immers duidelijk dat het Unierecht op het gebied dat in dat arrest aan de orde is, te weten directe belastingen, alleen bescherming biedt tegen discriminatie.

145 PB 2002, L 190, blz. 1. Het kaderbesluit definieert de strafbare feiten waarvoor een Europees arrestatiebevel kan worden uitgevaardigd maar ziet niet op de andere strafrechtelijke voorwaarden die in een dergelijke procedure in acht moeten worden genomen, welke bij uitsluiting onder de bevoegdheid van de lidstaat die het arrestatiebevel heeft uitgevaardigd vallen.

146 Zie persbericht „Bouloutas en Foros voor de rechter verschenen” op de website van de krant Politis https://politis.com.cy/article/parousiastikan-sto-dikastirio-mpouloutas-ke-foros

147 Zie arresten van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, punt 21); 12 december 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, punt 36), en 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a. (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punt 14).

148 Met uitzondering van enkele zeldzame gevallen waarin het VEU dit bepaalt (artikelen 110-112 VWEU) en de Unie regelgeving heeft vastgesteld. Ik noem, bij wijze van voorbeeld, richtlijnen 2003/49/EG, 2009/133/EG, 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG (PB 2011, L 64, blz. 1), 2011/96/EU en (EU) 2015/2060 van de Raad van 10 november 2015 tot intrekking van richtlijn 2003/48/EG betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling (PB 2015, L 301, blz. 1). Zie in die zin ook conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak C (C-122/15, EU:C:2016:65, punten 42-50). Niets belet de instellingen van de Unie of de lidstaten, naargelang van de verdeling van hun bevoegdheden op de betrokken gebieden, om te voorzien in één enkel rechtskader voor de bescherming van investeringen op het gehele grondgebied van de Unie dat de BITs vervangt.

149 Zie in die zin arresten van 14 november 1995, Svensson en Gustavsson (C-484/93, EU:C:1995:379, punten 12-19); 1 april 2014, Felixstowe Dock and Railway Company e.a. (C-80/12, EU:C:2014:200, punten 20, 21 en 25); 17 juli 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, punten 19 en 24); 3 februari 2015, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-172/13, EU:C:2015:50, punten 21 en 24), en 24 november 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punt 54).

150 Door naar dat arrest te verwijzen, dat directe belastingen betreft, om aan te tonen dat het Unierecht een volledige bescherming biedt op het gebied van investeringen, spreekt de Commissie zichzelf tegen, daar zij tegelijkertijd de stelling verdedigt dat het arrest van 5 juli 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), dat eveneens door het VWEU verboden discriminatie op het gebied van rechtstreekse belastingen betreft, niet relevant is voor de beoordeling van de verenigbaarheid van artikel 8 van genoemde BIT met artikel 18 VWEU, omdat directe belastingen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren. Zie punt 78 van deze conclusie.

195. Bovendien richten de bepalingen van het Handvest, volgens artikel 51, lid 1, ervan, zich uitsluitend tot de lidstaten wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen. Zoals het Hof heeft geoordeeld zijn op maatregelen inzake directe belastingen die niet onder de bepalingen van het VWEU of de belastingrichtlijnen vallen, de bepalingen van het Handvest niet van toepassing. [151]

196. De door de BITs aan investeerders toegekende bescherming op het gebied van directe belastingen is daarentegen ruimer dan in het Unierecht, doordat zij niet alleen betrekking heeft op een discriminerende fiscale behandeling, maar ook op iedere belastingheffing die afbreuk doet aan de waarborgen voor een eerlijke en rechtvaardige behandeling, de meestbegunstigingsbehandeling, en de volledige zekerheid en bescherming, en iedere indirecte onteigening onder het mom van belastingheffing. [152]

197. Een minderheidsaandeelhouder van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap die daar via directe belastingen wordt onteigend [153], wordt bijvoorbeeld niet beschermd door de door het VWEU gewaarborgde fundamentele vrijheden omdat zijn deelneming hem geen zeggenschap geeft over de vennootschap waarop de onteigeningsmaatregelen zijn gericht en daardoor niet onder de vrijheid van vestiging valt. Omdat zij alleen deze vennootschap betreffen zijn de belastingmaatregelen bovendien van toepassing op een puur binnenlandse situatie, waardoor de bepalingen van het VWEU betreffende het vrije verkeer van kapitaal geen toepassing vinden. Doordat de bepalingen van het Unierecht niet van toepassing zijn, zijn het Handvest en artikel 17 ervan dat evenmin.

198. Aangezien een minderheidsdeelneming een rechtstreekse investering in de zin van genoemde BIT is, kan een minderheidsaandeelhouder zich daarentegen wel ten volle beroepen op artikel 5 ervan, dat onrechtmatige onteigening verbiedt. [154]

2) De rechtsnormen van genoemde BIT die geen equivalent in het Unierecht hebben en die daarmee niet onverenigbaar zijn

199. Verschillende rechtsnormen van genoemde BIT hebben geen equivalent in het Unierecht. Het betreft de meestbegunstigingsclausule, de clausule betreffende de nakoming van contractuele verplichtingen, de sunset-clausule, en het ISDS-mechanisme.

i) Meestbegunstigingsclausule

200. Artikel 3, lid 2, van genoemde BIT formuleert het beginsel dat elke overeenkomstsluitende partij aan de investeringen van investeerders van de andere partij een volledige zekerheid en bescherming toekent die in elk geval niet minder is dan die welke is toegekend aan hetzij investeringen van haar eigen investeerders, hetzij investeringen van investeerders van enige andere staat, naargelang van wat het gunstigst is voor de betrokken investeerder.

151 Zie arrest van 2 juni 2016, C (C-122/15, EU:C:2016:391, punten 28 en 29), en beschikking van 15 april 2015, Burzio (C-497/14, EU:C:2015:251, punten 26-33).

152 Zie Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis van 26 oktober 2010 inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing, punt 251. Zie, inzake onteigening, met name Marvin Feldman/Verenigde Mexicaanse Staten (zaak ICSID nr. ARB(AF)/99/1), vonnis van 16 december 2002, punten 101-107; EnCana Corporation/Republiek Ecuador (UNCITRAL), vonnis van 3 februari 2006, punten 173 en 177, en Occidental Petroleum Corporation en Occidental Exploration and Production Company/Republiek Ecuador (zaak ICSID nr. ARB/06/11), vonnis van 5 oktober 2012, punt 455.

153 Zie voor meer details inzake de vergelijking van de bescherming tegen onrechtmatige onteigening tussen genoemde BIT en het VEU en het VWEU, punten 217-226 van deze conclusie.

154 Zie in die zin Quasar de Valores SICAV SA e.a./Russische Federatie (zaak SCC nr. 24/2007), vonnis van 20 juli 2012 en RosInvestCo UK Ltd./Russische Federatie (zaak SCC nr. V 079/2005), eindvonnis van 12 september 2010, die door de Zweedse rechter op andere gronden zijn vernietigd.

201. Ook al erkent het Unierecht het beginsel van gelijke behandeling als de eigen onderdanen van een lidstaat [155], het bevat geen meestbegunstigingsclausule op grond waarvan onderdanen van een lidstaat in een andere lidstaat de behandeling genieten die laatstgenoemde lidstaat aan onderdanen van een derde land toekent op basis van een bilaterale overeenkomst. [156]

ii) De zogeheten umbrella-clausule betreffende de nakoming van contractuele verplichtingen

202. De clausule betreffende de nakoming van contractuele verplichtingen, de zogeheten umbrella-clausule, in artikel 3, lid 5, van genoemde BIT, brengt mee dat een schending door een staat van een jegens een investeerder aangegane contractuele verplichting een schending van de BIT wordt. Het Unierecht bevat geen vergelijkbare bepaling die de schending van een contractuele verplichting tot een schending van het VEU en het VWEU maakt.

iii) Sunset-clausule

203. Anders dan artikel 13, lid 3, van genoemde BIT bevatten het VEU en het VWEU geen sunset-clausule. Integendeel, artikel 50, lid 3, VEU bepaalt dat „[d]e Verdragen [...] niet meer van toepassing [zijn] op de betrokken staat met ingang van de datum van inwerkingtreding van het terugtrekkingsakkoord of, bij gebreke daarvan, na verloop van twee jaar na de in lid 2 bedoelde kennisgeving", tenzij deze termijn wordt verlengd. Bijgevolg genieten de onderdanen van de Unie met onmiddellijke ingang niet meer de bescherming die door het Unierecht werd toegekend aan hun economische activiteiten in de lidstaat die besluit zich uit de Unie terug te trekken, zelfs al hebben hun investeringen plaatsgevonden in de periode waarin de Verdragen in die lidstaat van kracht waren, en vice versa.

iv) Gebruik van internationale arbitrage als ISDS-mechanisme

204. Artikel 8 van genoemde BIT bevat het permanente aanbod (standing offer) van het Koninkrijk der Nederlanden en de Slowaakse Republiek aan investeerders van de andere overeenkomstsluitende partij om geschillen betreffende hun investeringen aan internationale arbitrage te onderwerpen overeenkomstig de arbitragevoorschriften van de UNCITRAL, waarbij de benoemingsbevoegdheid toekomt aan het Instituut voor Arbitrage van de SCC.

205. Volgens het scheidsgerecht dat voor de in het hoofdgeding aan de orde zijnde arbitrage is aangezocht, kan het recht om gebruik te maken van internationale arbitrage niet eenvoudigweg worden gelijkgesteld met het beroep bij de gewone rechterlijke instanties van de staat [157], wetende dat het VEU en het VWEU (net als het recht van de lidstaten) niet voorzien in een beroepsweg als het ISDS-mechanisme. Ook al verplicht artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU de lidstaten te voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming te verzekeren op de onder het Unierecht

155 Zie met name arrest van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438, punt 59).

156 Zie punten 66-72 van deze conclusie.

157 Zie Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis van 26 oktober 2010 inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing, punt 264. Zie in die zin ook WNC Factoring Ltd/Tsjechische Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2014-34), vonnis van 22 februari 2017, punt 300.

vallende gebieden, creëren het VEU en het VWEU geen beroepswegen die justitiabelen in staat stellen lidstaten rechtstreeks voor het Hof te dagen.[158] De werkingssfeer van genoemde BIT is voorts ruimer dan die van het VEU en het VWEU, waardoor deze ook van toepassing is daar waar de uit artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU voortvloeiende verplichtingen niet van toepassing zijn.

206. Bovendien zijn scheidsgerechten het meest geschikte forum voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten op basis van BITs, omdat de nationale rechterlijke instanties aan investeerders vaak voorwaarden voor de inroepbaarheid van het internationale recht opleggen waaraan in werkelijkheid onmogelijk kan worden voldaan[159], en termijnen stellen die moeilijk verenigbaar zijn met het zakenleven en de bedragen die op het spel staan.

207. Indien genoemde BIT niet zou voorzien in het gebruik van internationale arbitrage als wijze van ISDS, zou deze hele BIT derhalve geen enkele nuttige werking hebben. In dit verband hebben de in de onderhavige procedure interveniërende lidstaten en de Commissie geen enkel voorbeeld gegeven van een investeerder die beroep heeft ingesteld bij een nationale rechterlijke instantie op basis van oude BITs, die net als de BIT Duitsland/Griekenland en de BIT Duitsland/Portugal geen ISDS-mechanisme bevatten.

208. Het wekt dus nauwelijks verbazing dat het recht van investeerders om gebruik te maken van internationale arbitrage in het internationale investeringsrecht als de meest wezenlijke bepaling van de BITs is erkend, omdat deze bepaling, naast de procedurele inhoud ervan, op zichzelf ook een waarborg is die investeringen bevordert en beschermt.[160]

209. Het Hof heeft dit oordeel bevestigd door in punt 292 van advies 2/15 (Vrijhandelsovereenkomst met Singapore) van 16 mei 2017 (EU:C:2017:376) te oordelen dat ISDS-mechanismes „niet louter ondersteunend [kunnen] zijn”.

158 Zie Eastern Sugar BV/Tsjechische Republiek (UNCITRAL) (zaak SCC nr. 088/2004), deelvonnis van 27 maart 2007, punt 180; Rupert Joseph Binder/Tsjechische Republiek (UNCITRAL), vonnis inzake bevoegdheid van 6 juni 2007, punt 40; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius/Slowaakse Republiek (UNCITRAL), beslissing inzake bevoegdheid van 30 april 2010, punt 77; WNC Factoring Ltd/Tsjechische Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2014-34), vonnis van 22 februari 2017, punt 299; Anglia Auto Accessories Limited/Tsjechische Republiek (zaak SCC V 2014/181), eindvonnis van 10 maart 2017, punt 116; I.P. Busta en J.P. Busta/Tsjechische Republiek (zaak SCC V 2015/014), eindvonnis van 10 maart 2017, punt 116.

159 Zie met name Conseil d'État (Frankrijk), arrest van 21 december 2007, nr. 280264, die heeft geoordeeld dat artikel 3 van de op 13 februari 1993 te Algiers ondertekende overeenkomst tussen de regering van de Franse Republiek en de regering van de Democratische Volksrepubliek Algerije inzake de wederzijdse bevordering en bescherming van investeringen, alleen verplichtingen schiep tussen de twee ondertekenende staten en derhalve niet door particulieren kon worden ingeroepen. Een parallel kan worden getrokken met de toetsing van de geldigheid van Uniehandelingen aan het internationale recht. Zie in die zin arrest van 21 december 2011, Air Transport Association of America e.a. (C-366/10, EU:C:2011:864).

160 Zie Emilio Agustín Maffezini/Koninkrijk Spanje (zaak ICSID nr. ARB/97/7), beslissing van het gerecht van 25 januari 2000 inzake excepties van onbevoegdheid, punten 54 en 55; Gas Natural SDG SA/Republiek Argentinië (zaak ICSID nr. ARB/03/10), beslissing van het gerecht van 17 juni 2005 inzake excepties van onbevoegdheid, punt 31; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA en InterAguas Servicios Integrales del Agua SA/Republiek Argentinië (zaak ICSID nr. ARB/03/17), beslissing van 16 mei 2006 inzake bevoegdheid, punt 60; Eastern Sugar BV/Tsjechische Republiek (UNCITRAL) (zaak SCC nr. 088/2004), deelvonnis van 27 maart 2007, punten 165 en 166; Rupert Joseph Binder/Tsjechische Republiek (UNCITRAL), vonnis van 6 juni 2007 inzake bevoegdheid, punt 65; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius/Slowaakse Republiek (UNCITRAL), vonnis van 30 april 2010 inzake bevoegdheid, punten 77 en 78; Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis van 26 oktober 2010 inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing, punt 264; WNC Factoring Ltd/Tsjechische Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2014-34), vonnis van 22 februari 2017, punt 300; Anglia Auto Accessories Limited/Tsjechische Republiek (zaak SCC V 2014/181), eindvonnis van 10 maart 2017, punt 116; I.P. Busta en J.P. Busta/Tsjechische Republiek (zaak SCC V 2015/014), eindvonnis van 10 maart 2017, punt 116.

3) Andere bepalingen van genoemde BIT en enkele bepalingen van het VEU en het VWEU overlappen elkaar slechts gedeeltelijk

210. Wat de andere materiële beschermingsnormen voor investeringen betreft, te weten de volledige zekerheid en bescherming, de eerlijke en rechtvaardige behandeling van investeringen, en het verbod op onrechtmatige onteigening, moet worden benadrukt dat de overlapping ervan met het Unierecht slechts gedeeltelijk is, zonder evenwel ermee onverenigbaar te zijn. Integendeel, net als de fundamentele vrijheden bevorderen deze normen ook het kapitaalverkeer tussen lidstaten. Zij zijn a priori verenigbaar met de interne markt.

i) Volledige zekerheid en bescherming van investeringen

211. Deze norm legt de staat de positieve verplichting op om maatregelen ter bescherming van investeringen te nemen, waaronder de fysieke bescherming van de investeerder en zijn investering tegen kwaadwillige handelingen van particulieren [161] of overheidsorganen [162] en de rechtsbescherming [163] van de investeerder en zijn investering. [164]

212. Er is in het Unierecht geen rechtstreeks equivalente norm. [165] De fundamentele vrijheden kunnen weliswaar in dezelfde feitelijke kaders worden toegepast als de waarborg voor volledige zekerheid en bescherming, omdat zij een rechtstreekse verticale en horizontale werking hebben [166], maar de inhoud ervan verschilt, zowel wat de fysieke bescherming van de investeerder betreft als de rechtsbescherming, die de verplichting van de staat omvat om te verzekeren dat het met buitenlandse investeerders overeengekomen niveau van zekerheid en bescherming van investeringen alleen zal worden opgeheven of verlaagd bij wetswijziging of overheidshandeling. [167] Het Unierecht bevat geen dergelijke specifieke norm.

161 Zie met name Wena Hotels Ltd./Arabische Republiek Egypte (zaak ICSID nr. ARB/98/4), vonnis van 8 december 2000, punt 84, en Técnicas Medioambientales TECMED SA/Verenigde Mexicaanse Staten (zaak ICSID nr. ARB(AF)/00/2), vonnis van 29 mei 2003, punten 175-177.

162 Zie met name Biwater Gauff (Tanzania) Ltd/Verenigde Republiek Tanzania (zaak ICSID nr. ARB/05/22), vonnis van 24 juli 2008, punt 730, en Eureko BV/Republiek Polen (ad-hocarbitrage), deelvonnis van 19 augustus 2005, punten 236 en 237.

163 Zie CME Czech Republic BV/Tsjechische Republiek (UNCITRAL), deelvonnis van 13 september 2001, punt 613, en Compañiá de Aguas del Aconquija SA en Vivendi Universal SA/Republiek Argentinië (zaak ICSID nr. ARB/97/3), vonnis van 20 augustus 2007, punten 7.4.15 en 7.4.16.

164 Zie voor een vollediger analyse Schreuer, C., „Full Protection and Security", 2010, *Journal of International Dispute Settlement*, blz. 1.

165 Zie Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis van 26 oktober 2010 inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing, punt 260.

166 Zie met name arrest van 11 december 2007, International Transport Workers' Federation en Finnish Seamen's Union (C-438/05, EU:C:2007:772, punten 56-59, 62 en 66). Hetzelfde geldt voor verordeningen maar niet voor richtlijnen.

167 Zie Saluka Investments BV/Tsjechische Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2001-04), deelvonnis van 17 maart 2006, punt 484.

ii) Eerlijke en rechtvaardige behandeling van investeringen

213. De eerlijke en rechtvaardige behandeling van investeringen is een ruim begrip dat het recht op een eerlijke rechtsgang en de fundamentele waarborgen van goede trouw, non-discriminatie [168] en evenredigheid [169] omvat, alsook de begrippen transparantie, ondubbelzinnigheid en niet-willekeurige behandeling, bescherming van het gewettigd vertrouwen, en bescherming tegen dwang en intimidatie. [170] Tot slot beschermt het begrip eerlijke en rechtvaardige behandeling de investeerder tegen rechtsweigering [171] door nationale rechterlijke instanties. [172]

214. De punten die gemeenschappelijk zijn met een aantal beginselen van Unierecht, zoals de beginselen van non-discriminatie, evenredigheid, en bescherming van het gewettigd vertrouwen, en met de rechten op behoorlijk bestuur, een doeltreffende voorziening in rechte, en een onpartijdig gerecht, zijn evident.

215. Deze normen van Unierecht impliceren, zelfs in hun onderlinge samenhang beschouwd, echter niet dat het Unierecht het beginsel van eerlijke en rechtvaardige behandeling als zodanig kent. Zoals verschillende scheidsgerechten hebben geoordeeld, kan, bijvoorbeeld, een behandeling zelfs oneerlijk en onrechtvaardig zijn als deze alle marktdeelnemers betreft, ongeacht hun nationaliteit of andere onderscheidende kenmerken [173], zoals een forfaitaire heffing van vennootschapsbelasting. Beklemtoond moet worden dat de Slowaakse Republiek tijdens de in het hoofdgeding aan de orde zijnde arbitrageprocedure heeft aanvaard dat een zodanige belasting in strijd kan zijn met de door de BIT vereiste eerlijke en rechtvaardige behandeling, terwijl zij niet onverenigbaar met het Unierecht is. [174]

216. Een ander voorbeeld is de bescherming tegen rechtsweigering, die ook het geval van een duidelijke en kwaadwillige onjuiste toepassing van het nationale recht omvat. Het Unierecht biedt geen vergelijkbare bescherming, omdat de rechterlijke instanties van de Unie niet bevoegd zijn het nationale recht uit te leggen.

168 Het begrip discriminatie in het internationale investeringsrecht is vergelijkbaar met dat van het Unierecht doordat het ziet op een ongunstige behandeling van de investeerder die niet redelijkerwijs kan worden gerechtvaardigd. Zie in die zin Elettronica Sicula SpA (ELSI), arrest ICJ, Reports 1989, blz. 15, punt 122; Saluka Investments BV/Tsjechische Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2001-04), deelvonnis van 17 maart 2006, punt 460, en Biwater Gauff (Tanzania) Ltd./Verenigde Republiek Tanzania (zaak ICSID nr. ARB/05/22), vonnis van 24 juli 2008, punt 695.

169 Zie MTD Equity Sdn. Bhd. en MTD Chile SA/Republiek Chili (zaak ICSID nr. ARB/01/7), vonnis van 25 mei 2004, punt 109; Saluka Investments BV/Tsjechische Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2001-04), deelvonnis van 17 maart 2006, punten 303 en 460; Plama Consortium Limited/Republiek Bulgarije (zaak ICSID nr. ARB/03/24), vonnis van 27 augustus 2008, punt 184, en EDF (Services) Limited/Roemenië (zaak ICSID nr. ARB/05/13), vonnis van 8 oktober 2009, punt 303.

170 Zie Técnicas Medioambientales TECMED SA/Verenigde Mexicaanse Staten [zaak ICSID nr. ARB(AF)/00/2], vonnis van 29 mei 2003, punt 154; Waguih Elie George Siag en Clorinda Vecchi/Arabische Republiek Egypte (zaak ICSID nr. ARB/05/15), vonnis van 1 juni 2009, punt 450, en Rumeli Telekom A.S. en Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S./Republiek Kazachstan (zaak ICSID nr. ARB/05/16), vonnis van 29 juli 2008, punt 609. Zie in die zin ook Dolzer, M., en Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, blz.133-149, en Yannaca-Small, K., „Fair and equitable Treatment Standard", gepubliceerd in Yannaca-Small, K., (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements – A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, 2010, blz. 385 en 393-410. Zie ook advies 2/15 (Vrijhandelsovereenkomst met Singapore) van 16 mei 2017 (EU:C:2017:376, punt 89).

171 Het begrip „rechtsweigering" in het internationale recht omvat de verplichting voor de staat om ervoor te zorgen dat de rechtsbedeling niet op kennelijk onrechtvaardige wijze geschiedt. Zie in die zin Paulsson, J., *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, blz. 67. Deze verplichting wordt bijvoorbeeld geschonden indien de nationale rechterlijke instanties weigeren een zaak te behandelen of daarin onredelijke termijnen hanteren, indien de rechtspleging op kennelijk inadequate wijze geschiedt, en ook indien het recht duidelijk en kwaadwillig op onjuiste wijze wordt toegepast. Zie *Robert Azinian e.a./Verenigde Mexicaanse Staten* (zaak ICSID nr. ARB(AF)/97/2) vonnis van 1 november 1999, punten 102 en 103.

172 Zie Rumeli Telekom A.S. en Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S./Republiek Kazachstan (zaak ICSID nr. ARB/05/16), vonnis van 29 juli 2008, punt 651 en Victor Pey Casado en President Allende Foundation/Republiek Chili (zaak ICSID nr. ARB/98/2), vonnis van 8 mei 2008, punten 653-657. Zie in die zin ook McLachlan, C., Shore, L., en Weiniger, M., *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, blz. 227.

173 Zie S.D. Myers Inc./Canada (UNCITRAL), deelvonnis van 13 november 2000, punt 259; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., en LG&E International, Inc/Republiek Argentinië (zaak ICSID nr. ARB/02/1), beslissing inzake aansprakelijkheid van 3 oktober 2006, punt 162, en Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing van 26 oktober 2010, punten 250 en 251.

174 Zie Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing van 26 oktober 2010, punten 119 en 251.

iii) Verbod op onrechtmatige onteigening

217. Volgens artikel 5 van genoemde BIT is een onteigening alleen rechtmatig indien zij door het algemeen belang wordt gerechtvaardigd, een behoorlijke rechtsgang in acht neemt, niet discriminatoir is, en vergezeld gaat van een regeling voor de betaling van een billijke schadeloosstelling.

218. De overlapping met het door artikel 17, lid 1, van het Handvest gewaarborgde eigendomsrecht is evident.[175] Volgens deze bepaling „[mag] niemand [...] zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet, en mits het verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed".

219. Niettemin is er slechts sprake van een gedeeltelijke overlapping, omdat de door BITs geboden bescherming tegen onteigening in ten minste twee opzichten ruimer is dan die van het Unierecht.

220. In de eerste plaats richt artikel 17 van het Handvest zich, volgens artikel 51, lid 1, ervan, uitsluitend tot de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. In andere gevallen is de toepassing ervan dus uitgesloten. Ofschoon de Commissie ter terechtzitting heeft verwezen naar de bij het Hof aanhangige zaken SEGRO en Horváth (C-52/16 en C-113/16) als voorbeelden van zaken waarin het Unierecht bescherming tegen onteigening biedt, is die bescherming verre van volledig omdat zij nooit autonoom toepassing vindt.[176] Het in artikel 5 van genoemde BIT geformuleerde verbod op onrechtmatige onteigening is daarentegen autonoom en bindt de staat zonder beperking.

221. In de tweede plaats beschermen BITs niet alleen tegen rechtstreekse onteigening[177] maar ook tegen indirecte onteigening, te weten onteigening bij wettelijke regeling en zogenoemde „sluipende" onteigening (creeping expropriations).[178]

222. Het begrip „indirecte onteigening" is vager en ziet op maatregelen tot inmenging, zonder ontneming van bezit, in het eigendomsrecht en het genot van de investering. De scheidsgerechten hebben verschillende criteria vastgesteld om een indirecte onteigening te onderscheiden van het normale gebruik van de reguleringsbevoegdheid van de staat, te weten de mate van inmenging in het eigendomsrecht, het doel en de context van de betrokken nationale maatregelen, en de inbreuk die deze maatregelen maken op de redelijke verwachtingen aangaande het economische resultaat van de investering.[179]

223. Hetzelfde geldt voor „sluipende" onteigening, dat wil zeggen indirecte onteigening die geleidelijk plaatsvindt middels een reeks maatregelen, waarvan er geen op zichzelf een onteigening vormt maar waarvan het cumulatieve effect is dat zij de waarde van de investering tenietdoen.[180]

175 Zie Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing van 26 oktober 2010, punt 261.

176 Zie conclusie van advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe in de gevoegde zaken SEGRO en Horváth (C-52/16 en C-113/16, EU:C:2017:410, punt 121) waarin hij voorstelt de prejudiciële vragen over artikel 17 van het Handvest niet te beantwoorden omdat „de vermeende schending van [dit artikel] niet los van de vraag inzake schending van de verkeersvrijheden kan worden onderzocht". Zie in die zin ook arrest van 21 december 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, punt 65).

177 Onder rechtstreekse onteigening worden nationaliseringsmaatregelen verstaan en maatregelen tot ontneming van bezit door de formele overdracht van de eigendomstitel of fysiek beslag.

178 Zie Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing van 26 oktober 2010, punt 261. Zie in die zin ook arrest van 15 september 2011, Commissie/Slowakije (C-264/09, EU:C:2011:580, punten 47-50), waarin het Hof heeft geoordeeld dat de ontbinding door de Slowaakse Republiek van een overeenkomst met een Zwitserse investeerder, nodig om te voldoen aan haar verplichtingen uit hoofde van richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG (PB 2003, L 176, blz. 37), een onteigening kon vormen in de zin van artikel 6 van de BIT Zwitserland/Slowakije.

179 Zie in die zin het overzicht van de relevante internationale rechtspraak in Yannaca-Small, K., „‚Indirect expropriation' and the ‚Right to Regulate' in International Investment Law" *OECD Working Papers on International Investment, 2004/04*, blz. 10-20.

180 Zie bijvoorbeeld Técnicas Medioambientales TECMED SA/Verenigde Mexicaanse Staten [zaak ICSID nr. ARB(AF)/00/2], vonnis van 29 mei 2003, punt 114, en Generation Ukraine Inc./Oekraïne (zaak ICSID nr. ARB/00/9), vonnis van 16 september 2003, punt 20.22.

224. De rechtspraak van het Hof met betrekking tot artikel 17 van het Handvest is minder ontwikkeld. Het is dus geenszins zeker dat dit artikel investeerders op vergelijkbare wijze als de BITs tegen indirecte onteigening beschermt.

225. In de derde plaats voorziet artikel 17 van het Handvest alleen in een billijke vergoeding terwijl artikel 5, onder c), van genoemde BIT bepaalt dat de schadeloosstelling de *werkelijke* waarde van de investering dient te vertegenwoordigen.

226. Tot slot geeft de Commissie zelfs niet één voorbeeld van een door een beroep tot nietigverklaring of een prejudicieel verzoek bij het Hof aangebrachte zaak waarin een investeerder zijn eigendomsrecht heeft ingeroepen tegen een onrechtmatige onteigening van zijn investering. [181]

227. Bovendien verklaart de Commissie niet in welk opzicht het verbod op onrechtmatige onteigening onverenigbaar zou zijn met het VEU en het VWEU.

228. Uit het voorgaande volgt dat de werkingssfeer van genoemde BIT ruimer is dan die van het VEU en het VWEU en dat de erin opgenomen waarborgen voor de bescherming van investeringen verschillen van die van het Unierecht zonder ermee onverenigbaar te zijn. Om die reden is een onder genoemde BIT vallend geschil tussen een Nederlandse investeerder en de Slowaakse Republiek geen geschil betreffende de uitlegging of de toepassing van het VEU en het VWEU.

3. Doet de BIT Nederland/Tsjechoslowakije, gelet op de doelstelling ervan, afbreuk aan de bij het VEU en het VWEU vastgestelde bevoegdheidsverdeling en bijgevolg aan de autonomie van het rechtsstelsel van de Unie?

229. Indien het Hof oordeelt dat een geschil als dat tussen Achmea en de Slowaakse Republiek in het hoofdgeding geen geschil betreffende de uitlegging of de toepassing van de Verdragen als bedoeld in artikel 344 VWEU is, moet nog worden onderzocht of artikel 8 van de BIT Nederland/Tsjechoslowakije afbreuk doet aan de bij het VEU en het VWEU vastgestelde bevoegdheidsverdeling en aan de autonomie van het rechtsstelsel van de Unie. [182]

230. Ik herinner eerst aan de voornaamste beginselen die het Hof in dit verband heeft genoemd in de punten 65 tot en met 70 van advies 1/09 (Overeenkomst tot invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting) van 8 maart 2011 (EU:C:2011:123) en in de punten 157 tot en met 176 van advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454).

181 Ter terechtzitting heeft de Cypriotische regering verwezen naar de punten 62 tot en met 76 van het arrest van 20 september 2016, Ledra Advertising e.a./Commissie en ECB (C-8/15 P–C-10/15 P, EU:C:2016:701), waarin het Hof zich alleen heeft uitgesproken over de vraag of de Commissie, door het memorandum van overeenstemming namens het ESM te hebben ondertekend, had bijgedragen tot een schending van het door artikel 17, lid 1, van het Handvest gewaarborgde eigendomsrecht van verzoekers. Het vraagstuk of er sprake was van een schending van dit recht door de Republiek Cyprus is niet beslecht, omdat het Handvest hoe dan ook niet van toepassing is op de lidstaten wanneer zij niet het Unierecht ten uitvoer brengen (zie punt 67 van dat arrest).

182 Zie adviezen 1/09 (Overeenkomst tot invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting) van 8 maart 2011 (EU:C:2011:123, punten 63-89); 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 183), en 2/15 (Vrijhandelsovereenkomst met Singapore) van 16 mei 2017 (EU:C:2017:376, punt 301).

231. Het staat vast dat de Verdragen tot oprichting van de Unie een nieuwe rechtsorde met eigen instellingen in het leven hebben geroepen, ten gunste waarvan de lidstaten op een steeds breder terrein hun soevereine rechten hebben beperkt en waarvan niet alleen deze staten, maar ook hun onderdanen de subjecten zijn, doordat het Unierecht wordt gekenmerkt door de voorrang ervan boven het recht van de lidstaten en door de rechtstreekse werking van een hele reeks op de onderdanen van de lidstaten en op de lidstaten zelf toepasselijke bepalingen. [183]

232. De rechtsorde en het rechterlijke systeem van de Unie berusten op de fundamentele premisse dat elke lidstaat met alle andere lidstaten een reeks gemeenschappelijke waarden deelt waarop de Unie berust, en dat elke lidstaat erkent dat de andere lidstaten deze waarden met hem delen, hetgeen impliceert en rechtvaardigt dat de lidstaten er onderling op vertrouwen dat de andere lidstaten deze waarden erkennen en het Unierecht, dat deze waarden ten uitvoer brengt, dus in acht nemen. [184]

233. Krachtens het in artikel 4, lid 3, eerste alinea, VEU geformuleerde beginsel van loyale samenwerking verzekeren de lidstaten, op hun respectieve grondgebied, de toepassing en de eerbiediging van het Unierecht. Bovendien treffen de lidstaten, krachtens de tweede alinea van hetzelfde lid, alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. [185]

234. Om het behoud van de specifieke kenmerken en de autonomie van het rechtsstelsel van de Unie te waarborgen, hebben de Verdragen een rechterlijk systeem ingesteld dat de coherente en eenvormige uitlegging van het Unierecht dient te verzekeren, welk systeem aan de nationale rechterlijke instanties en aan het Hof de taak toevertrouwt om te waarborgen dat het recht van de Unie in alle lidstaten ten volle wordt toegepast en dat de rechten die de justitiabelen aan dat recht ontlenen, rechterlijke bescherming genieten. [186]

235. In deze context „[wordt] de hoeksteen van het aldus opgezette rechterlijke systeem [...] gevormd door de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU, die tot doel heeft de eenvormige uitlegging van het Unierecht te verzekeren door specifiek tussen het Hof en de rechterlijke instanties van de lidstaten een dialoog van rechter tot rechter tot stand te brengen [...], en die aldus de mogelijkheid biedt de coherentie, de volle werking en de autonomie van het Unierecht te verzekeren en, in laatste instantie, de eigenheid van het door de Verdragen geschapen recht in acht te nemen [...]”. [187]

183 Zie in die zin arresten van 5 februari 1963, Van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1, blz. 3); 15 juli 1964, Costa (6/64, EU:C:1964:66, blz. 1203), en 17 december 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, EU:C:1970:114, punt 3); adviezen 1/91 (EER-Overeenkomst – I) van 14 december 1991 (EU:C:1991:490, punt 21) en 1/09 (Overeenkomst tot invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting) van 8 maart 2011(EU:C:2011:123, punt 65); arrest van 26 februari 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punt 59), en advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 166).

184 Zie advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 168).

185 Zie arrest van 16 juli 1998, Oelmühle en Schmidt Söhne (C-298/96, EU:C:1998:372, punt 23), en adviezen 1/09 (Overeenkomst tot invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting) van 8 maart 2011 (EU:C:2011:123, punt 68) en 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 173).

186 Zie artikel 19, lid 1, VEU. Zie ook advies 1/91 (EER-Overeenkomst – I) van 14 december 1991 (EU:C:1991:490, punt 35); arrest van 13 maart 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, punt 38), en adviezen 1/09 (Overeenkomst tot invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting) van 8 maart 2011 (EU:C:2011:123, punten 66 en 68), en 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 173).

187 Advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 176). Zie in die zin ook arresten van 16 januari 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, punten 2 en 3), en 12 juni 2008, Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338, punt 20), alsook advies 1/09 (Overeenkomst tot invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting) van 8 maart 2011 (EU:C:2011:123, punt 83).

236. Tot slot zien de rechterlijke instanties van de lidstaten in de uitoefening van hun rol van hoeders van het Unierecht toe op de eerbiediging van de normen en beginselen die tot de fundamenten zelf van de rechtsorde van de Unie behoren, zoals de voorrang van het Unierecht, de vier fundamentele vrijheden, het burgerschap van de Unie, de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, het mededingingsrecht, het recht inzake staatssteun en de grondrechten. [188]

237. Mijns inziens doet de mogelijkheid die artikel 8 van genoemde BIT de Nederlandse en Slowaakse investeerders biedt om gebruik te maken van internationale arbitrage, noch afbreuk aan de bij het VEU en het VWEU vastgestelde bevoegdheidsverdeling, noch aan de autonomie van het rechtsstelsel van de Unie, zelfs indien het Hof oordeelt dat de overeenkomstig dit artikel samengestelde scheidsgerechten geen rechterlijke instanties der lidstaten in de zin van artikel 267 VWEU zijn.

238. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat, ondanks het bindende karakter ervan, geen enkel arbitraal vonnis ten uitvoer kan worden gelegd zonder de medewerking van de staat die, in het geval van investeringsarbitrage, zijn handhavingsmechanismen ter beschikking van de investeerder stelt.

239. In het geval van artikel 8 van genoemde BIT kunnen de door scheidsgerechten gewezen vonnissen niet ontsnappen aan het toezicht van de nationale rechterlijke instanties. Dit toezicht kan plaatsvinden in het kader van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis bij de rechterlijke instanties van de plaats van arbitrage of in het kader van het verzet tegen een verzoek om erkenning en tenuitvoerlegging van het vonnis voor de rechterlijke instanties van het land waar, overeenkomstig het op 10 juni 1958 te New York ondertekende Verdrag inzake de erkenning en de tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken [189] (hierna: „Verdrag van New York"), om erkenning en tenuitvoerlegging van het vonnis is verzocht.

240. Zoals het Hof meer dan eens heeft geoordeeld, „[kan] in gevallen waarin een op partijafspraak berustende arbitrage vragen van [Unie]recht aan de orde stelt, de gewone rechter zich voor de taak [...] zien gesteld deze vragen te onderzoeken, onder meer in het kader van de – al naar de omstandigheid van het geval meer of minder uitgebreide – toetsing van het arbitrale vonnis, waartoe hij geroepen is in geval van hoger beroep, verzet, uitvoerbaarverklaring of van enige andere door het toepasselijke nationale recht toegelaten rechtsvordering of toetsingsmogelijkheid". [190]

241. Op deze vaststelling is de vaste rechtspraak gebaseerd dat „[de] nationale rechter dient na te gaan, of hij zich krachtens artikel [267 VWEU] tot het Hof moet wenden ter verkrijging van een beslissing over de uitlegging of de geldigheid van bepalingen van [Unie]recht die hij in het kader van de toetsing van een arbitraal vonnis eventueel moet toepassen" [191], omdat deze rechter uiteindelijk de uniforme toepassing van het Unierecht en de eerbiediging van de normen van de Europese openbare orde dient te waarborgen. [192]

188 Zie in die zin arresten van 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, punten 36-39); 28 maart 2000, Krombach (C-7/98, EU:C:2000:164, punt 21), en 3 september 2008, Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie (C-402/05 P en C-415/05 P, EU:C:2008:461, punt 304), en advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 172). Voor een meer gedetailleerde analyse van het begrip Europese openbare orde verwijs ik naar mijn conclusie in de eveneens op arbitrale vonnissen betrekking hebbende zaken Gazprom (C-536/13, EU:C:2014:2414, punten 166-177) en Genentech (C-567/14, EU:C:2016:177, punten 55-72).

189 *Recueil des traités des Nations unies*, deel 330, blz. 3.

190 Arrest van 23 maart 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, punt 14). Zie in die zin ook arresten van 27 april 1994, Almelo (C-393/92, EU:C:1994:171, punten 22 en 23), en 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, punt 32).

191 Arrest van 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, punt 33). Zie in die zin ook arrest van 23 maart 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, punt 15).

192 Zie in die zin punten 59-62 van mijn conclusie in de zaak Genentech (C-567/14, EU:C:2016:177).

242. Het Hof heeft het zelfs niet nodig gevonden om uitdrukkelijk aan dit punt te herinneren in de overwegingen van zijn arresten van 13 mei 2015, Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316), en 7 juli 2016, Genentech (C-567/14, EU:C:2016:526), waarin het rechtstreeks ten gronde heeft geoordeeld over de in deze twee zaken gestelde vraag of het aan de orde zijnde arbitrale vonnis onverenigbaar was met het Unierecht inzake mededinging.

243. In die zaken waren noch de lidstaten noch de Commissie van mening dat de voor de arbiters opgeworpen vragen van mededingingsrecht niet voor arbitrage vatbaar waren of dat er ook maar de minste onverenigbaarheid bestond tussen het Unierecht en de arbitragebedingen die de particuliere partijen in hun overeenkomsten hadden opgenomen. [193]

244. Bovendien speelden de zaken die hebben geleid tot de arresten van 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), en 7 juli 2016, Genentech (C-567/14, EU:C:2016:526), zich af in het kader van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis, terwijl de zaak die heeft geleid tot het arrest van 13 mei 2015, Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316), volgde op het verzet tegen een verzoek tot erkenning en tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis. Hieruit blijkt dat, ongeacht welke procedure het betreft, de rechterlijke instanties van de lidstaten en van de Unie de mogelijkheid hebben om de uniforme uitlegging van het Unierecht en de eerbiediging van de normen van de Europese openbare orde te verzekeren, of dat nu is op het gebied van mededinging [194] of op de andere gebieden van het Unierecht.

245. De kenmerken van overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengestelde scheidsgerechten, en met name van het scheidsgerecht dat in casu aan de orde is, bieden de gewone rechterlijke instanties van de lidstaten de mogelijkheid om de eerbiediging van deze beginselen te verzekeren, net zoals zij dat doen in het kader van internationale handelsarbitrage.

246. Artikel 8 van genoemde BIT belast de president van het, in een lidstaat gevestigde, Instituut voor Arbitrage van de SCC met het benoemen van de arbiters indien de benoemingen niet binnen de door artikel 8, lid 3, van genoemde BIT gestelde termijnen zijn verricht. Het bepaalt tevens dat de arbitragevoorschriften van de UNCITRAL van toepassing zijn op arbitrageprocedures die overeenkomstig dit artikel plaatsvinden. Volgens artikel 16 van de arbitragevoorschriften van 1976 staat het aan het scheidsgerecht zelf om, de partijen gehoord, de plaats van arbitrage vast te stellen en de instelling te kiezen die de rol van griffie vervult. [195]

247. Bij beschikking van 19 maart 2009 heeft het scheidsgerecht de plaats van arbitrage vastgesteld op het grondgebied van een lidstaat, te weten in Frankfurt am Main. Tegen zijn vonnis kan derhalve overeenkomstig § 1059 van het Duitse wetboek van burgerlijke rechtsvordering beroep tot vernietiging worden ingesteld bij de Duitse rechterlijke instanties, die in dit kader dus de uniforme uitlegging van het Unierecht en de eerbiediging van de normen van de Europese openbare orde kunnen verzekeren. Het is in het kader van een dergelijk beroep dat de zaak bij de verwijzende rechter en bij het Hof aanhangig is gemaakt.

193 Zie in die zin ook arrest van 21 mei 2015, CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2015:335, punten 57-72), waarin het Hof is afgeweken van het standpunt van advocaat-generaal Jääskinen in punt 124 van zijn conclusie in de zaak CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2014:2443) dat een arbitragebeding als zodanig afbreuk kan doen aan artikel 101 VWEU.

194 Zie arrest van 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, punten 37 en 40).

195 Zie Achmea BV (voorheen Eureko BV)/Slowaakse Republiek (UNCITRAL) (zaak PHA nr. 2008-13), vonnis inzake bevoegdheid, arbitrabiliteit en schorsing van 26 oktober 2010, punt 16.

248. Bovendien vallen de erkenning en de tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen die door overeenkomstig artikel 8 van genoemde BIT samengestelde scheidgerechten zijn gewezen, onder het Verdrag van New York waarbij alle lidstaten partij zijn. Volgens dit verdrag kunnen de nationale rechterlijke instanties de erkenning en de tenuitvoerlegging van die vonnissen weigeren op alle in artikel V ervan genoemde gronden, waaronder het feit dat de arbitrageprocedure niet in overeenstemming was met de overeenkomst der partijen [196] en strijd met de openbare orde [197], daaronder begrepen de Europese openbare orde.

249. Gesteld dus dat Achmea zou streven naar het verkrijgen van de erkenning en de tenuitvoerlegging van het in de onderhavige zaak aan de orde zijnde arbitrale vonnis in een andere lidstaat, dan zouden de aangezochte nationale rechterlijke instanties ook zijn belast met de taak de verenigbaarheid van het vonnis met het Unierecht te verzekeren.

250. Hetzelfde geldt in het kader van een beroep tot vernietiging als in de onderhavige zaak. De uniforme toepassing van het Unierecht kan op verschillende gronden worden verzekerd, waarvan de meest relevante niet-overeenstemming van de arbitrageprocedure met de overeenkomst der partijen en strijd met de openbare orde [198], daaronder begrepen de Europese openbare orde, zijn.

251. De Commissie noemt ook het risico dat een plaats van arbitrage wordt vastgesteld in een derde land of dat in een derde land om de erkenning en de tenuitvoerlegging van een met het Unierecht onverenigbaar arbitraal vonnis wordt verzocht, in welke gevallen de rechterlijke instanties van de Unie niet daarbij betrokken zijn en het Hof bijgevolg nooit om een prejudiciële beslissing zou worden verzocht.

252. Dit geldt volgens de Commissie ook voor BITs binnen de Unie die het in Washington D.C. gevestigde Internationaal Centrum voor beslechting van investeringsgeschillen (ICSID) aanwijzen als instelling die de rol van griffie van de arbitrage vervult. In een dergelijk geval is het arbitrale vonnis bindend voor de partijen en kan het niet worden onderworpen aan beroep of aan enig ander rechtsmiddel dan in het ICSID-verdrag voorzien. [199] Hieruit volgt dat er geen enkel rechtsmiddel is dat de rechterlijke instellingen van de lidstaten de mogelijkheid biedt om de verenigbaarheid van een arbitraal vonnis van het ICSID met het Unierecht te toetsen.

253. Al ben ik van mening dat de lidstaten in hun BITs de keuze voor het ICSID zouden moeten vermijden, zijn deze risico's waarop de Commissie wijst, in casu puur hypothetisch omdat de aan de orde zijnde BIT niet het ICSID aanwijst als instelling die de rol van griffie vervult, partijen het PHA in Den Haag hebben gekozen als instelling die deze rol vervult, het scheidsgerecht de plaats van arbitrage heeft vastgesteld op het grondgebied van een lidstaat, en er geen verzoek om erkenning en tenuitvoerlegging is gedaan in een derde land [200], maar enkel een beroep tot vernietiging van het arbitrale vonnis bij rechterlijke instanties van een lidstaat, waarvan er één het Hof om een prejudiciële beslissing heeft verzocht.

196 Zie artikel V, lid 1, onder d), van het Verdrag van New York, hetgeen het geval kan zijn indien een scheidsgerecht in strijd met artikel 8, lid 6, van genoemde BIT het Unierecht niet in aanmerking neemt.

197 Zie artikel V, lid 2, onder b), van het Verdrag van New York en arrest van 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, punt 38).

198 Zie § 1059, lid 2, punt 1, onder d), en punt 2), onder b), van het Duitse wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

199 Zie artikel 53, lid 1, van dit verdrag. Ik merk niettemin op dat deze bezorgdheid de instellingen van de Unie niet heeft belet om in artikel 9.16 van de vrijhandelsovereenkomst EU-Singapore het ICSID als arbitrage-instelling te kiezen.

200 Zelfs in dit geval kan er alleen werkelijk een risico bestaan indien de lidstaat die verweerder is bij de arbitrage activa bezit die zich op het grondgebied van een derde land bevinden en niet de in het internationale recht aan vreemde staten toegekende immuniteiten genieten. Zelfs als de plaats van arbitrage is vastgesteld in een derde land of in een derde land om de erkenning en de tenuitvoerlegging van het vonnis wordt gevraagd, kan de investeerder zich in feite niet onttrekken aan het indienen van een verzoek om erkenning en tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis bij de rechterlijke instanties van de verwerende lidstaat.

254. Er is bovendien geen sprake van onverenigbaarheid van de inhoud van het arbitrale vonnis met het Unierecht, aangezien de argumenten van de Slowaakse Republiek voor de verwijzende rechter alleen zijn gericht op de verenigbaarheid van het bij artikel 8 van genoemde BIT ingestelde geschillenbeslechtingsmechanisme met het VEU en het VWEU.

255. Dit neemt niet weg dat de doeltreffendheid van het rechterlijke systeem van de Unie intact blijft, zelfs indien een lidstaat niet bereid is de onverenigbaarheid van een arbitraal vonnis met het VEU en het VWEU te betwisten middels een beroep tot vernietiging of verzet tegen het verzoek om erkenning en tenuitvoerlegging. In dat geval bieden de artikelen 258 en 260 VWEU de Commissie immers de mogelijkheid die lidstaat die zich naar een met het Unierecht onverenigbaar vonnis heeft gevoegd, te vervolgen. [201]

256. Om deze redenen ben ik van mening dat artikel 8 van genoemde BIT geen afbreuk doet aan de bij het VEU en het VWEU vastgestelde bevoegdheidsverdeling en bijgevolg evenmin aan de autonomie van het rechtsstelsel van de Unie.

257. Aan deze vaststelling wordt niet afgedaan door de argumentatie van een aantal regeringen en de Commissie ontleend aan het risico van met het Unierecht en het beginsel van wederzijds vertrouwen onverenigbare vonnissen van scheidsgerechten.

258. Deze argumentatie geldt niet alleen voor internationale investeringsarbitrage maar ook voor internationale handelsarbitrage omdat die ook kan leiden tot met het Unierecht onverenigbare vonnissen en kan zijn gebaseerd op een vermeend gebrek aan vertrouwen jegens de rechterlijke instanties van de lidstaten. Niettegenstaande deze risico's heeft het Hof nooit de geldigheid ervan betwist, terwijl de arbitrage van kwesties inzake het mededingingsrecht van de Unie tussen particulieren niet onbekend is. [202]

259. Als internationale arbitrage tussen particulieren dus geen afbreuk doet aan de bij het VEU en het VWEU vastgestelde bevoegdheidsverdeling en bijgevolg aan de autonomie van het rechtsstelsel van de Unie, zelfs wanneer de staat partij bij de arbitrageprocedure is [203], denk ik dat dit ook moet gelden voor internationale arbitrage tussen investeerders en staten, temeer daar de onvermijdelijke aanwezigheid van de staat meer transparantie impliceert [204] en het mogelijk blijft om de staat via een niet-nakomingsprocedure op grond van de artikelen 258 en 259 VWEU tot inachtneming van de uit het Unierecht voortvloeiende verplichtingen te dwingen.

260. Indien de logica van de Commissie zou worden gevolgd, zou elke arbitrage inbreuk kunnen maken op de bij het VEU en het VWEU vastgestelde bevoegdheidsverdeling en bijgevolg op de autonomie van het rechtsstelsel van de Unie.

261. Bovendien zie ik niet in in welk opzicht de in het hoofdgeding aan de orde zijnde arbitrageprocedure in strijd zou zijn met het beginsel van wederzijds vertrouwen, aangezien deze procedure enkel heeft plaatsgevonden dankzij de instemming van de betrokken lidstaten en de vrije keus van Achmea om gebruik te maken van de mogelijkheid die de lidstaten haar hebben geboden.

201 Zie Electrabel SA/Hongarije (zaak ICSID nr. ARB/07/19), beslissing inzake bevoegdheid, toepasselijk recht en aansprakelijkheid van 30 november 2012, punten 4.160-4.162.

202 Zie in die zin arresten van 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269); 7 juli 2016, Genentech (C-567/14, EU:C:2016:526), en arrest van het Tribunal fédéral suisse van 8 maart 2006, 4P.278/2005, met betrekking tot het beroep tot vernietiging van een in Zwitserland tussen twee Italiaanse ondernemingen gewezen arbitraal vonnis wegens schending van het mededingingsrecht van de Unie.

203 Zie arbitrageprocedure tussen Gazprom en het Litouwse ministerie van Energie, die het voorwerp was van de zaak heeft geleid tot het arrest van 13 mei 2015, Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316).

204 Het grootste deel van de vonnissen is openbaar, terwijl dat niet het geval is bij internationale handelsarbitrage. Het is dus nog moeilijker om na te gaan of er sprake is van schending van het Unierecht.

262. Het beginsel van wederzijds vertrouwen „vereist [immers], met name wat de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid betreft, dat elk van de lidstaten, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, ervan uitgaat dat alle andere lidstaten het Unierecht en, meer in het bijzonder, de door dat recht erkende grondrechten in acht nemen”. [205]

263. Ik zie geen verband tussen dit beginsel en artikel 8 van genoemde BIT. Zoals de Nederlandse regering ter terechtzitting heeft opgemerkt impliceert de internationale arbitrage als wijze van ISDS geenszins dat het Koninkrijk der Nederlanden en de Slowaakse Republiek eraan twijfelden dat de andere partij het Unierecht en de door dit recht erkende grondrechten eerbiedigt.

264. Zoals alle in BITs opgenomen ISDS-mechanismes, creëert artikel 8 van genoemde BIT een forum waarbij de investeerder de staat in rechte kan betrekken om de hem door de BIT in het internationale publiekrecht verleende rechten te doen gelden, een mogelijkheid die hij zonder dit artikel niet zou hebben. [206]

265. Het is bovendien niet zeker dat een particulier bepalingen van een internationaal verdrag kan inroepen voor de nationale rechterlijke instanties omdat die instanties deze mogelijkheid ambtshalve uitsluiten met de overweging dat verdragen alleen rechten en plichten tussen staten creëren, of ook meer of minder strenge, naargelang van het geval, voorwaarden voor inroepbaarheid opleggen die particulieren niet de garantie bieden dat zij de bepalingen van de verdragen kunnen inroepen. [207]

266. Verre van wantrouwen tegen het rechtsstelsel van de andere lidstaat uit te drukken, is het gebruik van internationale arbitrage derhalve het enige middel om BITs een volle en nuttige werking te verlenen door het creëren van een gespecialiseerd forum waarbij investeerders de hun door de BITs toegekende rechten kunnen inroepen.

267. Ik ben derhalve van mening dat artikel 8 van genoemde BIT geen afbreuk doet aan het beginsel van wederzijds vertrouwen.

268. Tot slot ben ik weinig overtuigd door de argumentatie van de Commissie dat het feit dat er geen BITs bestaan tussen lidstaten die de Unie hebben opgericht of die vóór 2004 tot de Unie zijn toegetreden, bewijst dat deze verdragen op een gebrek aan wederzijds vertrouwen zijn gegrond.

269. Ten eerste is het niet waar dat de lidstaten die de Unie hebben opgericht en de lidstaten die vóór 2004 tot de Unie zijn toegetreden, naast het VEU en het VWEU niet gebonden zijn aan andere, met BITs vergelijkbare overeenkomsten. [208]

270. Ten tweede hebben BITs veel minder nut tussen kapitaalexporterende staten. Om een voorbeeld te nemen, Frankrijk behoort volgens de laatste statisteken niet tot de eerste tien landen die Duitse kapitaalstromen ontvangen, noch tot de eerste tien landen die kapitaalstromen naar Duitsland zenden, terwijl Polen de tiende plaats inneemt wat kapitaalstromen vanuit Duitsland betreft. [209]

271. Ik vraag me derhalve af of het ontbreken van BITs tussen oude lidstaten niet veeleer zijn verklaring vindt in het feit dat de meeste lidstaten van deze categorie veeleer belangrijke kapitaalexporteurs zijn dan landen die investeringen ontvangen, en het in die zin voor hen niet echt nodig was om onderling BITs te sluiten.

205 Advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 191 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

206 Zie in die zin Bundesverfassungsgericht (federaal grondwettelijk hof, Duitsland), beschikking van 8 mei 2007 van de zweiter Senat, 2 BvM 1/03, ECLI:DE:BVerfG:2007:ms20070508.2bvm000103, punt 54.

207 Zie punt 206 van deze conclusie.

208 Zie de voorbeelden die ik in de punten 42 en 43 van deze conclusie heb gegeven.

209 Zie nota van 1 maart 2017 van de Franse ambassade in Duitsland inzake rechtstreekse buitenlandse investeringen in Duitsland in 2014-2015, opgesteld op basis van door de UNCTAD en de Deutsche Bundesbank (federale bank van Duitsland) gecompileerde statistieken, te raadplegen op http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/434035. Zie met name tabel 5.

272. Om deze redenen ben ik van mening dat het bij artikel 8 van deze BIT ingestelde geschillenbeslechtingsmechanisme verenigbaar is met artikel 344 VWEU, alsook met de bij het VEU en het VWEU vastgestelde bevoegdheidsverdeling en de autonomie van het rechtsstelsel van de Unie.

VI. Conclusie

273. Ik geef het Hof derhalve in overweging om de vragen van het Bundesgerichtshof te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 18, 267 en 344 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan de toepassing van een mechanisme voor de beslechting van geschillen tussen een investeerder en een staat dat is ingesteld middels een vóór de toetreding van een van de overeenkomstsluitende staten tot de Europese Unie gesloten bilaterale investeringsovereenkomst, en op grond waarvan een investeerder van een overeenkomstsluitende staat in geval van een geschil betreffende investeringen in de andere overeenkomstsluitende staat een procedure tegen laatstgenoemde staat kan inleiden bij een scheidsgerecht.”