



Datum van inontvangstneming : 21/06/2016

Zaak C-284/16

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

23 mei 2016

Verwijzende rechter:

Bundesgerichtshof (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

3 maart 2016

Verzoekende partij:

Slowaakse Republiek

Verwerende partij:

Achmea BV

Voorwerp van het hoofdgeding

Vernietiging van een nationaal arbitraal vonnis – Werking van de arbitrageovereenkomst – Arbitragebeding in een bilaterale investeringsovereenkomst tussen een lidstaat en een staat die na de sluiting van de overeenkomst tot de Europese Unie is toegetreden – Verenigbaarheid van het arbitragebeding met het recht van de Unie – Uitlegging van artikel 344 VWEU, artikel 267 VWEU en artikel 18, eerste alinea, VWEU

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1. Staat artikel 344 VWEU in de weg aan de toepassing van een regeling in een bilaterale overeenkomst tussen lidstaten van de Unie tot bescherming van investeringen (een zogenaamd BIT binnen de Unie), die inhoudt dat een investeerder van een van de overeenkomstsluitende lidstaten in het geval van een geschil betreffende investeringen in de andere overeenkomstsluitende lidstaat een procedure voor een scheidsgerecht tegen laatstgenoemde mag inleiden, wanneer de overeenkomst tot bescherming van investeringen vóór de toetreding van een van de overeenkomstsluitende lidstaten tot de Unie is gesloten, maar de arbitrageprocedure pas daarna wordt ingeleid?

Indien de eerste prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord:

2. Staat artikel 267 VWEU in de weg aan de toepassing van een dergelijke regeling?

Ingeval de eerste en de tweede prejudiciële 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 regeling?

Aangevoerde bepalingen van het recht van de Unie

Artikel 344 VWEU, artikel 267 VWEU, artikel 18, eerste alinea, VWEU, artikel 4, lid 3, VEU

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Bepalingen betreffende de arbitrageprocedure in boek tien van de Zivilprozessordnung (Duits wetboek van burgerlijke rechtsvordering; hierna: „ZPO”), met name § 1059 ZPO

Overige bepalingen

UNCITRAL, artikel 27

Korte uiteenzetting van de feiten en het hoofdgeding

- 1 Verzoekster, de Slowaakse Republiek, is rechtsopvolger van de Tsjechische en Slowaakse Federale Republiek (hierna: „Tsjecho-Slowakije”). Verweerster is een Nederlandse verzekeringsgroep.
- 2 In 1991 hebben Tsjecho-Slowakije en het Koninkrijk der Nederlanden (hierna: „Nederland”) met ingang van 1 oktober 1992 een overeenkomst gesloten inzake de bevordering en wederzijdse bescherming van investeringen („Bilateral Investment Treaty”; hierna: „BIT”). In artikel 3, lid 1, BIT hebben de overeenkomstsluitende partijen toegezegd de investeringen van investeerders van de andere overeenkomstsluitende partij eerlijk en rechtvaardig te behandelen en de werking, het beheer, de instandhouding, het gebruik en het genot daarvan of de beschikking daarover door deze investeerders niet door onredelijke of discriminatoire maatregelen te belemmeren. Volgens artikel 4 BIT waarborgde elke overeenkomstsluitende partij dat betalingen die verband houden met een investering, zoals winsten, interesten en dividenden, in vrij inwisselbare valuta en zonder buitensporige beperking of vertraging kunnen worden overgemaakt.
- 3 Artikel 8 BIT bevat een geschillenregeling. Volgens lid 1 worden geschillen tussen een overeenkomstsluitende partij en een investeerder van de andere overeenkomstsluitende partij met betrekking tot een investering van laatstgenoemde zo mogelijk in der minne geschikt. Volgens lid 2 stemt elke overeenkomstsluitende partij ermee in dat een in artikel 8, lid 1, bedoeld geschil aan een scheidsgerecht wordt voorgelegd, indien 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 regeling heeft verzocht. Volgens artikel 8, lid 5, BIT stelt het scheidsgerecht zijn eigen procedure vast, waarbij het de arbitragevoorschriften van de commissie voor internationaal handelsrecht van de Verenigde Naties (UNCITRAL) toepast.
- 4 Verzoekster is als rechtsopvolger van Tsjecho-Slowakije op 1 januari 1993 in de rechten en verplichtingen van laatstgenoemde ingevolge het BIT getreden. Met ingang van 1 mei 2004 is zij lid geworden van de Europese Unie.
- 5 In het kader van een hervorming van de gezondheidszorg heeft verzoekster in 2004 de Slowaakse markt opengesteld voor binnen- en buitenlandse aanbieders van particuliere zorgverzekeringen. Dientengevolge is verweerster in Slowakije als ziekteverzekeraar toegelaten. Zij heeft aldaar de Union Krankenversicherung AG opgericht. Na een regeringswisseling in 2006 heeft verzoekster de liberalisering van de zorgverzekeringsmarkt gedeeltelijk ongedaan gemaakt. Zij heeft bij wet onder andere de uitkering van winsten uit het zorgverzekeringsbedrijf verboden. Bij arrest van 26 januari 2011 heeft het Slowaakse constitutionele hof geoordeeld dat het wettelijk verbod op winstuitkeringen in strijd met de grondwet is. Verzoekster heeft met de op

1 augustus 2011 in werking getreden nieuwe wettelijke regeling van de zorgverzekering winstuitkeringen weer toegestaan.

- 6 Verweerster heeft aangevoerd dat zij op grond van de wettelijke maatregelen van verzoekster een schade heeft geleden ter hoogte van enkele tientallen miljoenen. Zij heeft in oktober 2008 een arbitrageprocedure tegen verzoekster ingeleid, waarin zij van verzoekster wegens schending van haar rechten ingevolge het BIT schadevergoeding heeft gevorderd. In de arbitrageprocedure is in overleg met partijen Frankfurt am Main vastgesteld als plaats van het geding.
- 7 Het scheidsgerecht heeft in een tussenvonnis van oktober 2010 zijn bevoegdheid bevestigd. Het daartegen gerichte hoger beroep van verzoekster tot vaststelling van de onbevoegdheid van het scheidsgerecht heeft het Oberlandesgericht Frankfurt bij beschikking van mei 2012 verworpen. Het daartegen gerichte cassatieberoep heeft het Bundesgerichtshof als niet-ontvankelijk verworpen.
- 8 Bij arbitraal vonnis van december 2012 heeft het scheidsgerecht verzoekster veroordeeld tot betaling van schadevergoeding ter hoogte van ongeveer 22 miljoen, plus interest. Het daartegen gerichte hoger beroep tot vernietiging heeft het Oberlandesgericht Frankfurt bij beschikking van december 2014 verworpen. Daartegen is het cassatieberoep van verzoekster gericht, waarmee zij haar vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis handhaaft. Verweerster concludeert tot verwerping van het cassatieberoep.
- 9 Het cassatieberoep van verzoekster strekt tot vernietiging van het genoemde nationale arbitrale vonnis. Krachtens nationaal recht moet een arbitraal vonnis worden vernietigd, wanneer er sprake is van een nietigheidsgrond. Er is onder andere sprake van een nietigheidsgrond wanneer de arbitrageovereenkomst krachtens het recht dat partijen daarop van toepassing hebben verklaard, ongeldig is.
- 10 De arbitrageovereenkomst is overeenkomstig artikel 8, lid 2, BIT tot stand gekomen door het verzoek van verweerster van oktober 2008 tot inleiding van de arbitrageprocedure. Artikel 8, lid 2, BIT vormt een overeenkomst ten gunste van de investeerders van de deelnemende overeenkomstsluitende lidstaten, die hen de keuze biedt om bij een geschil betreffende een investering tegen de andere overeenkomstsluitende lidstaat een arbitrageprocedure of een procedure voor de burgerlijke rechter in te leiden. Artikel 8, lid 2, BIT bevat een aanbod van de overeenkomstsluitende lidstaten tot het sluiten van arbitrageovereenkomsten met de investeerders van de andere overeenkomstsluitende lidstaat, dat de desbetreffende investeerder uitdrukkelijk of stilzwijgend kan aanvaarden. Dat aanbod heeft verweerster door het inleiden van de arbitrageprocedure aangenomen.
- 11 Aangezien het scheidsgerecht zich pas na de toetreding van verzoekster tot de Europese Unie heeft geconstitueerd, is volgens artikel 8, lid 6, BIT in het kader

van de arbitrageprocedure als geldend recht van verzoekster met name het op haar grondgebied met voorrang geldende recht van de Unie doorslaggevend. Dat geldt eveneens voor de beoordeling van de vraag of de arbitrageovereenkomst rechtsgeldig bevoegdheid kon verlenen aan het scheidsgerecht dan wel of de arbitrageovereenkomst wegens schending van het recht van de Unie ongeldig is. In het kader van het cassatieberoep moet het Bundesgerichtshof onderzoeken of de arbitrageovereenkomst geldig is. In dat verband rijst de prejudiciële vraag of het arbitragebeding waarop de arbitrageovereenkomst berust, verenigbaar is met het recht van de Unie.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 12 Verzoekster heeft in de arbitrageprocedure de bevoegdheid van het scheidsgerecht bestreden. Zij heeft aangevoerd dat met haar toetreding tot de Europese Unie het aanbod in artikel 8, lid 2, BIT tot het sluiten van een arbitrageovereenkomst niet meer geldig is, aangezien het niet met het recht van de Unie, meer bepaald de artikelen 344 VWEU, 267 VWEU en 18, eerste alinea, VWEU, verenigbaar en derhalve niet-toepasselijk is. De mogelijkheid om een geschil betreffende een investering volgens artikel 8, lid 2, BIT door een scheidsgerecht te laten oplossen, is onverenigbaar met het in artikel 344 VWEU en artikel 267 VWEU verankerde rechtsbeschermingsstelsel van de Europese Unie en het in artikel 18, eerste alinea, VWEU vastgestelde discriminatieverbod. Bovendien is er sprake van schending van de openbare orde (hierna: „openbare orde”), omdat het scheidsgerecht niet om een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) heeft kunnen verzoeken. Het belang van artikel 267 VWEU voor de uniforme uitlegging en toepassing van het recht van de Unie wordt uitgehold wanneer verzoekster en Nederland zich, als voor de inachtneming van het recht van de Unie verantwoordelijke lidstaten (zie artikel 4, lid 3, VEU), aan de toetsing van de nationale rechter en het Hof onttrekken doordat zij zich voor vorderingen van particuliere investeerders onderwerpen aan de beslissingsbevoegdheid van een scheidsgerecht dat niet krachtens artikel 267 VWEU gerechtigd is prejudiciële vragen te stellen. Artikel 8, lid 2, BIT schendt eveneens artikel 18, eerste alinea, VWEU, aangezien investeerders uit andere lidstaten – anders dan de onderdanen van de partijen bij dat BIT – geen beroep kunnen doen op een scheidsgerecht.
- 13 Verweerster heeft in de arbitrageprocedure een beroep gedaan op het vrije kapitaalverkeer krachtens artikel 63 VWEU (oud artikel 56 EG).

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 14 Sedert de toetreding van verzoekster tot de Europese Unie met ingang van 1 mei 2004 vormt het BIT een overeenkomst binnen de Unie tussen twee lidstaten. Volgens de rechtspraak van het Hof hebben de bepalingen van het recht van de Unie op de daardoor geregelde gebieden in geval van conflict voorrang boven de regelingen die in andere overeenkomsten tussen de lidstaten zijn vastgesteld

voordat genoemde bepalingen van kracht zijn geworden. De vraag of een arbitragebepaling in een BIT binnen de Unie, waarbij een lidstaat zich in een geschil met een investeerder aan de beslissing van een scheidsgerecht onderwerpt, verenigbaar is met het recht van de Unie, en met name met de artikelen 344, 267 en 18 VWEU, of wegens schending van deze artikelen niet toepasselijk is, heeft het Hof tot dusver niet beantwoord [zie arresten van 10 november 1992, *Exportur* (C-3/91, ECLI:EU:C:1992:420, punt 8), 8 september 2009, *American Bud II* (C-478/07, ECLI:EU:C:2009:521, punt 98) en 21 januari 2010, *Commissie/Duitsland* (C-546/07, ECLI:EU:C:2010:25, punt 44)].

Eerste prejudiciële vraag (schending van artikel 344 VWEU)

- 15 Krachtens 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. Naar de mening van de verwijzende rechter omvat het gebod in artikel 344 VWEU niet de mogelijkheid een geschil tussen een privaatrechtelijke rechtspersoon (in casu verweerster) en een lidstaat (in casu verzoekster) voor een scheidsgerecht te beslechten.
- 16 De verwijzende rechter is het eens met de opvatting van het Oberlandesgericht dat artikel 344 VWEU volgens de bewoordingen, systematiek en doelstelling daarvan alleen betrekking heeft op geschillen tussen lidstaten, voor de oplossing waarvan artikel 259 VWEU voorziet in de niet-nakomingsprocedure. Nochtans kan volgens de verwijzende rechter uit de bewoordingen van het artikel niet ondubbelzinnig worden geconcludeerd of dat artikel eveneens geldt voor geschillen tussen een privaatrechtelijke persoon en een lidstaat. Hoewel alleen lidstaten als adressaten worden genoemd, heeft het artikel evenwel niet uitdrukkelijk betrekking op „geschillen tussen lidstaten”. Aangezien de partijen bij een geschil niet worden gepreciseerd, sluiten de bewoordingen van artikel 344 VWEU privaatrechtelijke personen niet ondubbelzinnig uit van de werkingssfeer.
- 17 Anderzijds is niet duidelijk of de vermelding van alleen de lidstaten in de bewoordingen van artikel 344 VWEU erop wijst dat het bij geschillen om geschillen tussen lidstaten moet gaan. Het Hof heeft de werkingssfeer van het artikel uitgebreid tot geschillen tussen de lidstaten van de Europese Unie en het Gerecht van de Europese Unie heeft de werkingssfeer aangaande een arbitrageprocedure tussen een lidstaat en de Europese Commissie bevestigd. Uit het betrekken van geschillen tussen lidstaten en de Unie of de organen daarvan in de werkingssfeer van artikel 344 VWEU kan volgens de verwijzende rechter, omdat de rechtsverhoudingen niet vergelijkbaar zijn, evenwel niet worden geconcludeerd of dat artikel eveneens geschillen tussen een lidstaat en een burger van de Unie – zoals in het onderhavige geval een particuliere investeerder van een lidstaat – omvat [zie advies Hof van 8 maart 2011 (adviesprocedure 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, punt 3), advies Hof van 18 december 2014 (adviesprocedure 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, punt 204 e.v.) en arrest Gerecht

van 15 april 2011, Tsjechische Republiek/Commissie (T-465/08, ECLI:EU:T:2011:186, punt 101 e.v.).

- 18 De verwijzende rechter twijfelt of artikel 344 VWEU, dat betrekking heeft op „een geschil betreffende de uitlegging of de toepassing van de Verdragen”, het litigieuze geschil betreffende een investering omvat. Volgens de rechtspraak van het Hof is het voor schending van artikel 344 VWEU niet voldoende dat een scheidsgerecht het recht van de Unie in aanmerking neemt als uitleggingscriterium voor een niet onder het recht van de Unie vallende bepaling. Er kan pas sprake zijn van schending van dat artikel wanneer de uitlegging en de toepassing van bepalingen van het recht van de Unie zelf voorwerp van de beslissing van het scheidsgerecht zijn [zie arrest van 30 mei 2006, Commissie/Ierland (C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, punten 140, 149 en 151 e.v.)].
- 19 Dat is volgens de verwijzende rechter in casu niet het geval. Hoewel verweerster in haar vordering in de arbitrageprocedure een beroep heeft gedaan op het vrije kapitaalverkeer krachtens artikel 63 VWEU, heeft het scheidsgerecht zich gebaseerd op de contractuele verplichtingen van verzoekster, die zij in het BIT jegens de investeerders uit Nederland op zich heeft genomen. Deze contractuele verplichtingen van verzoekster heeft het scheidsgerecht verenigbaar geacht met het recht van de Unie.
- 20 Tegen de toepasselijkheid van artikel 344 VWEU op een geschil tussen een lidstaat en een investeerder uit een andere lidstaat pleit volgens de verwijzende rechter verder de omstandigheid dat een dergelijk geschil niet in een procedure voor de Unierechter kan worden beslecht.
- 21 Artikel 344 VWEU verplicht de lidstaten om ter beslechting van geschillen betreffende de uitlegging en de toepassing van het recht van de Unie de in de Verdragen vastgestelde gerechtelijke geschillenbeslechtsprocedures te volgen (zie advies Hof van 18 december 2014 (adviesprocedure 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, punt 202). De Verdragen voorzien evenwel niet in een gerechtelijke procedure waarin een investeerder, zoals verweerster, schadevorderingen die voortvloeien uit een BIT binnen de Unie, kan indienen tegen een lidstaat. Het recht, respectievelijk de verplichting van nationale rechters om prejudiciële vragen voor te leggen (zie artikel 267, tweede respectievelijk derde alinea, VWEU) is volgens de verwijzende rechter geen in de Verdragen vastgestelde geschillenbeslechtsprocedure in de zin van artikel 344 VWEU, maar een tussenprocedure in een nationale geschillenbeslechtsprocedure ter beantwoording van een voor de beslissing relevante prejudiciële vraag betreffende het recht van de Unie.
- 22 Scheidsgerechtelijke geschillen vallen volgens de verwijzende rechter niet onder artikel 344 VWEU, gelet op de betekenis en de doelstelling daarvan. Volgens de rechtspraak van het Hof dient artikel 344 VWEU ertoe de in de Verdragen vastgestelde bevoegdheidsregeling en dus de autonomie van het rechtstelsel van

de Europese Unie te waarborgen, waarvan het Hof de eerbiediging verzekert [zie arrest van 30 mei 2006, Commissie/Ierland (C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, punten 128 en 151 e.v.) en advies Hof van 18 december 2014 (adviesprocedure 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, punt 201)].

- 23 Daaruit kan volgens de verwijzende rechter niet worden afgeleid dat artikel 344 VWEU de beslissingsbevoegdheid van het Hof tot uitlegging van het recht van de Unie beschermt voor elk geschil waarin het recht van de Unie kan worden toegepast of uitgelegd. Artikel 344 VWEU beschermt de uitsluitende bevoegdheid van het Hof en de autonomie van het rechtsstelsel van de in de Verdragen vastgestelde procedures aldus dat de lidstaten een beroep moeten doen op de procedures die het Hof in de Verdragen zijn toebedeeld.
- 24 Aan de bevoegdheid van het Hof voor de in de Verdragen geregelde procedures wordt door de onderhavige arbitrageprocedure evenwel geen afbreuk gedaan, omdat het recht van de Unie er niet in voorziet dat een privaatrechtelijke persoon, zoals verweerster, een lidstaat, zoals verzoekster, voor het Hof kan aanklagen. In overeenstemming daarmee heeft het Hof in de oprichting van een gerecht buiten de rechtsorde van de Unie, dat over geschillen tussen particulieren op octrooigebied zou moeten beslissen, geen schending van artikel 344 VWEU gezien, hoewel het zijn bevoegdheid om in hoogste instantie te beslissen betreffende de uitlegging en toepassing van het recht van de Unie geschonden achtte [zie advies Hof van 8 maart 2011 (adviesprocedure 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, punten 63 en 89)].

Tweede prejudiciële vraag (schending van artikel 267 VWEU)

- 25 Volgens de rechtspraak van het Hof vormt de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU een hoeksteen van het gerechtelijke systeem van de Unie. Het prejudiciële mechanisme dient ter voorkoming van divergenties bij de uitlegging van het recht van de Unie dat de nationale rechterlijke instanties dienen toe te passen, en strekt ertoe, die toepassing te verzekeren. Artikel 267 VWEU moet waarborgen dat het door de Verdragen geschapen recht onder alle omstandigheden in alle lidstaten gelijke werking heeft [zie advies Hof van 18 december 2014 (adviesprocedure 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, punt 176) en advies Hof van 8 maart 2011 (adviesprocedure 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, punt 83)]. Het Hof ziet zijn bevoegdheid betreffende de uitlegging van het recht van de Unie reeds in gevaar gebracht wanneer een aantasting daarvan in de kiem besloten ligt in een afwijkend reglement voor de procesvoering, zonder dat er reeds feitelijk een aantasting heeft plaatsgevonden [zie advies Hof van 18 december 2014 (adviesprocedure 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, punt 207 e.v.)].
- 26 Of artikel 267 VWEU in de weg staat aan een bepaling zoals artikel 8, lid 2, BIT, waarin een lidstaat ermee instemt een geschil met een investeerder van een andere lidstaat voor een scheidsgerecht te beslechten, heeft het Hof nog niet beslist; de

verwijzende rechter is, gelet op de rechtspraak van het Hof tot dusver, van mening dat artikel 8, lid 2, BIT verenigbaar is met artikel 267 VWEU.

- 27 Hiertoe zet de verwijzende rechter om te beginnen uiteen dat de arbitrageprocedure op zichzelf niet de door artikel 267 VWEU beoogde uniforme toepassing van het recht van de Unie kan waarborgen. Het scheidsgerecht moet volgens het BIT weliswaar het geldende recht van de betrokken overeenkomstsluitende partij, en daarmee sedert de toetreding van Slowakije tot de Europese Unie het recht van de Unie in acht nemen en het in geval van conflicten met voorrang toepassen. Het kan echter, indien noodzakelijk, niet om een prejudiciële beslissing van het Hof verzoeken. Want als scheidsgerecht is het geen gerecht met de bevoegdheid prejudiciële vragen te stellen, in de zin van artikel 267, tweede alinea, VWEU.
- 28 Het scheidsgerecht zou evenmin krachtens bepalingen van nationaal recht, in casu bepalingen van het ZPO, via het Amtsgericht (rechter in eerste aanleg, Frankfurt am Main) een voor de beslissing relevant geachte vraag aan het Hof kunnen voorleggen [zie arrest van 29 maart 1982, Nordsee (102/81, ECLI:EU:C:1982:107, punt 14 e.v.)]. Immers, in het onderhavige geval is volgens artikel 8, lid 5, BIT op grond van de overeenkomst tussen partijen niet het ZPO van toepassing op de procedure van het scheidsgerecht, maar de UNCITRAL. Overeenkomstig artikel 27 UNCITRAL kan een scheidsgerecht een burgerlijke rechter weliswaar verzoeken om ondersteuning bij de bewijsverkrijging. In andere assistentie, zoals bijvoorbeeld een verzoek van het scheidsgerecht aan een burgerlijke rechter om het Hof een in de arbitrageprocedure voor de beslissing relevant geachte prejudiciële vraag voor te leggen, is evenwel niet voorzien.
- 29 Niettemin is de verwijzende rechter van mening dat de door artikel 267 VWEU te waarborgen uniforme uitlegging van het recht van de Unie evenwel zou kunnen worden verzekerd door voorafgaand aan de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis de burgerlijke rechter de verenigbaarheid van het arbitraal vonnis met het recht van de Unie te laten toetsen, die bij twijfel betreffende de uitlegging van een bepaling van het recht van de Unie, het Hof om een prejudiciële beslissing kan verzoeken.
- 30 Aldus kan krachtens § 1059 ZPO worden verzocht om de vernietiging van een arbitraal vonnis door de rechter. Bij de beoordeling of er sprake is van een nietigheidsgrond moet de nationale rechter de verenigbaarheid van het arbitraal vonnis met het recht van de Unie toetsen, hetgeen door de nationale rechter ambtshalve moet geschieden. Tot de nietigheidsgronden behoort krachtens de aangehaalde bepaling van de ZPO eveneens schending van de openbare orde. Bij de openbare orde moet behalve het desbetreffende nationale recht ook het recht van de Unie worden betrokken. Nochtans houdt niet elke schending van een bepaling van het recht van de Unie schending van de openbare orde in. Veeleer is vereist dat het gaat om een fundamentele bepaling die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Unie [zie arresten van 1 juni 1999, Eco Swiss

(C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, punt 36 e.v.), 6 oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, punt 35), 11 mei 2000, Renault (C-38/98, ECLI:EU:C:2000:225, punt 33 e.v.) en 6 oktober 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615, punt 51)].

- 31 Wanneer het arbitraal vonnis een dergelijke bepaling van het recht van de Unie heeft geschonden, kan de nationale rechter in de procedure tot tenuitvoerlegging of vernietiging van het arbitraal vonnis krachtens artikel 267 VWEU een beroep doen op het Hof. Wanneer het scheidsgerecht daarentegen bepalingen van het recht van de Unie heeft miskend die niet tot de openbare orde worden gerekend, is de bevoegdheid van het Hof om in hoogste instantie te beslissen niet gewaarborgd.
- 32 Deze laatstgenoemde omstandigheid mag er volgens de verwijzende rechter evenwel niet toe leiden dat een arbitragebeding, zoals artikel 8, lid 2, BIT, in een bilaterale overeenkomst binnen de Unie ter bescherming van investeringen, artikel 267 VWEU schendt. Het scheidsgerecht diende in de eerste plaats niet over de toepassing en uitlegging van het recht van de Unie te beslissen, maar over de schending van regelingen van het BIT, die het in het licht van de bepalingen van het recht van de Unie, meer bepaald inzake het vrije kapitaal- en betalingsverkeer, diende uit te leggen. In zoverre heeft het scheidsgerecht in zijn arbitraal vonnis geen schending van artikel 63 VWEU, maar van artikel 3, lid 1, BIT en artikel 4, BIT vastgesteld. Daarenboven heeft het arbitraal vonnis de burgerlijke rechter noch van zijn verplichting ontheven het recht van de Unie te betrekken bij zijn toetsing van de nietigheidsgronden, noch van zijn bevoegdheid of verplichting om bij twijfel aan de verenigbaarheid met bepalingen van het recht van de Unie, zich overeenkomstig artikel 267, tweede of derde alinea, VWEU tot het Hof te wenden.
- 33 De verwijzende rechter attendeert erop dat het Hof de beperking van de toetsingsbevoegdheid van de nationale rechter tot schendingen van (fundamentele) bepalingen van het recht van de Unie, bij arbitrale vonnissen in geschillen tussen particulieren toelaatbaar heeft geacht [zie arresten van 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, punt 35) en 6 oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, punt 34 e.v.)], en is van mening dat er geen andere criteria gelden wanneer in een arbitrageprocedure een particuliere onderneming en een lidstaat tegenover elkaar staan.
- 34 Nochtans wijst de verwijzende rechter op de verplichtingen van de lidstaten krachtens artikel 4, lid 3, VEU [zie advies Hof van 18 december 2014 (adviesprocedure 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, punten 173-175)], en met name op artikel 4, lid 3, derde alinea, VEU, volgens welk de lidstaten zich onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen. Door een beroep op een scheidsgerecht toe te staan, werkt een lidstaat eraan mee dat niet alle bepalingen van het recht van de Unie door de

nationale rechter kunnen worden getoetst en krachtens artikel 267 VWEU voor een prejudiciële beslissing aan het Hof kunnen worden voorgelegd.

- 35 Desalniettemin pleit volgens de verwijzende rechter de rechtspraak van het Hof, waarin het met artikel 267 VWEU verenigbaar wordt geacht dat arbitrale vonnissen tussen particulieren voor de rechters van de lidstaten slechts beperkt op hun verenigbaarheid met het recht van de Unie worden getoetst, ervoor dat artikel 4, lid 3, VEU evenmin in de weg staat aan een beperkte toetsbaarheid van arbitrale vonnissen, wanneer behalve een particulier ook een lidstaat partij is bij de arbitrageprocedure.

Derde prejudiciële vraag (schending van artikel 18, eerste alinea, VWEU)

- 36 Indien de eerste en de tweede prejudiciële vraag ontkennend moeten worden beantwoord, is het van belang of verweerder geen beroep kan doen op artikel 8, lid 2, BIT, omdat de toepassing van dit arbitragebeding leidt tot verboden discriminatie van investeerders uit niet aan dat BIT deelnemende lidstaten.
- 37 Op zich is er sprake van de voor discriminatie vereiste benadeling van onderdanen uit een andere lidstaat, al wordt investeerders uit andere lidstaten bij geschillen betreffende investeringen met verzoekster of met Nederland geen rechtsbescherming onthouden. Zij kunnen echter – anders dan Nederlandse of Slowaakse investeerders – geen beroep doen op een scheidsgerecht in plaats van op een burgerlijke rechter. Dat vormt een nadeel.
- 38 Volgens de rechtspraak is een in een bilaterale overeenkomst binnen de Unie voorzien voordeel voor de onderdanen van de overeenkomstsluitende lidstaten slechts discriminerend wanneer het contractuele voordeel geen integrerend deel van de overeenkomst vormt en niet bijdraagt aan het algehele evenwicht ervan [zie arresten van 5 juli 2005, D. (C-376/03, ECLI:EU:C:2005:424, punten 59 en 61 e.v.) en 12 december 2006, Test Claimants in Class IV of the act group litigation (C-374/04, ECLI:EU:C:2006:773, punten 83 en 90 e.v.)].
- 39 Op grond van deze criteria lijkt het de verwijzende rechter niet uitgesloten dat een uit het arbitragebeding van artikel 8, lid 2, BIT voortvloeiende benadeling van investeerders uit andere lidstaten discriminatie in de zin van artikel 18, eerste alinea, VWEU zou kunnen vormen. Uit hetgeen partijen hebben aangevoerd kan namelijk niet worden afgeleid dat het arbitragebeding onscheidbaar met de inhoudelijke bepalingen van het BIT is verbonden. De overeenkomst zou ook zonder deze bepaling zijn nuttige werking behouden, om investeringen in de andere lidstaat te vergemakkelijken. Het is evenmin duidelijk of de overeenkomst bij het vervallen van de bepaling een niet-evenwichtige regeling zou vormen.
- 40 Het is volgens de verwijzende rechter evenwel de vraag of discriminatie van andere investeerders door artikel 8, lid 2, BIT tot gevolg zou hebben dat verweerder als begunstigde investeerder (jegens verzoekster) geen beroep op deze bepaling zou kunnen doen.

- 41 Volgens de rechtspraak van het Hof wordt de toekenning van een voordeel waardoor een derde wordt gediscrimineerd, immers gewoonlijk zodanig gerepareerd dat de benadeelde personen recht hebben op dezelfde behandeling en toepassing van dezelfde regeling als de bevoordeelde personen [zie arresten van 7 februari 1991, Nimz (C-184/89, ECLI:EU:C:1991:50, punt 18), 13 juli 1983, Forcheri (152/82, ECLI:EU:C:1983:205, punt 18), 27 september 1988, Matteucci (235/87, ECLI:EU:C:1988:460, punt 23) en 12 mei 1998, Martínez Sala (C-85/96, ECLI:EU:C:1998:217, punt 63)]. Discriminatie van investeerders uit andere lidstaten door artikel 8, lid 2, BIT zou moeten worden opgeheven door voor deze investeerders bij geschillen met verzoekster of met Nederland op dezelfde wijze arbitrage mogelijk te maken.

Relevantie van de prejudiciële vragen voor de beslissing

- 42 De prejudiciële vragen zijn relevant voor de beslissing. Wanneer het arbitragebeding van artikel 8, lid 2, BIT het recht van de Unie schendt, dan kan zij niet dienen als juridische basis voor de sluiting van een arbitrageovereenkomst. Om die reden zou de op basis van het arbitragebeding tussen partijen gesloten arbitrageovereenkomst niet rechtsgeldig tot stand gekomen zijn. Daarmee is krachtens § 1059 ZPO sprake van een nietigheidsgrond en zou het arbitraal vonnis krachtens § 1059 ZPO moeten worden vernietigd en het cassatieberoep gegrond moeten worden verklaard.
- 43 De verwijzende rechter merkt op dat het prejudiciële verzoek niet overbodig is, aangezien de Commissie een niet-nakomingsprocedure voert tegen Slowakije en Nederland wegens hun weigering het BIT te beëindigen. Een procedure bij het Hof krachtens artikel 258, tweede alinea, VWEU heeft de Commissie tot dusver niet ingeleid.
- 44 In verband met de motivering van de prejudiciële vragen wijst de verwijzende rechter eveneens meer dan eens op de mening van de Commissie (amicus curiae-brief van 15 mei 2014) betreffende de verenigbaarheid van arbitragebedingen zoals artikel 8, lid 2, BIT met het recht van de Unie; volgens de Commissie mogen scheidsrechters op grond van dergelijke arbitragebedingen niet over geschillen tussen particulieren en een lidstaat beslissen.