

**Intra-Europese BIT-arbitrage van de baan: HvJ EU 6 maart 2018, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158**

1. Op 6 maart 2018 deed het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het hof) uitspraak over de verhouding van arbitrageclausules in investeringsovereenkomsten (hierna: BITs) en het unierecht. De BIT in deze zaak is de Overeenkomst inzake de bevordering en wederzijdse bescherming van investeringen tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Tsjechische en Slowaakse Federatieve Republiek. Volgens het Hof verzetten art. 267 en 344 VWEU zich tegen een arbitrageclausule in een tussen lidstaten gesloten BIT op grond waarvan een investeerder uit een van de lidstaten, in geval van een geschil over investeringen in een andere lidstaat, tegen deze laatste lidstaat een procedure kan initiëren voor een arbitrage tribunaal waartoe deze lidstaat zich heeft verbonden. Een fundamentele uitspraak die raakt aan de beginselen van de EU, waardoor intra-Europese BIT-arbitrage volledig van de baan lijkt.

*Feiten en procesverloop*

2. Tussen Nederland en Slowakije (rechtsopvolger van TsjechoSlowakije bij de BIT sinds 1993 en sinds 1 mei 2004 lid van de Europese Unie) is sinds 1 januari 1992 een BIT van kracht. Hierin is vastgelegd dat indien een geschil niet in der minne kan worden geschikt, het wordt voorgelegd aan een scheidsgerecht dat zijn eigen procedure vaststelt op basis van UNCITRAL-voorschriften. In 2004 opent Slowakije de Slowaakse markt voor aanbieders van particuliere zorgverzekeringen uit Slowakije en andere EU-lidstaten. Achmea heeft daarop in Slowakije een dochteronderneming opgericht waaraan zij kapitaal heeft verschaft en waarmee zij particuliere zorgverzekeringen op de Slowaakse markt aanbood. In 2007 verbood Slowakije winsten uit het aanbieden van particuliere zorgverzekeringen uit te keren. Nadat het grondwettelijk hof van Slowakije dit verbod in strijd achtte met de Slowaakse grondwet, heeft Slowakije de uitkering van de winsten weer goedgekeurd in 2011. Achmea meende hierdoor schade te hebben geleden en initieerde in oktober 2008 een arbitrageprocedure tegen Slowakije op grond van de BIT. Frankfurt am Main was de plaats van arbitrage; Duits recht was van toepassing op de procedure.
3. Bij arbitraal vonnis is Slowakije veroordeeld Achmea schadevergoeding te betalen. Slowakije stelde een vernietigingsprocedure in bij het Oberlandesgericht Frankfurt am Main, die dit beroep verwierp, waarna Slowakije een hogere voorziening instelde bij het Bundesgerichtshof. Hoewel het Bundesgerichtshof blijkbaar niet twijfelde aan de verenigbaarheid van de arbitrageclausule van de BIT met artt. 18, 267 en 344 VWEU, stelt het hierover toch prejudiciële vragen aan het Hof nu het Hof hierover nog geen uitspraak gedaan en tussen de lidstaten nog meer vergelijkbare BITs bestaan (nr. 21 arrest HvJEU).

*Overwegingen van het Hof*

4. Het Hof vangt aan met het formuleren van de in deze zaak relevante beginselen van het Unierecht. In het kort gaat het om het beginsel van autonomie van het Unierecht, het waarborgen van Unierecht door de rechters in de lidstaten, het beginsel van wederzijds vertrouwen en het beginsel van loyale samenwerking (nrs. 32-37).
5. In het licht van bovenstaande beginselen wordt bij de beantwoording van de vraag of de artt. 267 en 344 VWEU zich verzetten tegen arbitrageclausules in BITs een drietraps toets aangelegd (nrs. 23, 31, 38). **In de eerste plaats** wordt getoetst of de geschillen die zijn onderworpen aan het BIT-scheidsgerecht, verband kunnen houden met de uitlegging of toepassing van Unierecht (nr. 39). Uit de autonomie, rechtstreekse werking en

voorrangpositie van het Unierecht in de lidstaten volgt dat het BIT-scheidsgerecht gehouden is om het Unierecht uit te leggen en zelfs toe te passen, met name de bepalingen over fundamentele vrijheden, waaronder de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal (vgl. nrs. 33, 41 en 42).

6. **In de tweede plaats** is van belang of een BIT-scheidsgerecht onderdeel uitmaakt van het rechterlijke systeem van de EU en of het kan worden beschouwd als een rechterlijke instantie van een van de lidstaten in de zin van art. 267 VWEU (nr. 43). Omdat het BIT-scheidsgerecht geen onderdeel vormt van het rechterlijk systeem van Nederland en Slowakije – de omstandigheid dat de jurisdictie van dit scheidsgerecht afwijkt van die van de rechtelijke instanties van deze twee lidstaten vormt overigens één van de belangrijkste bestaansredenen van de BIT-arbitrage clause – is het Hof van oordeel dat dit gerecht in geen geval kan worden gekwalificeerd als rechterlijke instantie van een van de lidstaten en derhalve niet bevoegd is een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof (nrs. 45, 46 en 49).
7. **In de derde plaats** gaat het erom of het uit de BIT voortvloeiende arbitrale vonnis onderworpen is aan het toezicht van een rechterlijke instantie van een lidstaat die garandeert dat de vragen over het Unierecht eventueel in het kader van een prejudiciële vraag kunnen worden beoordeeld (nr. 50). Daarbij overweegt het hof dat in deze BIT de beslissing het BIT-scheidsgerecht onherroepelijk was; dat dit scheidsgerecht zijn eigen procedure vaststelt; het scheidsgerecht zelf de plaats van zijn zetel kiest en bijgevolg het recht dat van toepassing is op de rechterlijke toetsing van de geldigheid van het arbitraal vonnis (nr. 51). Dit laatste was in casu Duits recht en § 1059 lid 2 ZPO voorziet slechts in beperkte toetsing, die met name betrekking heeft op geldigheid van de arbitrage overeenkomst en de openbare orde bij erkenning en tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis, (nrs. 52-53).
8. Het Hof komt tot het oordeel dat de kenmerken van dit BIT-scheidsgerecht ertoe leiden dat de lidstaten die partij zijn bij de BIT door de sluiting hiervan een mechanisme voor beslechting van geschillen tussen een investeerder en een lidstaat hebben ingesteld dat mogelijkwijs belet dat deze geschillen op zodanige wijze worden beslecht dat de volle werking van dit Unierecht is gewaarborgd (nr. 56).
9. Daarnaast roepen de lidstaten de BIT-arbitrage in het leven, niet de EU. Het doet dan ook niet alleen afbreuk aan het beginsel van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten, maar ook aan de handhaving van het eigen karakter van het Unierecht dat wordt gewaarborgd door de prejudiciële procedure; bijgevolg is deze vorm van arbitrage ook niet verenigbaar met het beginsel van loyale samenwerking (nr. 58). Een clause voor BIT-arbitrage doet in de omstandigheden van deze zaak dan ook afbreuk aan het Unierecht en is niet verenigbaar met artt. 267 en 344 VWEU (nr. 59-60).

*Reikwijdte: Handelsarbitrage en oprichting rechterlijke instantie bij overeenkomst*

10. In het kader van de derde toets maakt het Hof een duidelijk onderscheid tussen BIT-arbitrage en handelsarbitrage – commerciële arbitrage (zie nr. 54-55).
11. Ten aanzien van handelsarbitrage vermeldt het Hof dat het stellig heeft geoordeeld dat de doeltreffendheid van de arbitrale rechtspleging rechtvaardigt dat toetsing van arbitrale vonnissen door rechterlijke instanties een beperkt karakter draagt, mits de fundamentele bepalingen van het Unierecht bij deze toetsing kunnen worden onderzocht en deze tot prejudiciële vragen kan leiden (onder verwijzing naar HvJ 1 juni 1999, C-126/97, nrs. 35, 36 en 40 (*Eco-Swiss*) en HvJ 26 oktober 2006 C-168/05, nrs. 34-49 (*Mostaza Claro*)). Dit gaat

niet op voor BIT-arbitrage (vgl. nr. 55). Immers, verschil tussen BIT-arbitrage en handelsarbitrage is dat handelsarbitrage gegrond is op de autonomie van de betrokken partijen, terwijl BIT-arbitrage volgt uit een verdrag waarin lidstaten overeenkomen af te zien van de bevoegdheid van hun eigen rechtelijke instanties, en derhalve van het gerechtelijke stelsel van rechtsmiddelen waarin zij moeten voorzien op gebieden die onder het Unierecht vallen bij de uitlegging van Unierecht.

12. Wat het Hof precies beoogt met dit onderscheid volgt niet direct uit de uitspraak, maar het doet vermoeden dat het Hof handelsarbitrage buiten de werking van deze uitspraak probeert te houden. Het woord ‘stellig’ in nr. 54 van het arrest van het Hof draagt bij aan deze lezing (zie ook M. Requejo, *A European Reading of Achmea*, ConflictofLaws.net).
13. Verder merkt het Hof op dat er in beginsel geen onverenigbaarheid met het Unierecht is wanneer bij een internationale overeenkomst een rechterlijke instantie wordt opgericht die is belast met de uitlegging van de bepalingen van deze overeenkomst en waarvan de beslissingen bindend zijn voor de instellingen van de EU, waaronder het Hof. De bevoegdheid van de EU om internationale betrekkingen aan te knopen en haar bekwaamheid internationale overeenkomsten te sluiten, impliceert dat het haar vrijstaat zich te onderwerpen aan de beslissingen van een bij overeenkomst ingesteld gerecht, mits de autonomie van de Unie niet wordt aangetast (nr. 57).
14. Het doet vermoeden dat het Hof hier niet de bevoegdheid van de EU om handelsverdragen te kunnen sluiten in de weg wil zitten of een eventueel Brexit-verdrag (zie hierover M. Requejo, *supra* nr. 12). Hoewel onduidelijk blijft hoe in een zodanig geval de autonomie van de Unie zou worden aangetast.

*Tot slot*

15. Het lijkt erop dat met dit arrest van het Hof een einde is gekomen aan intra Europese BIT-arbitrage. De keuze voor BIT-arbitrage door de lidstaten doet volgens het Hof afbreuk aan het beginsel van wederzijds vertrouwen en de handhaving van het Unierecht dat wordt gewaarborgd door de prejudiciële procedure, wat bijgevolg niet verenigbaar is met het beginsel van loyale samenwerking.
16. De precieze reikwijdte blijkt echter niet rechtstreeks uit het arrest: wat is nu de verhouding van het arrest tot handelsarbitrage en internationaal publiekrechtelijke geschilbeslechting tussen de EU en derdelanden? Ook kan de vraag worden gesteld of het argument van het Hof dat de kenmerken van het BIT-scheidsgerecht mogelijk beletten dat geschillen, die betrekking kunnen hebben op Unierecht, op zodanige wijze worden beslecht dat het Unierecht niet is gewaarborgd (zie nr. 14 hierboven) wel zo overtuigend is. Dit gaat immers tot op zekere hoogte ook op voor commerciële arbitrage.
17. Tot slot is bepaald opvallend dat advocaat-generaal Wathelet tot een geheel andere conclusie is gekomen (zie hierover uitgebreider M. Requejo, *supra* nr. 12; M. Weller, *CJEU on the compatibility with EU law of an arbitration clause in an Intra-EU BIT*, ConflictofLaws.net). Ten aanzien van het beginsel van wederzijds vertrouwen merkt hij op dat BIT-arbitrage hieraan geen afbreuk doet. De keuze hiervoor impliceert geen wantrouwen jegens de rechters van andere lidstaten, maar arbitrage is het enige middel om BIT's een volle en nuttige werking te verlenen door het creëren van een gespecialiseerd forum waarbij investeerders de hun door BIT's toegekende rechten kunnen inroepen (zie ECLI:EU:C:2017:699, nr. 266). Over de uitspraak van het Hof kan dan ook duidelijk verschillend worden gedacht.