

Gevolgen van het *Achmea*-arrest voor de praktijk van de investeringsarbitrage binnen de EU

Prof.mr. A.S. Hartkamp

Hof van Justitie EU (Grote Kamer) 6 maart 2018, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (*Slowakije / Achmea*), *Ars Aequi* 2018, p. 527-532, m.nt. P.J. Slot (AA20180527)

1 Inleiding

In het *Achmea*-arrest heeft het Hof van Justitie EU (hierna: het Hof) artikel 8 van het investeringsverdrag tussen Slowakije en Nederland in strijd met artikel 267 en 344 VWEU verklaard. Op grond van dit verdragsartikel kon de Nederlandse vennootschap Achmea, nadat er een geschil was gerezen over haar investering in Slowakije, tegen dit land een procedure inleiden voor een scheidsrecht waarvan Slowakije zich heeft verbonden de bevoegdheid te aanvaarden.

Voor de achtergrond van de zaak, de (totaal van het arrest afwijkende) conclusie van A-G Wathelet en de tekst van het arrest verwijs ik naar de annotatie van prof. P.J. Slot in het juninummer van *Ars Aequi*. Die annotatie besluit met een korte bespreking van enkele gevolgen van het arrest. In deze annotatie wil ik daarop aansluitend ingaan op de gevolgen van het arrest voor de praktijk van de investeringsarbitrage, met aandacht voor de wijze waarop het EU-recht en het nationale (dus privaatrechtelijke) arbitragerecht op elkaar inwerken. In de bestaande literatuur over de door het Unierecht opgeroepen problematiek van de investeringsarbitrage is daarover niet veel te vinden en hetzelfde geldt voor de eerste (overwegend kritische) reacties op het arrest.¹

Hierna worden de investeringsarbitrages binnen de EU als volgt onderscheiden:

- arbitrage op grond van een bilateraal investeringsverdrag binnen de EU (nr. 3);²
- arbitrage op grond van andere investeringsverdragen waarbij een EU-lidstaat (of de EU zelf) partij is (nr. 4);
- arbitrage op grond van een investeringsovereenkomst, dus los van een investeringsverdrag (nr. 5).

De navolgende opmerkingen zijn beperkt tot de gevolgen van het *Achmea*-arrest. De voorgeschiedenis is fascinerend, maar moet hier buiten beschouwing blijven. Daarvoor wordt naar de literatuur verwezen.³

2 De kernoverwegingen van de uitspraak

Ter inleiding geef ik kort (en niet letterlijk citerend) de kernoverwegingen van het arrest weer. Daarbij abstraheer ik van de verwijzingen naar het specifieke investeringsverdrag dat in deze zaak aan de orde was. De kernoverwegingen en het dictum zijn van dien aard dat zij zonder twijfel ook van toepassing zijn op andere investeringsverdragen tussen EU-lidstaten.

¹ Deze annotatie heeft een andere focus, zodat ik mij met deze kritiek niet bezig houd. De reacties bestaan nog hoofdzakelijk uit weblogs. In Nederland verscheen zojuist E. de Brabandere, 'De Achmea-zaak voor het Europese Hof van Justitie. Het einde van Intra-EU-Investeringsverdragen?', *NTER* 2018, afl. 3/4.

² In de literatuur, ook de Nederlandstalige, wordt daarbij veelal de afkorting 'intra-EU BIT' gebruikt, waarbij BIT staat voor *bilateral investment treaty*.

Een 'extra-EU BIT' is een investeringsverdrag tussen een lidstaat en een derde land.

³ Zie in het algemeen over investeringsarbitrage J.J. van Haersolte-van Hof, 'Investeringsarbitrage: wie, wat, waar en waarom?', *Ondernemingsrecht* 2010/8; J.J. van Haersolte-van Hof, 'Arbitrage op grond van Bilateral Investment Treaties', *WPNR* 2014, afl. 7003; B.J. Drijber, 'Investeringsarbitrages in het vizier van de Europese Unie', *TvA* 2012/75; M. van de Hel-Koedoot & B.R.D. Hoebeke,

'De bescherming voor grensoverschrijdende investeerders op grond van bilaterale investeringsverdragen', *Onderneming & Financiering* 2013, afl. 4; N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern & M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press 2015, Chapter 8. Zie over het EU-recht en arbitrage de opstellenbundel M. Cremona, A. Thies & R.A. Wesel (red.), *The European Union and International Dispute Settlement* Oxford: Hart Publishing 2017.

a) Een internationale overeenkomst (in casu het investeringsverdrag) mag geen inbreuk maken op de in de Verdragen vastgestelde bevoegdheidsregeling en dus op de autonomie van het rechtsstelsel van de EU. 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 (punt 32).

b) Het Unierecht berust 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, zoals is bepaald in artikel 2 VEU. Deze premisse 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. Juist in deze omstandigheden dienen de lidstaten onder meer krachtens het in artikel 4, lid 3, eerste alinea, VEU genoemde beginsel van loyale samenwerking op hun respectieve grondgebied de toepassing en de eerbiediging van het recht van de Unie te verzekeren (punt 34). De hoeksteen van het rechterlijk systeem van de EU is de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU (punten 34, 37).

Het scheidsgerecht is in voorkomende gevallen gehouden EU-recht (immers een onderdeel van het recht van de lidstaten) toe te passen, in het bijzonder de fundamentele vrijheden, waaronder de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal (punt 42).

c) Een arbitraal gerecht kan niet worden beschouwd als een rechterlijke instantie van een lidstaat in de zin van artikel 267 VWEU, en is dus niet bevoegd om een prejudiciële vraag aan het Hof voor te leggen (punt 49).

d) Is er dan anderszins voldoende toezicht op de uitspraak van het scheidsgerecht? Nee, want het scheidsgerecht mag zelf zijn zetel en daarmee het recht aanwijzen dat van toepassing is op de rechterlijke toetsing van de geldigheid van het vonnis. De in casu bevoegde Duitse gerechten zijn slechts tot een beperkte toetsing bevoegd: volgens § 1059 lid 2 Zivilprozessordnung is de toetsing beperkt tot de vraag of de arbitrageovereenkomst, gezien het toepasselijke recht, geldig is en of de openbare orde door de erkenning en tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis wordt geëerbiedigd (punt 53).

e) Dus hebben de lidstaten die partij zijn bij het investeringsverdrag een mechanisme voor beslechting van geschillen tussen een investeerder en een lidstaat ingesteld dat mogelijkwjs belet dat deze geschillen,

hoewel zij betrekking kunnen hebben op de toepassing van het Unierecht, op zodanige wijze worden beslecht dat de volle werking van dit recht is gewaarborgd. Hiertegen verzetten zich de artikelen 267 en 344 VWEU (punten 56, 60).

3 Gevolgen voor arbitrage op grond van een bilateraal investeringsverdrag binnen de EU ('Intra-EU BIT')

Wat zijn de praktische gevolgen van deze uitspraak voor arbitrale procedures en uitspraken? Men denke zowel aan ten tijde van de *Achmea*-uitspraak (6 maart 2018) reeds met een (eind)vonnis afgesloten procedures, als aan op dat tijdstip lopende procedures en procedures die na dat tijdstip zijn aangevangen of zullen aanvangen.

3.1 Wegvallen van de grondslag van de arbitrage?

Vooropgesteld moet worden dat het *Achmea*-arrest niet tot consequentie heeft dat de grondslag van de arbitrage in civiel(proces)rechtelijke zin wegvalt, wat zou leiden tot de onbevoegdheid van het scheidsgerecht of de vernietigbaarheid van een arbitraal vonnis. In de eerste plaats is van een arbitrale overeenkomst in eigenlijke zin geen sprake, omdat de arbitrage berust op uit het investeringsverdrag voortvloeiende rechten en verplichtingen: de investeerder is bevoegd een procedure voor een scheidsgerecht in te leiden en het gastland, dat wil zeggen het land waar de investering plaats vindt, is gehouden daaraan mee te werken (of vice versa). In de tweede plaats zou een arbitrageovereenkomst, gesteld dat daarvan toch sprake zou zijn, niet in haar geldigheid worden aangetast door de uitspraak inhoudende dat het artikel van het investeringsverdrag waarop de arbitrage berust in strijd is met artikel 267 en artikel 344 VWEU. Deze bepalingen van primair EU-recht hebben geen horizontale directe werking, dat wil zeggen: zij kunnen niet rechtstreeks tot het ontstaan, tenietgaan of wijziging van civielrechtelijke rechten en verplichtingen leiden.⁴

3.2 Onbevoegdheid van arbiters?

Leidt het *Achmea*-arrest niettemin tot de onbevoegdheid van het scheidsgerecht? Onbevoegdheid wordt weliswaar in de eerste plaats geassocieerd met het ontbreken van een geldige arbitrale overeenkomst,⁵ maar kan ook op andere gronden berusten.⁶ Ook daarvan is in beginsel geen sprake. Van belang hierbij is of het te wijzen vonnis onuitvoerbaar is, een kwestie waarop ik hierna terugkom. Zo ja, dan zal men moeten aannemen dat de arbiters zoal niet onbevoegd, dan toch ten minste jegens partijen verplicht zijn zich te onthouden van het voortzetten van de procedure en het wijzen van een vonnis, dat dan immers geen waarde heeft.⁷ Zo nee,

4 Zie hierover Asser/Hartkamp *3-I* 2015/12 e.v. met verdere verwijzingen.

5 Vgl. art. 1052 leden 2 en 5 Rv; art. 1065 lid 1 onder a Rv.

6 Zie *Blackaby e.a.* 2015/5.110, waar het begrip 'jurisdiction' in verband wordt gebracht met 'pow-

ers that are permissible under the law applicable to the arbitration agreement and under the lex arbitri'. In overweging 12 van de preambule van de Verordening Brussel I bis ((EU) 1215/2012) wordt gesproken over een arbitragebeding dat 'vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden

toegepast'. Deze verordening is overigens niet van toepassing op arbitrage (art. 1 lid 2 onder d).

7 Een dergelijke verplichting kan worden afgeleid uit een arbitrageovereenkomst, die echter in casu doorgaans ontbreekt, uit toepasselijke regels van een arbitrageinstituut of uit ongeschreven recht.

dan kan de arbitrage rechtmatig worden voortgezet; de arbiters zelf zijn – in tegenstelling tot de overheidsrechter in een lidstaat – niet aan de uitspraak in het *Achmea*-arrest gebonden. Een praktisch probleem ontstaat in de situatie, die zich in de onderhavige zaak en een aantal andere arbitragezaken heeft voorgedaan: het gastland beroept zich op de strijdigheid van (een bepaling van) het investeringsverdrag met het VWEU,⁸ de investeerder wil de procedure voortzetten. In die situatie kunnen arbiters kiezen tussen voortzetting van de arbitrale procedure of schorsing daarvan om partijen in de gelegenheid te stellen een uitspraak van de bevoegde overheidsrechter uit te lokken.

3.3 Is het arbitrale vonnis vernietigbaar?

In de *Achmea*-casus had het scheidsgerecht Frankfurt aangewezen als zetel van de arbitrage, waardoor het Duitse recht op de arbitrage van toepassing was.⁹ Naar Duits recht (§ 1059 lid 1 onder a en lid 2 onder b Zivilprozessordnung) is van een vernietigingsgrond alleen sprake, voor zover hier relevant, indien de arbitrageovereenkomst naar Duits recht ongeldig zou zijn of de erkenning of tenuitvoerlegging van het vonnis tot een resultaat zou leiden dat in strijd is met de openbare orde. In veel landen, waaronder Nederland (art. 1052 en 1065 Rv), zou hetzelfde gelden.

Wat de openbare orde in verband met EU-recht betreft moeten nu twee kwesties worden onderscheiden. Reeds geruime tijd geleden is de vraag gerezen of een arbitraal vonnis wegens strijd met de openbare orde moet worden vernietigd indien daarin een regel van EU-recht ten onrechte niet of onjuist is toegepast. Gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie is daarvan alleen sprake indien het gaat om een regel van EU-recht die van openbare orde is¹⁰ of waarvan het gewicht met het oog op de oproeping van een bepaald rechtsgevolg gelijkwaardig moet worden geacht aan een nationale regel van openbare orde.¹¹

Die grondslag van strijd met de openbare orde is hier niet aan de orde. In de *Achmea*-uitspraak wordt een artikel van een investeringsverdrag in strijd met artikel 267 en 344 VWEU geoordeeld omdat het mogelijk is dat een scheidsgerecht regels van EU-recht onjuist toepast, terwijl daarop niet voldoende controle mogelijk is van de overheidsrechter (de nationale rechter en via art. 267 VWEU het Hof van Justitie). De verwijzende rechter,

het Bundesgerichtshof, had die controle wél voldoende geoordeeld onder verwijzing naar het in de vorige noot aangehaalde arrest *Eco Swiss* (punt 35), waarin het Hof had beslist

‘dat de vereisten die verband houden met de doeltreffendheid van de arbitrale rechtspleging, rechtvaardigen dat de toetsing van arbitrale vonnissen een beperkt karakter draagt en dat de vernietiging van een vonnis of de weigering van erkenning ervan enkel in uitzonderlijke gevallen mogelijk is.’

Volgens het Bundesgerichtshof was § 1059 Zivilprozessordnung met zijn verwijzing naar de openbare orde daarvoor ook hier toereikend, maar daarmee was het Hof van Justitie het dus niet eens. Het Hof van Justitie (punten 54 en 55, hierna in nr. 5 geciteerd) deelt mee dat het dit voor handelsarbitrage heeft beslist, die berust op de autonomie van de betrokken partijen, maar dat voor een op een investeringsverdrag berustende arbitrage niet hetzelfde geldt, zodat het ‘beperkte toezicht’ van het Duitse recht onvoldoende is.

De in dit nummer gestelde vraag naar de vernietigbaarheid van het arbitrale vonnis is dus niet of de vernietigingsgrond ‘openbare orde’ kan worden gehanteerd op grond van de niet-toepassing of onjuiste toepassing door het scheidsgerecht van een gewichtige regel van EU-recht (een kwestie die in de onderhavige zaak niet aan de orde is), maar op grond van het feit dat het verdragsartikel waarop de arbitrage berust in strijd is met de regels van artikel 267 en artikel 344 VWEU. Het antwoord daarop is mijns inziens ontkennend. Het arrest levert op zichzelf geen grond op voor vernietigbaarheid; ook hier is van belang (zie reeds nr. 3.1) dat de artikelen 267 en 344 VWEU geen directe horizontale werking hebben. De mogelijkheid van vernietiging is dus afhankelijk van het nationale recht dat op de arbitrage van toepassing is. Moderne nationale rechtsstelsels plegen terughoudend te zijn ten aanzien van de vernietigbaarheid van arbitrale vonnissen. Waar enkele schending van EU-recht in een arbitraal vonnis zoals gezegd niet onder de vernietigingsgrond ‘openbare orde’ valt, dient dat mijns inziens ook te gelden voor het feit dat de grondslag van de arbitrage problematisch is om de in het *Achmea*-arrest aangenomen reden.

Aldus is reeds in een EU-lidstaat de controle van de overheidsrechter (en bij extensie die van het Hof van Justitie) op een eventuele incorrecte toepassing van EU-recht door het scheidsgerecht onvolledig, hetgeen een duidelijk punt van zorg was in het *Achmea*-arrest. Voor een rechter

8 Daarin gesteund door de Europese Commissie, die in veel zaken als ‘amicus curiae’ is geïnterveneerd met een geharnast betoog in die zin. In de onderhavige zaak is de amicus-curiae-brief van de Commissie uitvoerig besproken door het scheidsgerecht, zie de Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension in PCA-Case No. 2008-13 van 26 oktober 2010, nr. 175 e.v., 217 e.v., onder meer te raadplegen op www.italaw.com/documents/EurekovSlovakRepublicAwardonJurisdiction.pdf.

9 Volgens art. 8 van het investeringsverdrag was het scheidsgerecht bevoegd zijn eigen procedure vast te stellen, waarbij het de arbitragevoorschriften van UNCITRAL moest toepassen.

10 Men denke aan art. 101 VWEU, dat blijkens de

arresten *Manfredi* (C-295-298/04) en *T-Mobile* (C-8/08) van openbare orde is. Verdiedigd is dat ook de regels inzake staatssteun van openbare orde zijn – in deze context niet zonder belang, omdat investeringen nogal eens plaatsvinden met schending van die regels. Zie E. Paasivirta, ‘European Union and Dispute Settlement: Managing Proliferation and Fragmentation’, in Cremona, Thies & Wessel, p. 30 e.v., op p. 40-43.

11 Aldus het arrest *Eco Swiss* (C-126/97) met betrekking tot art. 101 VWEU vóórdat dit artikel in de arresten genoemd in de vorige voetnoot tot een regel van openbare orde was verklaard; alsmede *Asturcom* (C-40/08) met betrekking tot het verbod van oneerlijke contractbedingen.

12 Deze laatste mogelijkheid kwam in het arrest niet ter sprake, maar waarschijnlijk was dit ook een punt van zorg voor het Hof. Het overweegt in punt 50 dat ‘moet worden getoetst’ of het arbitrale vonnis ‘onderworpen is aan het toezicht van een rechterlijke instantie van een lidstaat, waardoor wordt gegarandeerd dat de vragen over het Unierecht die mogelijk door dit gerecht moeten worden behandeld, eventueel in het kader van een prejudiciële verwijzing ter beoordeling kunnen worden overgelegd aan het Hof’. Na te hebben opgemerkt dat het scheidsgerecht ingevolge het investeringsverdrag zelf de plaats van zijn zetel kan kiezen, en dus het recht dat van toepassing is op de rechterlijke toetsing van de geldigheid van

in een niet-EU-lidstaat (onder een intra-EU-investeringsverdrag kan voor de arbitrage immers ook een zetel buiten de EU worden gekozen) is de verhouding van het arbitrale vonnis tot het EU-recht al helemaal geen punt van overweging.¹²

3.4 Overgangsrecht; gezag van gewijsde

Indien in het nationale recht dat op de arbitrage van toepassing is, anders dan hierboven aangenomen, een regel bestaat die zo geïnterpreteerd kan worden dat hij een vernietigingsgrond oplevert voor een vonnis dat is geweest op grond van een investeringsverdrag dat valt onder de werking van het *Achmea*-arrest, rijzen vragen van overgangsrecht. Een wetgever die zijn werk behoorlijk doet, pleegt zulke vragen onder ogen te zien. Zo bevat de Nederlandse wetgeving bepalingen die bij het in werking treden van nieuw recht de regels betreffende lopende procedures en rechterlijke bevoegdheid zoveel mogelijk eerbiedigen.¹³ Zoals reeds opgemerkt bevat het *Achmea*-arrest zulke regels niet en de werking van het arrest is niet in de tijd beperkt.¹⁴ Misschien vindt het Hof in volgende uitspraken nog de mogelijkheid zulke regels te geven, in een concrete kwestie die als een vervolgvraag ten opzichte van het *Achmea*-arrest kan worden beschouwd.¹⁵ Voorshands moet er rekening mee worden gehouden dat voor zover het arrest zou leiden tot onbevoegdheid van arbiters of vernietigbaarheid van arbitrale vonnissen, dat in beginsel ook zal gelden voor procedures die zijn begonnen en arbitrale vonnissen die zijn geweest vóór 6 maart 2018. Overigens zou het dan gaan om regels van nationaal recht, inclusief overgangsrecht, zij het binnen de bekende grenzen van gelijkwaardigheid en effectiviteit. Daarom tement bevat het Unierecht reeds de nodige informatie, waarvan het belangrijkste aspect in deze context is dat het effectiviteitsbeginsel in beginsel niet tornt aan het gezag van gewijsde van vonnissen. Dat geldt ook voor arbitrale vonnissen, zowel een eindvonnis als een deelvonnis waarin bijv. een definitieve beslissing over de bevoegdheid van het scheidsrecht is gegeven.¹⁶

3.5 Is het arbitrale vonnis executabel?

Het feit dat een arbitraal vonnis niet vernietigbaar is, betekent niet dat het vatbaar is voor tenuitvoerlegging. Er kunnen immers gronden zijn die de rechter in staat stellen of verplichten de tenuitvoerlegging te weigeren. Indien executie wordt verzocht aan een rechter van een

lidstaat zal deze – nu Verordening 1215/2012 niet van toepassing is op arbitrage (art. 1 lid 2 onder d) – te rade moeten gaan bij zijn nationale recht en voor buitenlandse arbitrale vonnissen bij het Verdrag van New York van 1958 over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken (waarbij ruim 150 landen zijn aangesloten). Onder meer de Nederlandse rechter zal in zijn nationale recht als weigeringsgrond het openbare-orde-criterium vinden (zie ook hiervóór nr. 3.3), en voor het Verdrag van New York is dat niet anders (art. V lid 2 onder b).¹⁷ De vraag is of deze bepalingen voor toepassing in aanmerking komen, indien executie wordt verzocht van een arbitraal vonnis dat is gebaseerd op een investeringsverdrag dat valt onder de werking van het *Achmea*-arrest.

Op het eerste gezicht lijkt dat niet aannemelijk. Ik breng in herinnering dat de beslissing in *Achmea* niet is gebaseerd op het feit dat het scheidsrecht een regel van materieel Unierecht heeft geschonden, maar op de overweging dat een investeringsverdrag tussen twee lidstaten in strijd met artikel 267 en 344 VWEU tot stand is gekomen. Indien een regel van materieel Unierecht is geschonden die van openbare orde of van een daarmee gelijk te achten belang is, zou executie van het vonnis in strijd zijn met de openbare orde.¹⁸ Anders ligt het indien het gaat om een arbitraal vonnis waarin geen regel van materieel Unierecht is geschonden of een regel waarbij de openbare orde niet is betrokken. Het feit dat een lidstaat een verdrag sluit in strijd met de genoemde bepalingen van het VWEU kan mijns inziens niet leiden tot de conclusie dat een daarop gebaseerd arbitraal vonnis in strijd met de openbare orde is.

Niettemin moet worden bedacht dat het Hof met het *Achmea*-arrest een onverwacht harde koers heeft ingezet tegen de bilaterale intra-EU-investeringsverdragen en dat het niet ondenkbaar is dat het die koers wil voortzetten indien het op basis van een prejudiciële vraag geroepen wordt over deze kwestie te beslissen. Het aanknopingspunt zou dan artikel 4 VEU kunnen zijn, met het argument dat de lidstaat (in casu de burgerlijke rechter) zijn verplichting tot loyale samenwerking zou schenden indien hij zijn medewerking zou verlenen aan de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis dat ‘voortbouwt’ op het met het EU-recht strijdige investeringsverdrag. Op deze grond zou het Hof wellicht via het gelijkwaardigheidsbeginsel een daarop gerichte uitleg van het nationale begrip openbare orde kunnen afdwingen.¹⁹

het vonnis dat een einde maakt aan het bij hem aanhangig gemaakte geschil’ vervolgt het Hof dat het scheidsrecht in dit geval als zetel Frankfurt heeft gekozen, en dat het Duitse recht slechts in een beperkte toetsingsmogelijkheid voorziet. Voor een zetel buiten de EU geldt dit uiteraard in versterkte mate. Overigens speelt het onderscheid tussen zetel in of buiten de EU in beginsel geen rol voor de vraag van de tenuitvoerlegging in een lidstaat, zie hierna 3.5.

¹³ Art. 27, 66 en 74 Overgangswet Nieuw BW. De bepalingen van deze wet plegen ook buiten haar toepassingsgebied (het nieuwe BW) de wetgever en de rechter tot leidraad te strekken.

¹⁴ Er bestaat hier een opvallend contrast met de

investeringsverdragen, die hun bescherming plegen uit te strekken tot vóór hun beëindiging gedane investeringen. Zo bepaalt art. 13 lid 4 van het onderhavige investeringsverdrag tussen Nederland en Slowakije (*T/b*. 1991, 94) dat ‘ten aanzien van investeringen die zijn gedaan voor de datum van beëindiging van deze Overeenkomst, [...] de voorgaande artikelen van kracht [blijven] gedurende een tijdvak van vijftien jaar vanaf die datum’.

¹⁵ Blijkens het arrest *Barber* (C-262/88), punt 41, moeten dergelijke regels worden gegeven in het arrest zelf waarvan de gevolgen in de tijd moeten worden beperkt.

¹⁶ *Eco Swiss* (C-126/97); *Asturcom* (C-40/08). Zie

hierover uitvoerig mijn annotatie onder het arrest *Klausner Holz* (C-505/14), in AA 2016 p. 286 e.v. (AA20160286). Een redelijke beroepstermijn of een regel die vereist dat een beroep op onbevoegdheid reeds in de arbitrale procedure moet zijn gedaan, zijn evenmin in strijd met het effectiviteitsbeginsel.

¹⁷ Evenzo het stelsel van de Uncitral Model Law (art. 17 I en art. 36).

¹⁸ Zie de arresten aangehaald in nr. 3.3.

¹⁹ Een andere weg om naleving van het arrest af te dwingen zou een inbreukprocedure van de Commissie tegen een lidstaat zijn, bij het slagen waarvan lidstaataansprakelijkheid dreigt.

Dit alles geldt indien de EU-rechtsorde bij de tenuitvoerlegging is betrokken, hetgeen in optima forma zo is als alle elementen van de casus verband houden met de EU: in een lidstaat wordt de tenuitvoerlegging verzocht van een arbitraal vonnis dat op basis van een intra-EU-investeringsverdrag in een lidstaat is geweest tussen een lidstaat en een investeerder die gevestigd is in een lidstaat. Naarmate men in deze hypothese niet-lidstatelijke elementen invoert zal het eventuele openbare-orde-aspect van geringere betekenis worden. Voor een executierechter in een derde land zal het EU-aspect waarschijnlijk geen rol spelen.

4 Gevolgen voor arbitrage op grond van andere investeringsverdragen waarbij een EU-lidstaat partij is

4.1 Arbitrage op grond van een bilateraal investeringsverdrag tussen een EU-lidstaat en een derde land ('extra-EU-BIT').

Geldt de redenering van het *Achmea*-arrest ook voor bilaterale investeringsverdragen tussen een lidstaat en een derde land?²⁰ Ook op geschillen die worden berecht in een arbitrage op basis van zo'n verdrag kunnen regels van EU-recht van toepassing zijn, en zulks ongeacht of de investeerder in de lidstaat is gevestigd dan wel de investering in de lidstaat plaatsvindt. In beide gevallen is het mogelijk dat het scheidsrecht zijn zetel heeft in een lidstaat waarin de overheidsrechter onvoldoende controle heeft op de toepassing van EU-recht. Een deel van de in nummer 2 genoemde overwegingen is dus ook voor deze situatie van belang, maar een ander deel niet: het gaat hier niet om een situatie waarin beide verdragsluitende partijen hun in het *Achmea*-arrest zo pregnant geformuleerde verplichtingen uit de EU-verdragen (VEU en VWEU), gericht op het in stand houden van een gezamenlijke rechtsorde, hebben geschonden. Ik ben geneigd dit laatste te laten prevaleren en dus de vraag ontkennend te beantwoorden, waarvoor ik nog de volgende twee argumenten aanvoer.

Ten eerste zou een bevestigend antwoord tot willekeurige resultaten leiden. De voor de arbitrage nadelige gevolgen van het *Achmea*-arrest, welke dat dan ook precies mogen zijn, zouden intreden indien een lidstaat als gastland van een investering wordt aangesproken, maar niet indien een derde land wordt aangesproken. De EU-

investeerder wordt dan dus door het investeringsverdrag beschermd, de derdeland-investeerder niet. Althans in het normale geval dat de vordering wordt ingesteld door een investeerder tegen het gastland. In het omgekeerde geval (het gastland spreekt de investeerder aan, bijv. wegens wanprestatie) zouden de gevolgen van het *Achmea*-arrest intreden indien de investeerder in de EU gevestigd is, niet indien hij in het derde land is gevestigd.

Ten tweede heeft de EU zich in een verordening op het standpunt gesteld dat de extra-EU-investeringsverdragen kunnen blijven bestaan, en zelfs nog in werking kunnen treden, totdat een bilateraal verdrag tussen het desbetreffende derde land en de EU in werking zal zijn getreden.²¹ Uiteraard kan het Hof van Justitie de rechtmatigheid van een verordening beoordelen, maar het komt mij voor dat aan de verordening door investeerders, lidstaten en derde landen het gerechtvaardigde vertrouwen kan worden ontleend dat de desbetreffende investeringsverdragen niet geheel of gedeeltelijk in strijd met het Unierecht kunnen worden verklaard, althans niet voor zover dat concrete nadelige gevolgen voor hen zou meebrengen.²²

4.2 Arbitrage op grond van een multilateraal investeringsverdrag, waarbij de EU en/of een of meer lidstaten partij zijn

(a) *Het European Energy Charter Treaty (ECT)*. Het gaat hier om een verdrag van 1994 inzake (onder meer) investeringen op energiegebied waarbij de EU en alle lidstaten, evenals een aantal andere Europese (en aangrenzende) landen partij zijn, en bij de voorbereiding waarvan de EU een leidende rol heeft gespeeld. Het komt mij voor dat het *Achmea*-arrest hier geen gevolgen moet hebben voor arbitrages tussen (investeerders in) lidstaten en derde landen, op de gronden die vermeld zijn in nummer 4.1. Dat de congruentie ook in die zin moet worden doorgevoerd dat het *Achmea*-arrest wel effect zou moeten sorteren voor arbitrages tussen lidstaten betwijfel ik. Anders dan bij de intra-EU-investeringsverdragen heeft de Commissie zich niet tegen de totstandkoming of het functioneren van het ECT gekeerd, integendeel, de Unie als geheel heeft een actieve rol gespeeld bij de voorbereiding van het verdrag en is als partij tot het verdrag toegetreden. Daarmee verdraagt zich niet dat een deel uit het verdrag zou worden 'weggesneden' door een uitspraak van het Hof van Justitie.

20 Naar schatting bestaan er omstreeks 1200 dergelijke verdragen, waarvan 95 gesloten door Nederland (tegen omstreeks 180 intra-EU-verdragen).

21 Verordening (EU) 1219/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten tussen lidstaten en derde landen van het Europees Parlement en de Raad, art. 3. De gedachte achter deze verordening is dat sinds het Verdrag van Lissabon directe buitenlandse investeringen als onderdeel van de gemeenschappelijke handelspolitiek onder de exclusieve dan wel gedeelde

bevoegdheid van de EU vallen (art. 3 lid 1 onder e en art. 207 VWEU), zodat de lidstaten niet meer bevoegd zijn zelfstandig zulke verdragen te sluiten en alle bestaande verdragen moeten worden vervangen door EU-brede investeringsverdragen. Zie over deze bevoegdheidskwestie het Hof-advies 2/15 inzake de vrijhandelsovereenkomst met Singapore, met name (wat de geschillenregeling betreft) punten 78, 238 e.v., 285 e.v. Investeringsverdragen met derde landen gesloten door een lidstaat vóór zijn toetreding tot de EU worden beschermd door art. 351 VWEU, wat niet uitsluit dat de lidstaat moet streven naar aanpassing van

met het EU-recht strijdige bepalingen in zulke verdragen. Zie de uitspraken C-205/06 (*Commissie / Oostenrijk*), C-249/06 (*Commissie / Zweden*), C-118/07 (*Commissie / Finland*).

22 Zie L.A.D. Keus, 'The principle of legal certainty', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann & M.H. Wissink (red.), *The Influence of EU Law on National Private Law* (Vol. I), Deventer: Kluwer 2014, p. 297 e.v.

23 Zie over dit laatste het in noot 21 genoemde advies 2/15 dat betrekking heeft op de bevoegdheid tot het sluiten van het verdrag, niet op de verenigbaarheid van zijn bepalingen met het EU-recht.

(b) *Andere verdragen*. Zoals bekend is de EU bezig handelsverdragen af te sluiten met een aantal landen, waaronder Canada, Vietnam en Singapore,²³ waarin ook investeringsbescherming is opgenomen, in combinatie met een regeling van arbitrage. Denkbaar is dat de geschillenbeslechting in plaats van via arbitrage zal verlopen via een nieuw te creëren multilateraal investeringsgerechtshof.²⁴ Op dit moment heeft speculeren daarover niet veel zin. Vanuit het oogpunt van het *Achmea*-arrest is in elk geval duidelijk dat ook de laatstgenoemde weg niet vrij is van voetangels en klemmen. Een definitieve oplossing van de problemen kan alleen worden bereikt indien het bevoegde gerecht op één of andere wijze wordt ingepast binnen de rechtsorde van de Unie, met name door het te voorzien van de uitdrukkelijke bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.²⁵

4.3 Arbitrage op grond van de *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID)*

Dit verdrag, geratificeerd door 153 landen, is in 1965 tot stand gekomen onder auspiciën van de World Bank. Het is geen investeringsverdrag waarbij de verdragsstaten zich tot arbitrage verplichten, maar het creëert een instelling die de rol van griffie van internationale investeringsgeschillen vervult en het regelt een aantal gevolgen van een met inachtneming van het verdrag tot stand gekomen arbitraal vonnis. Wat die gevolgen betreft geldt de bijzonderheid dat de rol van nationale gerechten bij het toezicht op de inhoud van arbitrale vonnissen geheel is uitgeschakeld: er is geen beroep op een nationaal gerecht ter vernietiging van een vonnis (wel de mogelijkheid van een ‘annulment’ door een commissie binnen ICSID, zie voor de gronden art. 52 ICSID) en een nationaal gerecht dat wordt geadieerd ter verkrijging van een verlof tot tenuitvoerlegging dient de in het vonnis opgelegde financiële verplichtingen ten uitvoer te leggen alsof het een definitief vonnis van een gerecht uit de eigen staat betrof (art. 54 ICSID). Het hierboven genoemde Verdrag van New York is ten aanzien van deze arbitrale vonnissen dus ook uitgeschakeld.

Dikwijls wordt de ICSID-procedure toegepast bij een arbitrage op grond van een bilateraal investeringsverdrag, waarin het ICSID als arbitrale instantie is aangewezen. Indien dit een intra-EU-investeringsverdrag is, lijkt het *Achmea*-arrest mij van toepassing. Ook hier is immers sprake van het aangaan van een verdragsverplichting die voortvloeit uit een handeling van lidstaten die met artikel 267 en artikel 344 VWEU in strijd is; dat deze verplichting wordt afgewikkeld via een procedure volgens een multilateraal verdrag maakt dit niet anders. In elk geval

geldt de in nummer 4.2 voor het ECT bepleite reden voor het maken van een uitzondering hier niet. Bij ICSID-arbitrage op grond van een overeenkomst tussen een verdragsstaat en een investeerder ligt het anders, zie het volgende nummer.

5 Arbitrage op grond van een investerings-overeenkomst (dus los van een investeringsverdrag)

Tot de redenen waarom de uitspraak in *Achmea* velen heeft verrast, behoorde – zoals ook tot uitdrukking komt in de overwegingen van het verwijzende Bundesgerichtshof in die zaak – enerzijds de verwachting dat een geschil leidend tot een investeringsarbitrage niet valt onder geschillen ‘betreffende de uitlegging of de toepassing van de Verdragen’ als bedoeld in artikel 344 VWEU,²⁶ en anderzijds het feit dat het Hof in het reeds ter sprake gekomen arrest *Eco Swiss* (C-126/97, punt 35) in verband met de controle door de overheidsrechter had overwogen dat

‘de vereisten die verband houden met de doeltreffendheid van de arbitrale rechtspleging, rechtvaardigen dat de toetsing van arbitrale vonnissen een beperkt karakter draagt en dat de vernietiging van een vonnis of de weigering van erkenning ervan enkel in uitzonderlijke gevallen mogelijk is’.

Bij dit laatste is echter onvoldoende in aanmerking genomen dat het Hof in *Eco Swiss* zijn overwegingen was begonnen met de vermelding (punt 32) dat het ging om gevallen waarin ‘een op partijafpraak berustende arbitrage vragen van gemeenschapsrecht aan de orde stelt’. De door mij gecursiveerde woorden, die in de prejudiciële vragen niet voorkomen,²⁷ worden in het *Achmea*-arrest dankbaar aangegrepen ter beoefening van de *noble art of distinguishing*:

‘54 Stellig heeft het Hof met betrekking tot handelsarbitrage geoordeeld dat de vereisten die verband houden met de doeltreffendheid van de arbitrale rechtspleging, rechtvaardigen dat de toetsing van arbitrale vonnissen door rechterlijke instanties van de lidstaten een beperkt karakter draagt, mits de fundamentele bepalingen van het Unierecht in het kader van deze toetsing kunnen worden onderzocht en deze in voorkomend geval het onderwerp van een prejudiciële verwijzing bij het Hof kunnen vormen (zie in die zin arresten van 1 juni 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, punten 35, 36 en 40, en 26 oktober 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, EU:C:2006:675, punten 34-39).

55 Een arbitrageprocedure zoals die welke in artikel 8 van de BIT is vastgesteld, verschilt evenwel van handelsarbitrage. Terwijl deze laatste soort arbitrage gegrond is op de autonomie van de betrokken partijen, volgt de eerste namelijk uit een verdrag waarin lidstaten overeenkomen af te zien van de bevoegdheid van hun eigen rechterlijke instanties, en derhalve van het gerechtelijke stelsel van rechtsmiddelen waarin zij volgens artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU moeten voorzien op gebieden die onder het Unierecht vallen (zie in die zin arrest van 27 februari 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117, punt 34), voor geschillen die betrekking kunnen hebben op de uitlegging of toepassing van het Unierecht. In deze omstandigheden zijn de in het vorige punt weergegeven beschouwingen over handelsarbitrage niet van overeenkomstige toepassing op een arbitrageprocedure zoals bedoeld in artikel 8 van de BIT’.

24 Over het voor CETA voorgestelde Investment Court is een advies van het Hof van Justitie gevraagd (adviesprocedure 1/17), dat begin 2019 wordt verwacht.

25 In recente associatieverdragen zoals dat met Oekraïne (*Trb.* 2014, 160) is deze bevoegdheid

verleend aan de arbitragepanels die geschillen als bedoeld in art. 322 van het Verdrag moeten beslissen.

26 De lidstaten verbinden 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.’

27 Zie *Eco Swiss* punt 30, overeenkomende met HR 21 maart 1997, *NJ* 1998/207, m.nt. H.J. Snijders, r.o. 8.2.

Gesteld nu eens dat een investeerder en een lidstaat/gastland in de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de investering overeenkomen dat geschillen tussen partijen betreffende de investering zullen worden voorgelegd aan een scheidsgerecht. Onmogelijk is dat niet, want een lidstaat kan aan de desbetreffende wens van de investeerder tegemoet komen teneinde de investering niet mis te lopen. Prevaleert nu de tekst van artikel 344 VWEU, zoals uitgelegd in het *Achmea*-arrest, of is sprake van een 'handels-arbitrage' als bedoeld in punt 55 van het *Achmea*-arrest? Gelet op de nauwkeurige wijze waarop het Hof in het *Achmea*-arrest voortbouwt op zijn formulering in het arrest *Eco Swiss* houd ik het op het laatste, zodat deze vorm van investeringsarbitrage niet door het arrest wordt getroffen.

6 Conclusie

Het Hof van Justitie heeft in het – zeker na de conclusie van A-G Wathelet verrassende – *Achmea*-arrest investeringsverdragen binnen de EU in strijd verklaard met artikel 267 en 344 VWEU. Die uitspraak zal grote gevolgen hebben voor deze vorm van arbitrage. De Nederlandse regering heeft reeds aangekondigd dat het de twaalf door Nederland gesloten verdragen zal beëindigen, bij voorkeur in samenspraak met de andere lidstaten.²⁸ Voor afgeronde of lopende arbitrageprocedures zal de uitspraak ondanks het ontbreken van een uitspraak over de temporele werking van het arrest in die zin geen grote consequenties hebben dat de uitspraak niet leidt tot onbevoegdheid van scheidsrechters of vernietigbaarheid van vonnissen. Bij de tenuitvoerlegging kunnen problemen ontstaan omdat gerechten van lidstaten gehouden zijn tot loyale samenwerking met de EU en dus naar wegen moeten zoeken om medewerking te kunnen weigeren aan de tenuitvoerlegging van vonnissen die zijn gebaseerd op met het EU-recht strijdige verdragsbepalingen. Maar het is voorspand niet aannemelijk dat zij in de bestaande nationale wetten of in het Verdrag van New York (in het bijzonder in het openbare-orde-criterium) daarvoor voldoende aanknopingspunten kunnen vinden.

Het bovenstaande geldt ook voor investeringsarbitrages tussen (investeerders in) lidstaten die zijn gebaseerd op multilaterale investeringsverdragen, ook indien daarbij de procedure van het ICSID-verdrag wordt gevolgd. Maar voor het Energy Charter Treaty moet een uitzondering worden aangenomen.

Arbitrages tussen (investeerders in) lidstaten en derde landen op basis van bilaterale of multilaterale investeringsverdragen worden niet door het *Achmea*-arrest geraakt.

Al het voorgaande geldt voor arbitrages gebaseerd op investeringsverdragen. Arbitrages tussen investeerders en lidstaten die zijn gebaseerd op een overeenkomst vallen buiten het bereik van het arrest.

Postscriptum

Na de afsluiting van deze annotatie is naar aanleiding van het *Achmea*-arrest een Mededeling van de Europese Commissie verschenen.²⁹ De Mededeling belicht de rechtspositie van investeerders op grond van het Unierecht, zowel materieelrechtelijk als uit een oogpunt van rechtsbescherming. In de Introduction (p. 3/4) noemt de Commissie kort en zonder motivering enige juridische consequenties van het arrest voor arbitrageprocedures. De Commissie leidt uit het feit dat arbitragebepalingen in intra-EU-BITS in strijd zijn met artikel 267 VWEU en met het beginsel van loyale samenwerking af dat

'all investor-State arbitration clauses in intra-EU BITS are inapplicable and that any arbitration tribunal established on the basis of such clauses lacks jurisdiction due to the absence of a valid arbitration agreement. As a consequence, national courts are under the obligation to annul any arbitral award rendered on that basis and to refuse to enforce it. Member States that are parties to pending cases, in whatever capacity, must also draw all necessary consequences from the *Achmea* judgment.'

Uit het voorgaande (zie hiervóór nr. 3) blijkt dat de interactie tussen EU-recht en nationaal recht niet zo eenvoudig ligt als hier wordt voorgesteld. Vermelding verdient verder dat de Commissie het arrest ook van toepassing acht op intra-EU-investeringsarbitrages op basis van het Energy Charter (anders hiervóór nr. 4.2). ■

²⁸ *Kamerstukken II* 2017/18, 21501-02, 1863.
²⁹ Communication from the Commission to the

European Parliament and the Council. Protection of intra-EU investment, COM(2018)547/2.