



Brussel, 5.10.2022
COM(2022) 523 final

**MEDEDELING VAN DE COMMISSIE AAN HET EUROPEES PARLEMENT, AAN
DE RAAD EN AAN DE LIDSTATEN**

**inzake een overeenstemming tussen de lidstaten, de Europese Unie en de Europese
Gemeenschap voor Atoomenergie met betrekking tot de uitlegging van het Verdrag
inzake het Energiehandvest**

Inleiding

De Europese Unie, de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (hierna “Euratom” genoemd) en 26 lidstaten zijn verdragsluitende partijen bij het Verdrag inzake het Energiehandvest (hierna “EHV” genoemd)¹. Een groot aantal scheidsgerechten heeft artikel 26 EHV aldus uitgelegd dat het van toepassing is op geschillen tussen een investeerder uit een EU-lidstaat en een andere lidstaat. Daarmee verwierpen zij het tegenovergestelde standpunt dat de Commissie in de eerste zaak van dit type² en in alle latere vergelijkbare zaken heeft ingenomen.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna “HvJ-EU” genoemd) heeft nu op bindende en gezaghebbende wijze bevestigd dat arbitrage op grond van artikel 26 van het EHV binnen de EU onverenigbaar is met de EU-Verdragen³. Toch blijven scheidsgerechten in hun vaste en bijna unanieme besluitvormingspraktijk van oordeel dat artikel 26 EHV binnen de EU van toepassing is⁴. Volgens het HvJ-EU moet een dergelijke arbitrale uitspraak als onverenigbaar met het Unierecht worden beschouwd, met name met de artikelen 267 en 344 VWEU. Een dergelijke uitspraak kan dus geen enkel gevolg hebben en kan dan ook niet ten uitvoer worden gelegd met het oog op de betaling van de daarbij toegekende schadevergoeding⁵.

Artikel 26 EHV voorziet in de mogelijkheid van arbitrage door het Icsid. Dit brengt het risico mee dat derde landen deze arbitrale uitspraken erkennen en ten uitvoer leggen zonder dat een rechter in de EU de mogelijkheid heeft om ze nietig te verklaren. Overigens voorziet artikel 54 van het Icsid-Verdrag in een vereenvoudigd mechanisme voor erkenning en tenuitvoerlegging⁶. Tot op heden zijn de Australische rechtbanken van oordeel dat dit mechanisme een lidstaat niet toestaat zich voor hen op het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst te beroepen indien het scheidsgerecht dit argument heeft verworpen⁷. Een verzoek om een soortgelijk standpunt in te nemen is ook aanhangig bij rechtbanken in de VS en rechtbanken in het Verenigd Koninkrijk⁸. Zelfs op grond van de Uncitral-regels of de regels van het Arbitrage-instituut van de Kamer van Koophandel van Stockholm besluiten arbiters vaak om de zetel van het scheidsgerecht buiten de Europese Unie te plaatsen⁹, waardoor toetsing door de rechterlijke instanties van de lidstaten en, a fortiori, het HvJ-EU wordt vermeden¹⁰.

¹ PB L 69 van 9.3.1998, blz. 26. Italië heeft het EHV per 1 januari 2016 opgezegd.

² Electrabel S.A./Hongarije, Icsid-zaak nr. ARB/07/19.

³ Arrest van 2 september 2021, Republiek Moldavië/Komstroy, C-741/19, EU:C:2021:655.

⁴ Tot op heden zijn er niet minder dan 31 arbitrale uitspraken waarin op de een of andere manier wordt geoordeeld dat artikel 26 EHV binnen de EU van toepassing is. De enige uitzondering is Green Power K/S en Obton A/S/Koninkrijk Spanje (SCC-zaak nr. 2016/135).

⁵ Beschikking van 21 september 2022, Roemeense luchtverkeersdienst (Romatsa) e.a., C-333/19, nog niet gepubliceerd, punten 42 en 43 en dictum.

⁶ De Commissie, namens de Unie, en de lidstaten die met dergelijke situaties worden geconfronteerd, verdedigen met klem de stelling dat de rechter eerst op grond van de immuniteit van rechtsmacht die staten als algemeen beginsel van internationaal gewoonterecht genieten het bestaan van een geldige arbitrageovereenkomst moet vaststellen. Deze uitlegging van artikel 54 van het Icsid-Verdrag wordt echter betwist.

⁷ Zie tussenarrest van de Full Federal Court of Australia van 1 februari 2021, Koninkrijk Spanje/Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. [2021] FCAFC 3. Een hoger beroep is aanhangig bij de High Court of Australia.

⁸ De Amerikaanse rechtbanken hebben alle bij hen aanhangige zaken op basis van het beginsel van *comitas gentium* geschorst in afwachting van een uitspraak van het Hof over de vraag of artikel 26 EHV binnen de EU van toepassing is. Sinds het arrest Komstroy worden de schorsingen opgeheven en worden de uitspraken verwacht.

⁹ Het Zwitserse Bundesgericht heeft tot dusver geweigerd drie scheidsrechterlijke uitspraken inzake investeringen binnen de EU nietig te verklaren; zie het arrest van 23 februari 2021 over de arbitrale uitspraak in de zaak AES Solar et al. (PV Investors)/Koninkrijk Spanje, PCA-zaak nr. 2012-14, kenmerk 4A 187/2020; het arrest van 7 februari 2020 over de arbitrale uitspraak in de zaak G.I.H.G. Limited, Natland Group Limited, Natland Investment

Er bestaat dus een risico van strijdigheid tussen de Verdragen en het EHV, zoals uitgelegd door sommige scheidsgerechten, wat, indien bevestigd door de rechtbanken van een derde land, de facto tot een rechtsconflict zou leiden omdat scheidsrechterlijke uitspraken die in strijd zijn met het EU-recht in de rechtsorde van derde landen zouden circuleren.

Volgens de rechtspraak van het Hof kan het gevaar van strijdigheid tussen rechtsbepalingen ertoe leiden dat een internationale overeenkomst onverenigbaar is met het Unierecht¹¹. Wil het EHV verenigbaar zijn met de Verdragen, dan is de Commissie van mening dat elk risico van strijdigheid moet worden weggenomen. Het risico moet ook worden aangepakt vanuit het oogpunt van het internationaal publiekrecht om het beoogde effect te kunnen hebben op de beslissingspraktijk van scheidsgerechten. De Commissie is derhalve van mening dat het passende antwoord erin bestaat een instrument vast te stellen dat een “later tot stand gekomen overeenstemming tussen de partijen met betrekking tot de uitlegging van het verdrag of de toepassing van zijn bepalingen” is in de zin van artikel 31, lid 3, punt a), van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (WVV).

Feitelijke context

Het EHV is een handels- en investeringsovereenkomst voor de energiesector waaraan 53 verdragssluitende partijen deelnemen, waaronder de EU, Euratom en 26 EU-lidstaten¹², die in 1994 is ondertekend en vanaf 1998 in werking is. Het voorziet in regels voor de handel in en de doorvoer van energieproducten en voor de bescherming van investeringen op energiegebied.

Bij gebrek aan een substantiële actualisering van het EHV sinds de jaren 1990 is het EHV inmiddels sterk verouderd, terwijl de EU tegelijkertijd haar aanpak met betrekking tot de materiële normen inzake investeringsbescherming, die in recentere overeenkomsten zodanig zijn gedefinieerd dat de bescherming van investeringen geen afbreuk doet aan haar recht om regels vast te stellen, aanzienlijk heeft ontwikkeld. Het is wereldwijd ook een van de investeringsverdragen geworden waarover de meeste rechtszaken worden gevoerd, waarbij EU-lidstaten het belangrijkste doelwit vormen voor de vorderingen van investeerders, die voor het merendeel in andere EU-landen gevestigd zijn.

In het licht van de toenemende ontevredenheid van de verdragssluitende partijen en het maatschappelijk middenveld is in november 2018 een door de EU en haar lidstaten aangestuurd moderniseringsproces gestart, dat zich voornamelijk richtte op normen voor investeringsbescherming, de beperking van de bescherming van fossiele brandstoffen en het bevorderen van duurzame ontwikkeling.

Group NV en Radiance Energy Holding S.A.R.L./Tsjechië, PCA-zaak nr. 2013-35, kenmerk 4A_80/2018, en het arrest van 11 juli 2015 over de arbitrale uitspraak in de zaak EDF International S.A./Hongarije, Uncitral ad hoc, kenmerk 4A_34/2015. Om procedurele redenen en omdat Tsjechië en Hongarije zich niet op het arrest Achmea hebben beroepen, wordt in geen van deze arresten echter ingegaan op de vraag naar de rechtsgevolgen die het arrest Achmea op zichzelf genomen heeft.

¹⁰ In bepaalde arbitragezaken hebben de arbiters zelfs besloten de zetel naar buiten de EU te verplaatsen nadat de Commissie een verzoek tot interventie als amicus curiae had ingediend: Antaris Solar GmbH en Dr. Michael Göde/Tsjechië, PCA-zaak nr. 2014-01, arbitrale uitspraak van 2 mei 2018, punt 38 (het scheidsgerecht had aanvankelijk zijn zetel in Parijs gevestigd, nadat de Tsjechische Republiek had bevestigd dat zij geen bezwaren had op basis van het arrest Achmea, maar heeft haar zetel naar Genève verplaatst in de beschikking waarbij de Commissie toestemming werd gegeven om als amicus curiae te worden gehoord).

¹¹ Arresten van 3 maart 2009, Commissie/Zweden, C-249/06, EU:C:2009:119, punt 42, en Commissie/Oostenrijk, C-205/06, EU:C:2009:118, punt 42; en het vergelijkbare arrest van 19 november 2009, Commissie/Finland, C-118/07, EU:C:2009:715, punt 33. Zie het arrest van 5 november 2002, Commissie/België (Open Skies), C-471/98, EU:C:2002:628, punten 137 t/m 142.

¹² Italië heeft het verdrag in 2015 opgezegd.

De onderhandelingen vonden plaats tussen 2019 en 2022. Op 24 juni 2022 is een “beginselakkoord” bereikt over het ontwerp van het gemoderniseerde EHV. Bij die gelegenheid hebben de lidstaten, de Europese Unie en Euratom de andere verdragsluitende partijen bij het EHV in kennis gesteld van hun voornemen om later een overeenstemming over de uitlegging van het EHV tot stand te brengen. Op 22 november 2022 zal de Conferentie over het Energiehandvest (“de Conferentie”) worden verzocht de overeengekomen wijzigingen van het EHV en de bijlagen daarbij formeel goed te keuren.

Het gemoderniseerde EHV zal duurzame investeringen in de energiesector vergemakkelijken doordat een samenhangend en actueel kader tot stand wordt gebracht. Het zal rechtszekerheid bieden door een hoog niveau van investeringsbescherming te waarborgen met inachtneming van de doelstellingen van de transitie naar schone energie en zo bijdragen tot de verwezenlijking van de doelstellingen van de Overeenkomst van Parijs.

De door het gemoderniseerde EHV geboden investeringsbescherming zal een weerspiegeling zijn van de hervormde en gemoderniseerde normen die de EU in haar recente handels- en investeringsovereenkomsten heeft ontwikkeld, waarbij het recht van regeringen behouden blijft om hun doelstellingen van overheidsbeleid na te streven, onder meer met betrekking tot mitigatie van en aanpassing aan de klimaatverandering. Het zal de verwezenlijking van het klimaatbeleid van de EU versterken. Het gemoderniseerde EHV zal de verdragsluitende partijen, met inbegrip van de EU en Euratom, ook in staat stellen nieuwe investeringen in verband met fossiele brandstoffen van investeringsbescherming uit te sluiten en de bescherming van bestaande investeringen uit te faseren.

Tot slot bevat het gemoderniseerde EHV, voor meer zekerheid, een clausule waarin wordt bevestigd dat een investeerder uit een verdragsluitende partij die lid is van een regionale organisatie voor economische integratie, zoals de EU, geen vordering tot beslechting van geschillen tussen investeerders en staten (ISDS, investor-state dispute settlement) kan instellen tegen een andere verdragsluitende partij die lid is van dezelfde regionale organisatie.

Rechtskader

In het arrest *Achmea*¹³ was het HvJ-EU van oordeel dat bedingen inzake arbitrage tussen investeerders en staten in bilaterale investeringsverdragen tussen de lidstaten van de Europese Unie strijdig zijn met de EU-Verdragen en, als gevolg van deze onverenigbaarheid, geen toepassing kunnen vinden na de datum waarop de laatste van de partijen bij een bilateraal investeringsverdrag binnen de EU een lidstaat van de Europese Unie is geworden. Op basis van dezelfde beginselen heeft het HvJ-EU in het arrest *Komstroy*¹⁴ geoordeeld dat artikel 26, lid 2, punt c), EHV aldus moet worden uitgelegd dat het niet van toepassing is op geschillen tussen een lidstaat en een investeerder uit een andere lidstaat over een investering die deze laatste in de eerste lidstaat heeft gedaan. Het is vaste rechtspraak dat arresten van het HvJ-EU ex tunc van toepassing zijn¹⁵. In het arrest *PL Holdings*¹⁶ heeft het HvJ-EU een verzoek verworpen om de toepassing van het arrest *Achmea* in de tijd te beperken. In de beschikking *Romatsa*¹⁷ oordeelde het HvJ-EU dat elke arbitrale uitspraak

¹³ Arrest van 6 maart 2018, *Achmea*, C-284/16 (EU:C:2018:158).

¹⁴ Aangehaald in voetnoot 3.

¹⁵ Arrest van 19 december 2013, *Vent de Colère*, C-262/12, EU:C:2013:851, punt 39 en de aldaar aangehaalde rechtspraak. Dit beginsel is ook stevig verankerd met betrekking tot beslissingen van internationale rechtbanken in het algemeen: Toegang tot Duitse minderheidsscholen in Opper-Silezië, 1931 P.C.I.J, serie A/B, nr. 40, punt 19.

¹⁶ Arrest van 26 oktober 2021, *PL Holdings*, C-109/20 (EU:C:2021:875).

¹⁷ Arrest in de zaak *Roemeense luchtverkeersdienst (Romatsa)*, C-333/19, nog niet gepubliceerd, punt 44 en dictum.

binnen de EU – met inbegrip van uitspraken van het Icsid – die in strijd is met deze bevindingen, buiten toepassing moet worden gelaten en derhalve in geen geval ten uitvoer kan worden gelegd om de begunstigden ervan in staat te stellen betaling te verkrijgen van de schadevergoeding die hun door de uitspraak werd toegekend.

Goedkeuringsprocedure

Op 22 november 2022, tijdens haar 33e vergadering, zal de Conferentie over het Energiehandvest vier besluiten nemen in verband met de modernisering van het EHV. Deze besluiten zullen gelijktijdig worden genomen en hebben tot doel: 1) de voorgestelde wijzigingen van de tekst van het EHV goed te keuren (CC 760); 2) de voorgestelde wijzigingen en aanpassingen van de bijlagen bij het EHV goed te keuren (CC 761); 3) de voorgestelde wijzigingen van de afspraken, verklaringen en besluiten goed te keuren (CC 762), en 4) haar goedkeuring te hechten aan het besluit betreffende de inwerkingtreding en voorlopige toepassing van wijzigingen van de tekst van het EHV en wijzigingen/aanpassingen van de bijlagen daarbij (CC 763). Deze besluiten moeten met eenparigheid van stemmen worden goedgekeurd. Indien de stemming slaagt, d.w.z. als geen van de verdragsluitende partijen bezwaar maakt, worden de besluiten tot modernisering van het EHV beschouwd als “vastgesteld door de Conferentie over het Energiehandvest”. Deze vaststelling zal aanleiding geven tot latere processen voor de ratificatie, voorlopige toepassing en uiteindelijk inwerkingtreding van de verschillende onderdelen van het hervormingspakket.

In dat verband dient de Commissie op grond van artikel 218, lid 9, VWEU een voorstel in voor een besluit van de Raad tot vaststelling van het standpunt dat namens de Unie moet worden ingenomen tijdens de Conferentie over het Handvest, teneinde de vier besluiten in verband met de modernisering van het EHV te ondersteunen en goed te keuren. De Commissie dient tevens een parallel voorstel in voor een besluit van de Raad op grond van artikel 101, lid 2, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie om namens Euratom hetzelfde standpunt te bepalen.

De EU en haar lidstaten zijn altijd van mening geweest dat het EHV in zijn geheel niet van toepassing is binnen de EU. In het licht van het tegenovergestelde standpunt van scheidsgerechten is het noodzakelijk om elk risico van strijdigheid tussen het EHV en de EU-Verdragen aan te pakken en dit punt in een formele internationale overeenkomst te verduidelijken. Deze mededeling, die tegelijk met de twee in het vorige punt genoemde voorstellen aan de Raad wordt uitgebracht, beoogt een onderhandelingsproces op gang te brengen over de later tot stand gekomen overeenstemming tussen de lidstaten, de Europese Unie en Euratom over de uitlegging van het EHV; een voorontwerp van een dergelijke overeenstemming is als integrerend onderdeel aan deze mededeling gehecht. Zodra de onderhandelingen zijn afgerond, zal de Commissie namens de Unie en Euratom een voorstel voor de vastlegging van de later tot stand gekomen overeenstemming indienen. Hoewel die overeenstemming de uitleg van de EU en haar lidstaten in een afzonderlijk verdrag zal codificeren (wat mogelijk is vanwege het bilaterale karakter van de verplichtingen), zal de afspraak tussen alle verdragsluitende partijen dat artikel 26 niet van toepassing is binnen de EU bij de modernisering van het EHV in de tekst zelf via een clause van het type “voor meer zekerheid” worden opgenomen. Beide elementen zullen er met de vereiste rechtszekerheid toe bijdragen dat alle dubbelzinnigheid wordt weggenomen en het risico van arbitrage binnen de EU in het kader van het EHV nu en in de toekomst wordt vermeden.

Conclusie

De Commissie is derhalve van mening dat een later tot stand gekomen overeenstemming tussen de lidstaten, de Europese Unie en Euratom over de uitlegging van het Verdrag inzake het Energiehandvest het meest geschikte internationaalrechtelijke instrument is om een einde te maken aan het risico van strijdigheid tussen het EHV en de Verdragen. Die overeenstemming moet met name een bevestiging bevatten dat het EHV op geen enkel moment binnen de EU van toepassing is geweest en dat ook in de toekomst niet zal zijn, dat het EHV niet als basis voor arbitrageprocedures kan dienen en dat de horizonclausule niet van toepassing is. Ook moeten de verplichtingen van de lidstaten worden vastgesteld indien zij betrokken zijn bij een arbitrageprocedure op grond van een verzoek uit hoofde van artikel 26 EHV. Gezien de terugwerkende kracht die aan een dergelijke later tot stand gekomen overeenstemming wordt toegekend, zou deze ook van toepassing zijn op aanhangige geschillen.

Een ontwerp van een dergelijke overeenkomst is als uitgangspunt voor de bespreking aan deze mededeling gehecht.