



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

Y. BOT

van 29 januari 2019¹

Advies 1/17

Door het Koninkrijk België ingediend verzoek om advies

„Advies krachtens artikel 218, lid 11, VWEU – Brede Economische en Handelsovereenkomst tussen Canada, enerzijds, en de Europese Unie en haar lidstaten, anderzijds (CETA) – Beslechting van geschillen tussen investeerders en staten (ISDS) – Instelling van een Gerecht en van een Beroepsinstantie – Verenigbaarheid met het primaire Unierecht – Vereiste van eerbiediging van de autonomie van de rechtsorde van de Unie en van het rechterlijk systeem van de Unie – Toepasselijkheid van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie op de uitoefening door de Unie van haar bevoegdheid om een internationale overeenkomst te sluiten – Artikelen 20 en 21 van het Handvest – Beginsel van gelijke behandeling – Artikel 47 van het Handvest – Recht op toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht”

Inhoud

I. Inleiding	2
II. Context van het verzoek om advies.....	4
III. Verzoek om advies van het Koninkrijk België	8
A. Verenigbaarheid van de CETA met de exclusieve bevoegdheid van het Hof om een definitieve uitlegging van het Unierecht te verstrekken	9
1. Rechterlijk systeem van de Unie als waarborg voor de autonomie van de rechtsorde van de Unie	10
2. Voorwaarden waaronder door de Unie gesloten internationale overeenkomsten een specifiek geschillenbeslechtingmechanisme mogen instellen	12
3. Vereiste van wederkerigheid bij de aan investeerders van elk der partijen bij de overeenkomst toegekende bescherming	14
4. Mechanisme dat in overeenstemming is met het ontbreken van rechtstreekse werking van de CETA	18

¹ Oorspronkelijke taal: Frans.

5. Het arrest Achmea houdt geen oordeel in over de verenigbaarheid van het ICS met het vereiste van autonomie van de rechtsorde van de Unie	19
6. Door de overeenkomstsluitende partijen ingebouwde waarborgen voor de instandhouding van de exclusieve bevoegdheid van het Hof om een definitieve uitlegging van het Unierecht te verstrekken	22
7. Het ICS heeft geen gevolgen voor de aan de nationale rechter opgedragen taak om de effectieve toepassing van het Unierecht te verzekeren	31
8. Overeenstemming met de doelstellingen van het externe optreden van de Unie	33
9. De invoering van een mechanisme van voorafgaande beoordeling door het Hof is niet noodzakelijk en de uitspraken hoeven door de rechterlijke instanties van de lidstaten niet ten volle te kunnen worden getoetst	34
B. Gelijkheidsbeginsel en vereiste van doeltreffendheid van het Unierecht	35
C. Verenigbaarheid van afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA met het recht op toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht	41
1. Algemene overwegingen	44
2. Toegang tot het CETA-Gerecht voor kleine en middelgrote ondernemingen	47
3. Bezoldigingsvoorwaarden van de leden van het Gerecht en de Beroepsinstantie	49
4. Voorwaarden betreffende de benoeming en de eventuele afzetting van de leden van het Gerecht en de Beroepsinstantie	49
5. Voor de leden van het Gerecht en de Beroepsinstantie geldende gedragsregels	50
IV. Conclusie	51

I. Inleiding

1. Op 30 oktober 2016 hebben Canada, enerzijds, en de Europese Unie en haar lidstaten, anderzijds, te Brussel een brede economische en handelsovereenkomst, beter bekend onder de afkorting „CETA” (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*)², ondertekend.

2. Net zoals onder meer de overeenkomst waarop advies 2/15 (Vrijhandelsovereenkomst met Singapore) van 16 mei 2017³ betrekking heeft, is de CETA een vrijhandelsovereenkomst van de „nieuwe generatie”: naast de traditionele bepalingen betreffende de verlaging van douanerechten en de vermindering van niet-tarifaire belemmeringen die een negatieve weerslag hebben op de handel in goederen en diensten, bevat zij ook bepalingen over onder meer investeringen, overheidsopdrachten, mededinging, bescherming van intellectuele eigendom, en duurzame ontwikkeling.

2 Brede Economische en Handelsovereenkomst (CETA) tussen Canada, enerzijds, en de Europese Unie en haar lidstaten, anderzijds (PB 2017, L 11, blz. 23). Het besluit van de Raad van de Europese Unie betreffende de ondertekening van de overeenkomst is bekendgemaakt in PB 2017, L 11, blz. 1 [besluit (EU) 2017/37 van de Raad van 28 oktober 2016].

3 EU:C:2017:376 (hierna: „advies 2/15”).

3. De CETA is weliswaar ondertekend, maar nog niet gesloten in de zin van artikel 218, lid 6, VWEU. Dit neemt niet weg dat een deel van deze overeenkomst voorlopig wordt toegepast.⁴

4. De onderhavige zaak heeft betrekking op een verzoek om advies dat het Koninkrijk België op 7 september 2017 krachtens artikel 218, lid 11, VWEU bij het Hof heeft ingediend.

5. Dat verzoek is als volgt geformuleerd:

„Zijn de bepalingen van hoofdstuk 8 („Investerings”), afdeling F („Beslechting van investeringsgeschillen tussen investeerders en staten”), van de op 30 oktober 2016 te Brussel ondertekende Brede Economische en Handelsovereenkomst (CETA) tussen Canada, enerzijds, en de [...] Unie en haar lidstaten, anderzijds, verenigbaar met de Verdragen, met inbegrip van de grondrechten?”

6. Afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA, die de artikelen 8.18 tot en met 8.45 van deze overeenkomst omvat, beoogt een mechanisme in te stellen voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten, dat ook wel bekendstaat als „ISDS-systeem” (*Investor-State Dispute Settlement System*).

7. Daartoe voorziet die afdeling in de oprichting van een gerecht (hierna: „Gerecht” of „CETA-Gerecht”) en een beroepsinstantie (hierna: „Beroepsinstantie”), alsmede, op de langere termijn, in de oprichting van een multilateraal investeringsgerecht en de instelling van een multilaterale beroepsmogelijkheid, die in de plaats zouden komen van eerstgenoemde instanties. Het is dan ook de bedoeling dat er een „stelsel van investeringsgerechten” in het leven wordt geroepen, beter bekend onder de Engelse benaming *Investment Court System* (hierna: „ICS”), waarvoor het CETA-Gerecht slechts de eerste aanzet zou vormen. Dit Gerecht zou dus de eerste concrete toepassing zijn van de hervorming van het ISDS-systeem die de Europese Commissie in 2015 heeft geschetst⁵ in reactie op de openbare raadpleging over investeringsbescherming en ISDS⁶. Afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA voorziet derhalve in een geïnstitutionaliseerd procedureel kader voor de beslechting van eventuele geschillen tussen een investeerder van een partij bij deze overeenkomst en de andere partij bij de overeenkomst met betrekking tot de uitlegging en toepassing van de CETA, waarmee wordt beoogd de aan het klassieke ISDS-systeem toegeschreven tekortkomingen te verhelpen.

8. Met de introductie van dit herziene mechanisme in de CETA wil de Unie het voortouw nemen bij een algehele herziening van het model voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten, waarbij het huidige, op de beginselen van de arbitrage gebaseerde ad-hocstelsel (ISDS) wordt omgevormd naar een ICS, met als uiteindelijke doel de oprichting van een permanent multilateraal gerecht.⁷

4 Zie besluit (EU) 2017/38 van de Raad van 28 oktober 2016 betreffende de voorlopige toepassing van de Brede Economische en Handelsovereenkomst (CETA) tussen Canada, enerzijds, en de Europese Unie en haar lidstaten, anderzijds (PB 2017, L 11, blz. 1080).

5 Zie conceptnota van de Commissie van 5 mei 2015, „Investment in TTIP and beyond – the path for reform – Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court”, beschikbaar op: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153456.pdf

6 Zie werkdocument van de diensten van de Commissie, verslag van 13 januari 2015, „Online openbare raadpleging over investeringsbescherming en geschillenbeslechting tussen investeerders en staten (ISDS) in het kader van het trans-Atlantisch partnerschap voor handel en investeringen (TTIP)” [SWD(2015) 3 final], beschikbaar op: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153314.pdf

7 Zie in dit verband de onderhandelingsrichtsnoeren betreffende een verdrag tot oprichting van een multilateraal gerecht voor de beslechting van investeringsgeschillen. Document van de Raad van 20 maart 2018, nr. 12981/17, beschikbaar op: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>

9. In zijn verzoek om advies legt het Koninkrijk België het Hof zijn twijfels voor omtrent de verenigbaarheid van afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA met de Verdragen. Die twijfels betreffen, kort gezegd, de gevolgen van dit onderdeel van de overeenkomst voor de exclusieve bevoegdheid van het Hof om een definitieve uitlegging van het Unierecht te verstrekken, het algemene beginsel van gelijke behandeling en het vereiste van doeltreffendheid van het Unierecht, en het recht op toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht.

II. Context van het verzoek om advies

10. Het internationale investeringsrecht bestaat uit twee afzonderlijke componenten, namelijk enerzijds materiële bepalingen ter bescherming van buitenlandse investeringen, en anderzijds procedurele bepalingen die behoren tot het terrein van de transnationale arbitrage.

11. ISDS is een manier om geschillen op te lossen wanneer een investeerder van mening is dat een staat in strijd heeft gehandeld met de verplichtingen die voor hem voortvloeien uit een internationale investeringsovereenkomst. In een dergelijke overeenkomst opgenomen ISDS-clausules geven buitenlandse investeerders dus de mogelijkheid om een geschil dat zij hebben met de staat waarin zij hebben geïnvesteerd, in plaats van aan de rechterlijke instanties van die staat voor te leggen aan een ad-hocscheidsgerecht, volgens de regels waarnaar in die overeenkomst wordt verwezen.

12. De grote vlucht die arbitrage tussen investeerders en staten heeft genomen, is een relatief recent fenomeen en een reactie op de vermeende tekortkomingen van de rechterlijke systemen van bepaalde gaststaten, die hebben geleid tot wantrouwen bij investeerders jegens die systemen. Deze wijze van geschillenbeslechting beoogt investeerders dan ook een neutraal en doeltreffend middel te verschaffen om een geschil op te lossen, met als achterliggende gedachte dat investeringen worden aangemoedigd wanneer marktdeelnemers die besluiten in het buitenland te investeren, op die manier worden gerustgesteld.

13. Investeringsarbitrage als wijze van geschillenbeslechting is dus van meet af aan ingegeven geweest door de wens van de partijen bij een overeenkomst om de oplossing van geschillen tussen de buitenlandse investeerders en het gastland te externaliseren.⁸ Deze wijze van geschillenbeslechting is ook bedoeld ter vervanging van de diplomatieke bescherming waarbij de staat waarvan de investeerder de nationaliteit bezit, ten behoeve van deze laatste juridische stappen onderneemt tegen het gastland van de investering.⁹ Investeringsarbitrage past derhalve in de trend om investeringsgeschillen uit het politieke en diplomatieke domein te halen. Geschillenbeslechting tussen investeerders en staten vormt ook een alternatief voor interstatelijke arbitrage als methode voor de beslechting van investeringsgeschillen, waaraan dezelfde nadelen kleven als aan diplomatieke bescherming, namelijk vanuit het perspectief van de investeerder de afhankelijkheidsrelatie ten opzichte van zijn staat van herkomst, en vanuit het perspectief van die staat het risico dat de ondernomen actie kan opleveren voor de betrekkingen met andere staten.

⁸ Zie Jean, G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, op 28 november 2016 verdedigd proefschrift, punt 847.

⁹ Zoals de Duitse regering ter terechtzitting heeft opgemerkt, maakt investeringsbescherming zoals deze in een overeenkomst als de CETA is vormgegeven, de investeerder onafhankelijk van zijn eigen staat: investeringsbeschermingsovereenkomsten stellen de investeerder in staat om zelf een vordering in te stellen, zonder daarvoor te zijn aangewezen op de welwillendheid van de staat waarvan hij de nationaliteit bezit.

14. In lijn met de verwerving van externe bevoegdheid op het gebied van directe investeringen heeft de Unie een model moeten ontwerpen voor de beslechting van geschillen die verband houden met de eerbiediging van de beschermingsnormen die zijn opgenomen in de door haar met derde landen gesloten vrijhandelsovereenkomsten.¹⁰ De in bilaterale investeringsverdragen opgenomen arbitrageclausules worden namelijk in het internationaal investeringsrecht van groot belang geacht voor de bescherming van buitenlandse investeringen in het gastland.

15. Investeringsarbitrage in haar klassieke vorm ligt echter onder vuur. De voornaamste punten van kritiek zijn het gebrek aan legitimiteit en het ontbreken van waarborgen voor de onafhankelijkheid van de arbiters, het gebrek aan consistentie en voorspelbaarheid van de uitspraken, het ontbreken van een beroepsmogelijkheid, het gevaar van een „regulatory chill”¹¹ en de hoge kosten van de procedure.

16. Gelet op de kritiek waaraan investeringsarbitrage onderhevig is, brengt de versnelling van de tussen de Unie en derde landen gevoerde onderhandelingen met het oog op de ontwikkeling van bilaterale vrijhandelsbetrekkingen met een investeringscomponent tal van politieke en juridische uitdagingen mee.

17. Een van de belangrijkste uitdagingen is de ontwikkeling van een model dat de Unie en haar lidstaten in staat stelt aan te sluiten bij een arbitrale praktijk die de regel vormt als het gaat om de beslechting van geschillen over de bescherming van buitenlandse investeringen, maar dat tegelijkertijd verbeteringen inhoudt ten opzichte van het klassieke model, teneinde in de eerste plaats tegemoet te komen aan de kritiek met betrekking tot de werking van scheidsgerichten en de legitimiteit van een arbitragemechanisme tussen investeerders en staten, en in de tweede plaats ervoor te zorgen dat het model in overeenstemming is met de belangrijkste beginselen waardoor de geschillenbeslechtingmechanismen in de rechtsorde van de Unie worden gekenmerkt.

18. Het gekozen model vertoont verschillende eigen kenmerken die maken dat het een hybride karakter heeft en een vorm van compromis tussen een scheidsgerecht en een internationaal hof is. De weg waarvoor de Unie in het kader van de CETA heeft gekozen, is die van institutionalisering en justitialisering van het mechanisme voor de beslechting van investeringsgeschillen, waarbij een evenwicht is gevonden tussen traditie en innovatie op het gebied van investeringsarbitrage. De experimentele dimensie moet hier worden benadrukt, nu de Unie zich in de voorhoede bevindt van een beweging waarvan de toekomst zal uitwijzen of zij juridisch vaste voet aan de grond krijgt.¹²

10 De Commissie heeft ter terechtzitting aangegeven dat zij de onderhandelingen over drie andere overeenkomsten met, respectievelijk, de Verenigde Mexicaanse Staten, de Republiek Singapore en de Socialistische Republiek Vietnam, waarin nagenoeg identieke bepalingen zijn opgenomen, heeft afgesloten, en dat zij momenteel over vergelijkbare overeenkomsten aan het onderhandelen is met de Republiek Chili, de Volksrepubliek China, de Republiek Indonesië, Japan, Maleisië, de Unie van Myanmar en de Republiek der Filipijnen.

11 Een van de belangrijkste punten van kritiek op het ISDS-systeem is namelijk dat het gevaar bestaat dat dit systeem indirect een ontmoedigend effect heeft op overheidsbeleid: de dreiging van een claim zou voor sommige regeringen reden kunnen zijn om zelfcensuur toe te passen bij hun politieke keuzen, teneinde het risico te beperken dat zij in een arbitragezaak worden betrokken en verplicht worden om het boetebedrag en de proceskosten te betalen.

12 Zie Jean, G-A., op. cit., punt 25.

19. De Unie heeft zich bij haar onderhandelingen op dit punt met derde landen pragmatisch moeten opstellen, door rekening te houden met het feit dat arbitrage tussen investeerders en staten zowel door haar onderhandelingspartners als door investeerders zelf als essentieel voor de bescherming van deze laatsten wordt beschouwd.¹³ De belangrijkste uitdaging voor de Unie was dan ook om aan te sluiten bij deze wijze van geschillenbeslechting en daarin tegelijkertijd verbeteringen aan te brengen, daarbij nog verdergaande ontwikkelingen op de langere termijn voor ogen houdend, zoals de voorgenomen oprichting van een multilateraal investeringsgerecht¹⁴.

20. De CETA bevat dan ook een geschillenbeslechtingsmechanisme dat er in de loop van de onderhandelingen anders is gaan uitzien, met name omdat rekening is gehouden met de resultaten van de door de Commissie gehouden openbare raadpleging over dit onderwerp.¹⁵ De hevigheid van het debat rondom de opportuniteit en de kenmerken van een dergelijk mechanisme laat zich in het bijzonder verklaren door het feit dat in investeringsarbitragezaken particuliere en publieke belangen met elkaar botsen. In dergelijke zaken spelen dus per definitie kwesties die gevolgen kunnen hebben voor overheidsbeleid.

21. Vooral nog is de door de Unie in gang gezette hervorming, zoals deze gestalte heeft gekregen in de CETA, gebaseerd op twee hoofdaspecten, namelijk ten eerste de expliciete verwijzing naar het recht van de overeenkomstsluitende partijen om in het algemeen belang regelgeving vast te stellen, gepaard gaande met nauwkeuriger omschreven normen voor investeringsbescherming teneinde bepaalde al te ruime interpretaties van deze normen een halt toe te roepen¹⁶, en ten tweede de wens om in de richting te gaan van een rechterlijk systeem dat met name wordt gekenmerkt door de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van zijn leden en door de transparantie van zijn procedures.

22. Het is deze regeling, in de huidige stand van haar ontwikkeling, die het midden houdt tussen klassieke arbitrage en een rechterlijk systeem, die het voorwerp vormt van deze adviesprocedure. De desbetreffende bepalingen van de CETA behoren niet tot de bepalingen die voorlopig worden toegepast.¹⁷

23. Ondanks het opschrift „Beslechting van investeringsgeschillen tussen investeerders en staten” geldt de genoemde regeling niet alleen voor gevallen waarin een investeerder uit een lidstaat een zaak aanhangig maakt tegen Canada, en voor die waarin een Canadese investeerder een zaak aanhangig maakt tegen een lidstaat, maar ook voor gevallen waarin een Canadese investeerder een zaak begint tegen de Unie.

24. De belangrijkste bepalingen betreffende de werking en de invoering van het ICS staan in afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA. Voor sommige punten wordt echter verwezen naar besluiten die moeten worden genomen door het in artikel 26.1 van de CETA bedoelde Gemengd Comité voor de CETA.

13 Zie in dit verband mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – Naar een algemeen Europees internationaal investeringsbeleid [COM(2010) 343 definitief], blz. 11.

14 Zo bepaalt artikel 8.29 van de CETA („Oprichting van multilateraal investeringsgerecht en instelling van multilaterale beroepsmogelijkheid”) dat „[d]e partijen bij de overeenkomst [...] samen met andere handelspartners [streven] naar de oprichting van een multilateraal investeringsgerecht en de instelling van een multilaterale beroepsmogelijkheid voor de beslechting van investeringsgeschillen. Bij de instelling van een dergelijke multilaterale beroepsmogelijkheid neemt het Gemengd Comité voor de CETA een besluit waarin wordt bepaald dat investeringsgeschillen in het kader van deze afdeling zullen worden beslecht met toepassing van de multilaterale beroepsmogelijkheid, en voorziet het in passende overgangsregelingen”.

15 Zie voetnoot 6 van deze conclusie.

16 De duidelijke omschrijving van de in de CETA opgenomen beschermingsnormen maakt het dus mogelijk de vrij omvangrijke interpretatieruimte waarover scheidsgerechten gewoonlijk beschikken, in te perken: zie Tercier, P., „Voies de recours”, in Kessedjian, C., *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, éditions Panthéon-Assas, Parijs, 2011, blz. 165-177, die beklemtoont dat bij „meestal zeer vage verdragsteksten [...], waarin slechts enkele algemene beginselen zijn geformuleerd”, scheidsgerechten „een belangrijke interpretatieve en zelfs creatieve functie hebben” en daarmee een „quasi-normatieve activiteit” uitoefenen (blz. 171).

17 Artikel 1, lid 1, onder a), van besluit 2017/38 bepaalt namelijk dat van de bepalingen van hoofdstuk 8 van de CETA enkel de artikelen 8.1 tot en met 8.8, 8.13, 8.15 en 8.16 tot op zekere hoogte voorlopig worden toegepast.

25. Het belangrijkste kenmerk van dat geschillenbeslechtsmechanisme is dat er een permanent gerecht wordt ingesteld voor de behandeling van de door investeerders tegen een partij bij de overeenkomst aanhangig gemaakte zaken.¹⁸ Het Gerecht bestaat uit vijftien leden die door het Gemengd Comité voor de CETA worden benoemd¹⁹ voor een ambtstermijn van vijf jaar, die eenmaal kan worden verlengd²⁰.

26. De leden van het Gerecht moeten voldoen aan alle gestelde eisen om in hun onderscheiden landen rechterlijke ambten te bekleden, of bekendstaan als kundige rechtsgeleerden. Zij dienen daarnaast over aantoonbare ervaring op het gebied van het internationaal publiekrecht te beschikken.²¹ De leden van het Gerecht moeten onafhankelijk zijn en regels ter vermindering van belangenconflicten in acht nemen.²² Het Gerecht behandelt de zaken in formaties die doorgaans bestaan uit drie van zijn leden, die allemaal beurtelings door de president van het Gerecht worden aangewezen, waarbij deze laatste erop toeziet dat de samenstelling van de formaties willekeurig en niet voorspelbaar is.²³

27. Tegen de uitspraken van het Gerecht kan beroep worden ingesteld bij een permanente Beroepsinstantie.²⁴ Als beroepsgrond kan onder meer onjuiste toepassing van het recht of kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten, met inbegrip van kennelijk onjuiste beoordeling van de relevante interne wetgeving, worden aangevoerd.²⁵ De leden van de Beroepsinstantie worden aangewezen door het Gemengd Comité voor de CETA.²⁶ Zij dienen dezelfde kwalificaties te bezitten als de leden van het Gerecht en zijn onderworpen aan dezelfde gedragscode.²⁷

28. Volgens artikel 8.41, lid 1, van de CETA is „[e]en overeenkomstig [afdeling F van hoofdstuk 8] gedane uitspraak [...] bindend voor de partijen bij het geschil en ten aanzien van de zaak waarin de uitspraak wordt gedaan”.

29. Wat de materiële bepalingen betreft, wordt in de nieuwe aanpak het recht van de partijen om regelgeving vast te stellen bevestigd²⁸, terwijl tegelijkertijd de belangrijkste beschermingsnormen²⁹ nauwkeuriger worden omschreven.

30. De CETA beoogt derhalve grensoverschrijdende investeringen tussen de Unie en Canada te bevorderen door investeerders van de partijen bij deze overeenkomst een hoog niveau van bescherming van hun investeringen te garanderen, terwijl tegelijkertijd de bevoegdheid van elke partij om regelgeving vast te stellen, wordt beschermd.³⁰

18 Artikel 8.27 van de CETA.

19 Artikel 8.27, lid 2, van de CETA.

20 Artikel 8.27, lid 5, van de CETA. De ambtstermijn van zeven van de vijftien leden die onmiddellijk na de inwerkingtreding van de voorgenomen overeenkomst worden benoemd, bedraagt evenwel zes jaar. Deze personen worden aangewezen door middel van loting.

21 Artikel 8.27, lid 4, van de CETA.

22 Artikel 8.30 van de CETA („Gedragscode”).

23 Artikel 8.27, leden 6 en 7, van de CETA.

24 Artikel 8.28 van de CETA. Uit verklaring nr. 36 van de Commissie en de Raad over de bescherming van investeringen en het investeringsgerecht (PB 2017, L 11, blz. 20; hierna: „verklaring nr. 36”) volgt dat het beroepsmechanisme bedoeld is om te „zorgen voor samenhang tussen in eerste aanleg gewezen beslissingen en aldus bij te dragen tot de rechtszekerheid”.

25 Artikel 8.28, lid 2, van de CETA.

26 Artikel 8.28, lid 3, van de CETA.

27 Artikel 8.28, lid 4, van de CETA.

28 Zie artikel 8.9 van de CETA.

29 Te weten nationale behandeling (artikel 8.6 van de CETA), meestbegunstigingsbehandeling (artikel 8.7 van de CETA), eerlijke en billijke behandeling (artikel 8.10 van de CETA) en bescherming bij onteigening (artikel 8.12 van de CETA).

30 Zie in het algemeen Bonomo, S., *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements: entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Presses universitaires d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2012.

31. Ik wijs er nog op dat bij de ondertekening van de CETA een gezamenlijk uitleggingsinstrument is vastgesteld³¹, in punt 6 waarvan specifieke uitleggingsrichtsnoeren betreffende het ICS zijn opgenomen. Voorts hebben de Commissie en de Raad bij de ondertekening van die overeenkomst verklaring nr. 36 neergelegd, waarin zij aangeven welke maatregelen met het oog op de invoering van het ICS moeten worden genomen.

32. Na deze beschrijving merk ik al meteen op dat ik bij de behandeling van het door het Koninkrijk België geformuleerde verzoek om advies de politieke en economische aspecten van de aan het Hof voorgelegde problematiek, hoe belangrijk ook, buiten beschouwing zal laten. Ik acht het namelijk van groot belang te benadrukken dat de keuze om bij de uitvoering van de gemeenschappelijke handelspolitiek aan te sluiten bij een vaste internationale arbitragepraktijk, volledig binnen de beoordelingsmarge van de instellingen van de Unie valt.

33. Het is dus niet aan het Hof om zich uit te spreken over de vraag of het politiek gezien opportuun is om in de overeenkomsten waarover de Unie met derde landen onderhandelt, een mechanisme voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten op te nemen, of over de economische gevolgen die ISDS kan hebben in termen van aantrekking van buitenlandse investeerders en ontwikkeling van hun activiteiten. Deze punten vallen binnen de ruime beoordelingsmarge waarover de instellingen van de Unie beschikken.³² Zij zijn bovendien het resultaat van het democratisch debat dat binnen de Unie en in de lidstaten is gevoerd. De enige kwestie die zal moeten worden onderzocht, is of de voorgenomen overeenkomst, in zoverre zij aansluit bij de praktijk van investeringsarbitrage, zij het met bepaalde aanpassingen teneinde deze wijze van geschillenbeslechting naar een rechterlijk model te laten evolueren, uit zuiver juridisch oogpunt verenigbaar is met het primaire Unierecht.

III. Verzoek om advies van het Koninkrijk België

34. Het Koninkrijk België beoogt met zijn verzoek om advies bij te dragen tot de verduidelijking van het rechtskader waarin de CETA moet worden opgenomen, zonder zelf een standpunt in te nemen over de wijze waarop de aan het Hof voorgelegde vragen moeten worden beantwoord.

35. Het Koninkrijk België geeft ook aan zich ervan bewust te zijn dat bepaalde maatregelen moeten worden vastgesteld ter uitvoering van de CETA en van verklaring nr. 36, wat van invloed zou kunnen zijn op het advies van het Hof.

36. Het verzoek om advies gaat over de volgende drie kwesties: de bevoegdheid van het Hof, het beginsel van gelijke behandeling en het vereiste van doeltreffendheid van het Unierecht, en het recht op toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht.

37. Wat om te beginnen de ontvankelijkheid van het verzoek van het Koninkrijk België betreft, moet worden gewezen op het preventieve karakter van de adviesprocedure. In dit verband herinner ik eraan dat „het Parlement, de Raad, de Commissie of een lidstaat volgens artikel 218, lid 11, VWEU het advies van het Hof kan inwinnen over de verenigbaarheid van een voorgenomen overeenkomst met de bepalingen van de Verdragen. Deze bepaling heeft tot doel complicaties ten gevolge van rechtsgedingen betreffende de verenigbaarheid van internationale, de Unie bindende akkoorden met de Verdragen te voorkomen”.³³ Immers, „[w]anneer na de sluiting van een internationale overeenkomst die de Unie bindt, in een rechterlijke beslissing zou worden vastgesteld dat deze

31 Gezamenlijk uitleggingsinstrument betreffende de Brede Economische en Handelsovereenkomst (CETA) tussen Canada en de Europese Unie en haar lidstaten (PB 2017, L 11, blz. 3; hierna: „gezamenlijk uitleggingsinstrument”).

32 Zie onder meer arrest van 21 december 2016, *Swiss International Air Lines (C-272/15, EU:C:2016:993, punt 24)*, waarin het Hof heeft verklaard dat „[d]e instellingen en organen van de Unie [...] over een ruime beleidsmarge [beschikken] bij het onderhouden van hun externe betrekkingen” en dat „in het kader van de externe betrekkingen [...] noodzakelijkerwijze politieke keuzes [worden] gemaakt”.

33 Zie onder meer advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 145 en aldaar aangehaalde rechtspraak; hierna: „advies 2/13”).

overeenkomst, hetzij door haar inhoud, hetzij wegens de procedure volgens welke zij is gesloten, onverenigbaar is met de bepalingen van de Verdragen, zou dit [...] niet alleen op intern vlak binnen de Unie, maar ook in de internationale betrekkingen ernstige moeilijkheden opleveren en alle belanghebbende partijen, daaronder begrepen derde landen, schade kunnen toebrengen”.³⁴

38. Zoals gezegd is de CETA weliswaar ondertekend, maar nog niet gesloten in de zin van artikel 218, lid 6, VWEU, zodat zij een „voorgenomen” overeenkomst in de zin van artikel 218, lid 11, VWEU blijft.

A. Verenigbaarheid van de CETA met de exclusieve bevoegdheid van het Hof om een definitieve uitlegging van het Unierecht te verstrekken

39. Het Koninkrijk België herinnert eraan dat het Hof in punt 246 van advies 2/13 het beginsel heeft geformuleerd dat „het Hof bij uitsluiting bevoegd is om een definitieve uitlegging van het Unierecht te verstrekken”.

40. Het brengt ook in herinnering op welke gronden het Hof in advies 1/09 van 8 maart 2011³⁵ de voorgenomen internationale overeenkomst tot invoering van een gerecht voor het Europees en het gemeenschapsoctrooi onverenigbaar heeft verklaard met het Unierecht.

41. Na erop te hebben gewezen dat het Gerecht krachtens artikel 8.18, lid 1, van de CETA bevoegd is om te onderzoeken of een instrument van afgeleid Unierecht verenigbaar is met de bepalingen van de afdelingen C en D van hoofdstuk 8 van deze overeenkomst, merkt het Koninkrijk België op dat het Gerecht in het kader van dat onderzoek mogelijk regelmatig zal worden geconfronteerd met vragen betreffende de uitlegging van het Unierecht. Onder verwijzing naar artikel 8.31, lid 2, van de CETA stelt het Koninkrijk België dat het Gerecht bij gebreke van een heersende uitlegging genoodzaakt zou zijn zelf het Unierecht uit te leggen.

42. Volgens het Koninkrijk België onderscheidt de CETA zich weliswaar van het beoogde mechanisme dat aan de orde was in advies 1/09, in zoverre het Gerecht niet rechtstreeks zal worden verzocht een bij hem aanhangig geschil te beslechten op grond van het Unierecht als toepasselijk recht, noch om de geldigheid van een handeling van de Unie te onderzoeken, maar kan het Gerecht – naar analogie van de beoogde mechanismen die aan de orde waren in de adviezen 1/09 en 2/13 – daarentegen in het kader van het ICS wel onderzoeken of de bepalingen van het afgeleide Unierecht verenigbaar zijn met de relevante bepalingen van de CETA, en daartoe bepalen hoe het Unierecht moet worden uitgelegd.

43. Aangezien de in de CETA opgenomen regeling voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten het Gerecht niet verplicht of zelfs maar de mogelijkheid biedt om zich met een prelabelle vraag over de uitlegging van het Unierecht tot het Hof te wenden (ontbreken van een mechanisme van voorafgaande beoordeling), vraagt het Koninkrijk België zich of deze regeling, die kan leiden tot definitieve uitspraken die volgens artikel 8.41, lid 1, van de CETA bindend zijn, verenigbaar is met het beginsel dat het Hof bij uitsluiting bevoegd is om een definitieve uitlegging van het Unierecht te verstrekken.

³⁴ Zie advies 2/13 (punt 146 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

³⁵ EU:C:2011:123 (hierna: „advies 1/09”).

44. Het Koninkrijk België wenst, kortom, van het Hof te vernemen of de CETA al dan niet in strijd is met het beginsel dat het Hof bij uitsluiting bevoegd is om een definitieve uitlegging van het Unierecht te verstrekken. Preciezer gezegd verlangt het van het Hof een antwoord op de vraag of artikel 8.31, lid 2, van de CETA een voldoende waarborg biedt voor de uniforme uitlegging van het Unierecht, dan wel of het feit dat de uitspraken van het Gerecht volgens artikel 8.41, lid 1, van deze overeenkomst bindend zijn, integendeel tot de vaststelling moet leiden dat dit vereiste van een uniforme uitlegging van het Unierecht, die door het Hof moet worden verzekerd, wordt miskend.

45. Om dit onderdeel van het verzoek om advies te beantwoorden, zal ik mijn analyse beginnen met het onderzoek van de vraag waaraan het Hof in advies 2/15 niet is toegekomen. Het Hof heeft in dat advies zijn onderzoek immers beperkt tot de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en haar lidstaten met betrekking tot de materiële en procedurele aspecten van het externe beleid van de Unie inzake investeringen.

46. In dit verband moet worden opgemerkt dat, zoals uit artikel 3, lid 1, onder e), en artikel 207, lid 1, VWEU volgt, het Verdrag van Lissabon de Unie exclusief bevoegd heeft gemaakt op het terrein van directe investeringen, die sindsdien namelijk onder de gemeenschappelijke handelspolitiek vallen. De Unie beschikt daarnaast over een met de lidstaten gedeelde bevoegdheid als het gaat om andere dan directe investeringen.³⁶

47. Het Hof heeft gepreciseerd dat de exclusieve bevoegdheid waarover de Unie ingevolge artikel 207 VWEU op het gebied van directe buitenlandse investeringen beschikt, zich uitstrekt tot alle materiële bepalingen die doorgaans in een bilateraal investeringsverdrag zijn opgenomen.³⁷ De bepalingen inzake de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten vallen daarentegen onder de gedeelde bevoegdheid van de Unie en de lidstaten.³⁸ In dit verband heeft het Hof in advies 2/15 opgemerkt dat het daarbij om een regeling gaat „waarbij geschillen aan de rechterlijke bevoegdheid van de lidstaten worden onttrokken” en die dus met hun instemming moet worden ingevoerd.³⁹

48. Het Hof heeft zich in advies 2/15 echter niet beziggehouden met de vraag of het in een internationale investeringsovereenkomst opgenomen geschillenbeslechtingsmechanisme verenigbaar was met het Unierecht vanuit het oogpunt van het behoud van zijn eigen bevoegdheden.

49. Thans dient het Hof zich in verband met een soortgelijke overeenkomst met Canada uit te spreken over de vraag of en onder welke voorwaarden een dergelijk geschillenbeslechtingsmechanisme naast het rechterlijk systeem van de Unie kan bestaan.

1. Rechterlijk systeem van de Unie als waarborg voor de autonomie van de rechtsorde van de Unie

50. Zoals het Hof in advies 2/13 heeft opgemerkt, hebben de Verdragen, „[o]m het behoud van de specifieke kenmerken en de autonomie van [de rechtsorde van de Unie] te waarborgen, [...] een rechterlijk systeem ingesteld dat de coherente en eenvormige uitlegging van het Unierecht dient te verzekeren”.⁴⁰

³⁶ Zie advies 2/15 (punt 243).

³⁷ Zie advies 2/15 (punten 78-109).

³⁸ Zie advies 2/15 (punt 293).

³⁹ Zie advies 2/15 (punt 292).

⁴⁰ Zie advies 2/13 (punt 174).

51. In dat kader „staat het aan de nationale rechterlijke instanties en aan het Hof om te waarborgen dat het recht van de Unie in alle lidstaten ten volle wordt toegepast en dat de rechten die de justitiabelen aan dat recht ontleen, rechterlijke bescherming genieten”.⁴¹

52. Het Hof heeft volgens artikel 19, lid 1, VEU tot taak „de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen [te verzekeren]”. Deze taak impliceert dat het Hof verantwoordelijk is voor het verzekeren van „de eerbiediging van de autonomie van de aldus bij de Verdragen geschapen rechtsorde”.⁴²

53. Het Hof heeft in advies 1/09 beklemtoond dat het deze verantwoordelijkheid deelt met de nationale rechterlijke instanties. Het heeft namelijk verklaard dat, „[z]oals blijkt uit artikel 19, lid 1, VEU, [...] het Hof en de rechters van de lidstaten [toezien] op de eerbiediging van die rechtsorde en het gerechtelijk stelsel van de Unie”.⁴³

54. Het Hof heeft daarnaast op basis van artikel 4, lid 3, VEU vastgesteld dat „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 [dienen] te verzekeren”.⁴⁴

55. Het heeft tevens beklemtoond dat „de nationale rechter [...] in samenwerking met het Hof een taak [vervult] die hun gezamenlijk is opgedragen om de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en de toepassing van de Verdragen te waarborgen”.⁴⁵

56. Meer bepaald wordt „[d]e hoeksteen van het aldus opgezette rechterlijke systeem [...] gevormd door de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU, die tot doel heeft de eenvormige uitlegging van het Unierecht te verzekeren door specifiek tussen het Hof en de rechterlijke instanties van de lidstaten een dialoog van rechter tot rechter tot stand te brengen [...], en die aldus de mogelijkheid biedt de coherentie, de volle werking en de autonomie van het Unierecht te verzekeren en, in laatste instantie, de eigenheid van het door de Verdragen geschapen recht in acht te nemen”.⁴⁶

57. Het Hof heeft aldus nadrukkelijk gewezen op „het belang van de samenwerking tussen de Unierechter en de rechters van de lidstaten voor het waarborgen van de constitutionele structuur van het [rechtsstelsel van de Unie]”.⁴⁷

58. Die bijzondere relatie tussen het Hof en de nationale rechter, die wordt gekenmerkt door een voortdurende dialoog, is zowel een uitdrukking van de specifieke rechtsorde die de rechtsorde van de Unie is, als een waarborg voor het behoud van die rechtsorde, en daarom is het volgens het Hof van belang dat die relatie op geen enkele wijze wordt ondermijnd.

41 Zie advies 2/13 (punt 175 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

42 Advies 1/09 (punt 67).

43 Advies 1/09 (punt 66). Zie ook arrest van 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

44 Zie onder meer advies 2/13 (punt 173 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook arrest van 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 Advies 1/09 (punt 69). Zie ook arrest van 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

46 Zie advies 2/13 (punt 176 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

47 Simon, D., „Avis négatif sur le projet de création d'une juridiction des brevets”, *Europe*, nr. 5, LexisNexis, Parijs, 2011, blz. 4-7, punt 20.

59. Ik wijs er echter al meteen op dat het behoud van de autonomie van de rechtsorde van de Unie niet synoniem staat voor autarkie.⁴⁸ Het gaat er slechts om dat geen afbreuk wordt gedaan aan de integriteit van die rechtsorde, die voor een groot deel berust op het beginsel dat het Hof het laatste woord heeft over de uitlegging van het Unierecht, en op de dialoog die het daartoe onderhoudt met de rechterlijke instanties van de lidstaten.

2. Voorwaarden waaronder door de Unie gesloten internationale overeenkomsten een specifiek geschillenbeslechtingmechanisme mogen instellen

60. Volgens vaste rechtspraak zijn door de Unie op grond van bepalingen van de Verdragen gesloten internationale overeenkomsten, wat haar betreft, handelingen die door haar instellingen zijn vastgesteld.⁴⁹ Dergelijke overeenkomsten maken vanaf hun inwerkingtreding dan ook een integrerend deel uit van de rechtsorde van de Unie.⁵⁰ Krachtens artikel 216, lid 2, VWEU zijn „[d]e door de Unie gesloten overeenkomsten [...] verbindend voor de instellingen van de Unie en voor de lidstaten”. Het is dan ook vaste rechtspraak van het Hof dat „deze overeenkomsten van hogere rang [zijn] dan de bepalingen van afgeleid [Unierecht]”.⁵¹ De CETA zal dus vanaf het moment van haar inwerkingtreding automatisch worden geïntegreerd in de rechtsorde van de Unie, waarvan zij net zoals de andere rechtsbronnen van de Unie deel zal uitmaken.⁵²

61. Verder volgt uit artikel 19, lid 3, onder b), VEU en uit artikel 267, eerste alinea, onder b), VWEU dat „het Hof bevoegd is, zonder enige uitzondering, om bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de uitlegging en de geldigheid van handelingen die zijn vastgesteld door de instellingen van de Unie”⁵³, waartoe ook de door de Unie gesloten internationale overeenkomsten behoren. Het Hof is tevens bevoegd om „uitspraak te doen over de uitlegging van besluiten van het bij de overeenkomst ingestelde orgaan dat belast is met de uitvoering ervan”.⁵⁴

62. Niettemin moet om te beginnen in herinnering worden gebracht dat de mogelijkheid om zich voor de Unierechter of voor een nationale rechter op een door de Unie gesloten overeenkomst te beroepen, aan bepaalde grenzen gebonden kan zijn, met name wanneer het Hof van oordeel is dat de betrokken overeenkomst aan de justitiabelen geen rechten toekent waarop dezen zich in rechte kunnen beroepen. Wat dit betreft dient het Hof de aard en de opzet van de betrokken internationale overeenkomst te onderzoeken, en na te gaan of de bepalingen van die overeenkomst inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn.⁵⁵

48 Zie Lenaerts, K., „Les fondements constitutionnels de l’Union européenne dans leur rapport avec le droit international”, *La Cour de justice de l’Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015): Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruylant, Brussel, 2015, blz. 367-385, die opmerkt dat „de constitutionele autonomie van de Unie niet wordt gekenmerkt door een streven naar isolationisme” (blz. 369).

49 Zie onder meer arrest van 27 februari 2018, *Western Sahara Campaign UK* (C-266/16, EU:C:2018:118, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

50 Zie onder meer arrest van 27 februari 2018, *Western Sahara Campaign UK* (C-266/16, EU:C:2018:118, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

51 Zie onder meer arrest van 10 januari 2006, *IATA en ELFAA* (C-344/04, EU:C:2006:10, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

52 Zie hierover Lenaerts, K., „Droit international et monisme de l’ordre juridique de l’Union”, *Revue de la Faculté de droit de l’Université de Liège*, nr. 4, Larcier, Brussel, 2010, blz. 505-519.

53 Zie onder meer arrest van 27 februari 2018, *Western Sahara Campaign UK* (C-266/16, EU:C:2018:118, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

54 Zie onder meer arrest van 20 september 1990, *Sevince* (C-192/89, EU:C:1990:322, punt 10 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Dit geldt volgens het Hof temeer daar artikel 267 VWEU tot doel heeft, de eenvormige toepassing in de Unie te verzekeren van alle bepalingen die deel uitmaken van de rechtsorde van de Unie, teneinde te voorkomen dat de werking ervan zou verschillen naargelang van de uitlegging die er in de verschillende lidstaten aan wordt gegeven (punt 11 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

55 Zie onder meer arrest van 3 juni 2008, *Intertanko e.a.* (C-308/06, EU:C:2008:312, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

63. Wat de CETA betreft, is het niet nodig dat het Hof onderzoekt of deze overeenkomst wel of geen rechtstreekse werking heeft, aangezien in artikel 30.6 daarvan de uitdrukkelijke wens van de partijen tot uitdrukking komt om die werking uit te sluiten. Het eerste lid van dat artikel bepaalt namelijk dat op de CETA geen „rechtstreeks beroep kan worden gedaan in de interne rechtsorde van de partijen”.⁵⁶ Bijgevolg zal de voorgenomen overeenkomst na haar inwerkingtreding weliswaar een integrerend bestanddeel van de rechtsorde van de Unie vormen, maar zal zij in deze rechtsorde niet rechtstreeks kunnen worden ingeroepen. Noch de rechterlijke instanties van de Unie, noch die van de lidstaten zullen de CETA dus rechtstreeks kunnen toepassen in de bij hen aanhangig gemaakte zaken. Er is bijgevolg sprake van twee rechtssystemen die naast elkaar bestaan en die bewust zo veel mogelijk gescheiden van elkaar zijn gehouden.

64. Het feit dat een door de Unie gesloten internationale overeenkomst een integrerend bestanddeel van de rechtsorde van de Unie vormt, betekent dat de bepalingen ervan volledig verenigbaar moeten zijn met de bepalingen van de Verdragen en de daaruit voortvloeiende constitutionele beginselen.⁵⁷ Om ervoor te zorgen dat de constitutionele autonomie van de rechtsorde van de Unie wordt geëerbiedigd, mogen de door de Unie met derde landen gesloten internationale overeenkomsten dus niet het delicate evenwicht ondermijnen tussen „de internationale dimensie en het specifieke karakter van het recht van de Unie”.⁵⁸

65. In dit verband heeft het Hof meer dan eens geoordeeld dat „een internationale overeenkomst die voorziet in de oprichting van een gerecht dat met de uitlegging van de bepalingen ervan belast is en waarvan de beslissingen verbindend zijn voor de instellingen, daaronder begrepen het Hof, in beginsel niet onverenigbaar is met het recht van de Unie”.⁵⁹ Volgens het Hof impliceren „[d]e bevoegdheid van de Unie om internationale betrekkingen aan te knopen en haar bekwaamheid om internationale overeenkomsten te sluiten, [...] immers noodzakelijkerwijs dat het haar vrijstaat zich te onderwerpen aan de beslissingen van een bij dergelijke overeenkomsten ingesteld of aangewezen gerecht over de uitlegging en de toepassing van de bepalingen ervan”.⁶⁰ In advies 2/15 heeft het Hof duidelijk gemaakt dat de bevoegdheid van de Unie om internationale overeenkomsten te sluiten, zo ook noodzakelijkerwijs de mogelijkheid omvat om zich te onderwerpen aan de beslissingen „van een orgaan dat weliswaar niet formeel een rechterlijke instantie is, maar in wezen rechterlijke functies uitoefent”.⁶¹

66. Het Hof heeft echter gepreciseerd dat „een internationale overeenkomst slechts gevolgen kan hebben voor zijn eigen bevoegdheden indien is voldaan aan de essentiële voorwaarden om de aard van deze laatste te behouden, en de autonomie van de rechtsorde van de Unie dus niet wordt aangetast”.⁶²

67. Volgens het Hof vereist „[h]et behoud van de autonomie van de [...] rechtsorde [van de Unie] [...] in de eerste plaats dat de bevoegdheden van de [Unie] en haar instellingen, zoals neergelegd in het Verdrag, niet van karakter veranderen”.⁶³ In de tweede plaats is vereist dat het betrokken geschillenbeslechtsmechanisme niet „tot gevolg [heeft], dat de [Unie] en haar instellingen bij de uitoefening van hun interne bevoegdheden een bepaalde uitlegging van de [...] regels van [Unierecht] voorgeschreven wordt”.⁶⁴

56 Zie ook artikel 30.6, lid 2, van de CETA, waarin staat dat „[e]en partij [niet] voorziet [...] in een recht naar haar interne recht tegen de andere partij te ageren op grond dat een maatregel van de andere partij onverenigbaar is met deze overeenkomst”.

57 Zie in die zin arrest van 27 februari 2018, *Western Sahara Campaign UK* (C-266/16, EU:C:2018:118, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

58 Zie Lenaerts, K., „Droit international et monisme de l'ordre juridique de l'Union”, op. cit., met name blz. 506.

59 Zie onder meer advies 2/13 (punt 182 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

60 Ibidem.

61 Advies 2/15 (punt 299).

62 Zie onder meer advies 2/13 (punt 183 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

63 Zie onder meer advies 1/00 (Overeenkomst betreffende de totstandbrenging van een gemeenschappelijke Europese luchtvaartruimte) van 18 april 2002 (EU:C:2002:231, punt 12 en aldaar aangehaalde rechtspraak; hierna: „advies 1/00”).

64 Zie onder meer advies 1/00 (punt 13 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

68. Het Hof heeft in advies 2/13 in het bijzonder opgemerkt dat „het optreden van de organen waaraan het [Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden⁶⁵] beslissingsbevoegdheid heeft toegekend, zoals vastgelegd in de voorgenomen overeenkomst, niet tot gevolg [mag] hebben dat de Unie en haar instellingen wordt voorgeschreven om bij de uitoefening van hun interne bevoegdheden de regels van Unierecht op een bepaalde wijze uit te leggen”.⁶⁶

69. Zoals het Hof in advies 1/09 te kennen heeft gegeven, heeft het gunstige adviezen kunnen uitbrengen met betrekking tot in internationale overeenkomsten voorziene rechterlijke systemen die in hoofdzaak bestemd waren voor de beslechting van geschillen over de uitlegging of de toepassing van in de betrokken internationale overeenkomsten zelf neergelegde bepalingen, en die geen afbreuk deden aan de bevoegdheden van de rechterlijke instanties van de lidstaten betreffende de uitlegging en de toepassing van het recht van de Unie, noch aan de mogelijkheid, zo niet de verplichting van die instanties om het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken, en aan de bevoegdheid van het Hof om daarop te antwoorden.⁶⁷ Het Hof heeft zich daarentegen verzet tegen de oprichting van een internationaal gerecht dat niet alleen de bepalingen zou gaan uitleggen en toepassen van de overeenkomst waarbij het was ingesteld, maar ook andere instrumenten van het recht van de Unie, en dat zou kunnen worden gevraagd een bij hem aanhangig geschil te beslechten in het licht van de grondrechten en de algemene beginselen van het recht van de Unie, of om de geldigheid van een handeling van de Unie te onderzoeken.⁶⁸

70. Nagegaan moet dus worden of de door afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA aan het CETA-Gerecht toegekende bevoegdheid om de bepalingen van deze overeenkomst uit te leggen en toe te passen, ertoe kan leiden dat de instellingen van de Unie en in het bijzonder het Hof wordt voorgeschreven om bij de uitoefening van de hun bij de Verdragen toegekende bevoegdheden de regels van Unierecht op een bepaalde wijze uit te leggen. Concreter: is afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA in strijd met het „beginsel dat het Hof bij uitsluiting bevoegd is om een definitieve uitlegging van het Unierecht te verstrekken”⁶⁹?

71. Alvorens op de kern van deze problematiek in te gaan, moet naar mijn mening eerst duidelijk worden gemaakt waarom bij de beoordeling of afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA afbreuk doet aan de autonomie van de rechtsorde van de Unie, het vereiste van wederkerigheid bij de aan investeerders van elk der partijen bij de overeenkomst toegekende bescherming in aanmerking moet worden genomen.

3. Vereiste van wederkerigheid bij de aan investeerders van elk der partijen bij de overeenkomst toegekende bescherming

72. Wanneer een natuurlijke of rechtspersoon een investering doet in een lidstaat van de Unie, is daarop het recht van die lidstaat van toepassing, waarvan het Unierecht een integrerend bestanddeel vormt. Bij een geschil over de toepassing van dat recht zullen de rechterlijke instanties van genoemde staat dit geschil moeten beslechten aan de hand van het recht waarvan zij de eerbiediging moeten verzekeren, in voorkomend geval na het Hof om een prejudiciële beslissing te hebben verzocht. De investeerder kan bij een nationale rechterlijke instantie een vordering tot nietigverklaring van een nationale maatregel en/of een schadevordering instellen.

65 Ondertekend te Rome op 4 november 1950 (hierna: „EVRM”).

66 Zie advies 2/13 (punt 184 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In advies 1/92 (EER-Overeenkomst – II) van 10 april 1992 (EU:C:1992:189) heeft het Hof geoordeeld dat het behoud van de autonomie van het recht van de Unie ook vereist dat de bij de betrokken internationale overeenkomst ingestelde organen niet kunnen voorbijgaan aan de verbindendheid van de beslissingen van het Hof in de rechtsorde van de Unie, en dat de beslissingen van die organen geen afbreuk kunnen doen aan de rechtspraak van het Hof (punten 22-24). Dit beginsel biedt volgens het Hof „een voor de autonomie van de [...] rechtsorde [van de Unie] onmisbare, essentiële waarborg” (punt 24).

67 Zie advies 1/09 (punt 77).

68 Zie advies 1/09 (punt 78).

69 Advies 2/13 (punt 246).

73. Elke Canadese onderneming die in een lidstaat van de Unie investeert, is wat betreft haar investering dus onderworpen aan het recht van die lidstaat en daarmee aan het Unierecht. Het is duidelijk dat een uit een derde land afkomstige investeerder die wenst te investeren in een lidstaat, een geheel van regels tot zijn beschikking zal hebben waardoor die investering wordt beschermd, alsook rechtsmiddelen die hij kan aanwenden om zijn rechten geldend te maken. Zonder de handelspartners van de Unie de les te willen lezen of verkeerde intenties te willen toedichten, merk ik op dat niet vaststaat dat investeerders uit de Unie in de derde landen waarmee de Unie betrekkingen op het gebied van investeringen wenst te ontwikkelen, een in materieel en procedureel opzicht gelijkwaardige bescherming zullen genieten. Dit is de reden waarom de Unie in het kader van haar handelsbeleid met die derde landen op basis van wederkerigheid moet onderhandelen over materiële en procedurele normen voor de bescherming van de investeringen van investeerders van de ene overeenkomstsluitende partij op het grondgebied van de andere partij.

74. De verschillen in de mate van bescherming die door het interne recht van de overeenkomstsluitende partijen wordt geboden, maakt het bijgevolg noodzakelijk om een bilaterale overeenkomst te sluiten die aan investeerders van elk der partijen een gelijkwaardige bescherming biedt wanneer zij een investering doen op het grondgebied van de andere partij.

75. De overeenkomstsluitende partijen hebben over de CETA onderhandeld op basis van wederkerigheid. Deze overeenkomst beoogt aan investeerders van elk van die partijen dan ook een gelijkwaardige materiële en procedurele bescherming te bieden. Het is dus de bedoeling van dit soort overeenkomsten dat ondernemingen uit de Unie die in derde landen investeren en ondernemingen uit derde landen die in de Unie investeren, op voet van gelijkheid opereren. Zo bezien is het derhalve noodzakelijk dat de materiële en procedurele beschermingsmaatstaven die gelden voor ondernemingen uit de Unie die investeringen doen in derde landen, gelijkwaardig zijn aan die welke gelden voor ondernemingen uit derde landen die in de Unie investeren.

76. Meer bepaald is het dan ook wegens de vrees van buitenlandse investeerders om ten opzichte van binnenlandse investeerders te worden benadeeld wanneer zij zich tot de nationale rechter wenden, dat investeerders van de overeenkomstsluitende partijen over en weer de mogelijkheid wordt geboden om gebruik te maken van een specifiek geschillenbeslechtsmechanisme.

77. In dit verband moet worden beklemtoond dat wederkerigheid als een van de leidende beginselen voor de externe betrekkingen van de Unie moet worden beschouwd.⁷⁰ De toepassing van dit beginsel op de door de Unie met derde landen aangegane verdragsbetrekkingen vindt haar rechtvaardiging in het feit dat de Unie als internationaal rechtssubject onderworpen is aan de internationaalrechtelijke regels waaraan zij zich vrijwillig heeft verbonden en waarvan wederkerigheid een integrerend bestanddeel vormt.⁷¹

78. Voor zover de CETA berust op het beginsel dat investeerders van elk der overeenkomstsluitende partijen over en weer op bescherming moeten kunnen rekenen, hebben de CETA-onderhandelaars het noodzakelijk geacht in deze overeenkomst bepalingen als die van de afdelingen C en D van hoofdstuk van 8 op te nemen, die elk der partijen verplichten om aan investeerders van de andere partij een adequate en gelijkwaardige bescherming te bieden. Het Hof heeft een dergelijk wederkerigheidsstreven in aanmerking genomen toen het in advies 2/15 erop wees dat „het vrije kapitaal- en betalingsverkeer tussen de lidstaten en derde landen waarin artikel 63 VWEU voorziet, niet formeel [kan] worden tegengeworpen aan derde landen, zodat de sluiting van internationale overeenkomsten die ertoe

70 Zie Dero, D., *La réciprocité et le droit des Communautés et de l'Union européennes*, Bruylant, Brussel, 2006, blz. 227.

71 Zie Dero, D., op. cit., blz. 230.

bijdragen dat dit vrije verkeer op een wederkerige basis wordt ingevoerd, kan worden geacht noodzakelijk te zijn om dit vrije verkeer, dat een van de doelstellingen is van titel IV („Het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal”) van het derde deel („Het beleid en intern optreden van de Unie”) van het VWEU, ten volle te realiseren”.⁷²

79. Zoals de Commissie in haar conceptnota van 5 mei 2015⁷³ heeft opgemerkt, heeft de Unie, „[d]aar [zij] hoge maatstaven hanteert als het gaat om de bevordering en bescherming van investeringen op haar grondgebied, [...] een vanzelfsprekend belang bij het verkrijgen van vergelijkbare betrouwbare en effectieve waarborgen voor Europese investeringen en investeerders in het buitenland”.⁷⁴

80. De mogelijkheid voor de Unie om de activiteiten van investeerders uit de Unie in derde landen te bevorderen en te vergemakkelijken, en om buitenlandse investeerders aan te trekken, hangt dus voor een groot deel af van de sluiting van overeenkomsten met derde landen teneinde in een passende en wederzijdse bescherming van die investeringen te voorzien.

81. Dat in een internationale overeenkomst tussen de Unie en haar lidstaten, enerzijds, en een derde land, anderzijds, op basis van wederkerigheid materiële en procedurele beschermingsnormen inzake investeringen worden opgenomen, laat zich verklaren door het feit dat de betrekkingen tussen die overeenkomstsluitende partijen, in tegenstelling tussen de betrekkingen tussen de lidstaten, niet gebaseerd zijn op wederzijds vertrouwen.

82. Zoals het Hof onlangs in zijn arrest van 6 maart 2018, *Achmea*⁷⁵, heeft gememoreerd, berust „[h]et Unierecht [...] dus 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”.⁷⁶ De betrekkingen die de Unie aanknoopt met derde landen, zijn echter niet op een dergelijke premisse gebaseerd. Dit is de reden waarom de instellingen van de Unie bij hun onderhandelingen over een overeenkomst als de CETA zich ervan willen verzekeren dat investeerders uit de Unie in het betrokken derde land op een vergelijkbare bescherming zullen kunnen rekenen als die welke de Unie en haar lidstaten aan buitenlandse investeerders bieden. In zoverre wordt gestreefd naar wederkerigheid op basis van een beschermingsstandaard waarover de overeenkomstsluitende partijen vrijelijk hebben onderhandeld met als doel om overeenstemming te bereiken over de beschermingsregels die zij bereid zijn over en weer toe te passen ten aanzien van de investeerders van elk van die twee partijen.

83. De vaststelling van dergelijke regels ter bescherming van buitenlandse investeringen maakt het ook noodzakelijk de aard en de modaliteiten te bepalen van het geschillenbeslechtsmechanisme met behulp waarvan de naleving van die regels zal kunnen worden afgedwongen.

84. Elk der overeenkomstsluitende partijen heeft immers niet noodzakelijkerwijs vertrouwen in het rechterlijk systeem van de andere partij om de naleving van de in de overeenkomst vervatte regels te verzekeren. Die twee partijen moeten het derhalve eens worden over de invoering van een neutraal geschillenbeslechtsmechanisme waarvan de kenmerken van dien aard zijn dat zowel zijzelf als investeerders er vertrouwen in zullen hebben. Door buitenlandse investeerders gerust te stellen wat de

72 Advies 2/15 (punt 240).

73 Zie voetnoot 5 van deze conclusie.

74 Zie blz. 1 van die conceptnota.

75 C-284/16, EU:C:2018:158 (hierna: „arrest *Achmea*”).

76 Arrest *Achmea* (punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

bescherming van hun investeringen betreft, zal het gastland in staat zijn nieuwe investeringen aan te trekken, wat het hoofddoel van investeringsovereenkomsten is. In zoverre kan de instelling van een geschillenbeslechtsmechanisme als de hoeksteen van de ingevoerde beschermingsregeling worden gezien.

85. Bij de beoordeling of de autonomie van de rechtsorde van de Unie door de CETA voldoende wordt beschermd, kan die wederkerigheidsdimensie van de beoogde materiële en procedurele bescherming dus niet buiten beschouwing blijven.⁷⁷

86. In dat kader is de omstandigheid dat de andere partij bij de voorgenomen overeenkomst Canada is, waarvan het rechterlijk systeem wordt verondersteld voldoende waarborgen te bieden, volgens mij niet doorslaggevend, aangezien het in werkelijkheid gaat om een standaardmechanisme dat bedoeld is om te worden opgenomen in internationale overeenkomsten met derde landen die mogelijk niet dezelfde waarborgen bieden. Het zou voor de analyse dus geen verschil moeten maken welk derde land de andere partij bij de overeenkomst is, daar het draait om de ontwikkeling van een model dat in overeenstemming is met de beginselen die bepalend zijn voor de structuur van de rechtsorde van de Unie, en dat tegelijkertijd kan worden toegepast in alle door de Unie met derde landen gesloten handelsovereenkomsten. Hoe dan ook is tijdens de onderhavige procedure gebleken dat er verschillen bestaan in de materiële bescherming die in elk der overeenkomstsluitende partijen aan buitenlandse investeerders wordt geboden.⁷⁸

87. Uit het voorgaande volgt dat, zelfs als het vanuit het gezichtspunt van de Unie overbodig kan lijken om in een internationale investeringsovereenkomst normen ter bescherming van investeerders op te nemen die in bepaalde opzichten de Unierechtelijke beschermingsnormen zouden kunnen overlappen en dus ertoe zouden kunnen leiden dat de invoering van een specifiek geschillenbeslechtsmechanisme wordt bekritiseerd, dient te worden beklemtoond dat een dergelijke redenering eraan voorbijgaat dat het beschermingsniveau binnen de Unie, zowel op het materiële als op het procedurele vlak, niet noodzakelijkerwijs gelijk is aan dat in de derde landen waarmee de Unie haar betrekkingen op investeringsgebied wenst te ontwikkelen. Het is deze mogelijke ongelijkheid die het noodzakelijk maakt een gemeenschappelijke standaard voor materiële en procedurele bescherming overeen te komen, wat de enige manier is om wederkerigheid bij de toepassing van de betrokken overeenkomst te garanderen en om investeerders uit de Unie een effectieve en uniforme bescherming te verzekeren wanneer zij investeringen doen in derde landen.

88. Anders dan soms wordt beweerd, betekent de invoering van een geschillenbeslechtsmechanisme als in deze zaak aan de orde naar mijn mening niet dat vraagtekens worden geplaatst bij het rechterlijk systeem van de Unie of bij het vermogen van dit systeem om de beroepen van buitenlandse investeerders op effectieve, onafhankelijke en onpartijdige wijze te behandelen. Met de invoering van een dergelijk mechanisme in haar bilaterale investeringsbetrekkingen wil de Unie tegemoetkomen aan de roep om een neutrale beslechting van geschillen tussen investeerders en staten door specialisten, waarbij niet uit het oog mag worden verloren dat ook Europese investeerders daarvan zullen profiteren wanneer zij activiteiten ontplooiën in een derde land.

89. De vraag of het geschillenbeslechtsmechanisme van afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA zich met het primaire Unierecht verdraagt, dient dus vanuit een breder perspectief te worden gezien, rekening houdend met de noodzaak om investeerders uit de Unie te beschermen wanneer zij activiteiten ontplooiën in een derde land.

77 Zoals Dero, D., op. cit. (blz. 287), opmerkt, vormt wederkerigheid „de kern van een dialectiek tussen zelfstandigheid en ondergeschiktheid van het [Unierecht] ten opzichte van het internationaal recht”.

78 Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft gesteld, en zoals meerdere lidstaten hebben opgemerkt, biedt het recht van de andere partij bij de overeenkomst, in casu het Canadese recht, Europese investeerders niet noodzakelijkerwijs een adequate bescherming tegen discriminatie of onteigening.

90. Een redenering vanuit die invalshoek ontkracht ook in belangrijke mate het argument dat de Unierechtelijke normen voor investeringsbescherming en die van de CETA elkaar voor een groot deel overlappen, wat de invoering van een geschillenbeslechtsmechanisme bovenop de beroepsmogelijkheden bij de rechterlijke instanties van de Unie en van de lidstaten overbodig zou maken.

4. Mechanisme dat in overeenstemming is met het ontbreken van rechtstreekse werking van de CETA

91. Ik herinner eraan dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat „de Unie-instellingen die bevoegd zijn over een [overeenkomst tussen de Unie en derde landen] te onderhandelen en deze te sluiten, met de betrokken derde landen [mogen] overeenkomen welke werking de bepalingen van deze overeenkomst in de interne rechtsorde van de partijen bij de overeenkomst moeten hebben”.⁷⁹ Zoals de Commissie in haar opmerkingen stelt, bevatten in de praktijk alle vrijhandelsovereenkomsten die de Unie recent heeft gesloten, een bepaling die de rechtstreekse werking van deze overeenkomsten met zoveel woorden uitsluit. De belangrijkste reden daarvan is dat in lijn met de doelstellingen van de gemeenschappelijke handelspolitiek daadwerkelijke wederkerigheid tussen de partijen moet worden gewaarborgd.

92. Geconfronteerd met de vraag of de op 15 april 1994 te Marrakesh ondertekende Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie (WTO) alsmede de in de bijlagen 1 tot en met 3 bij die overeenkomst opgenomen overeenkomsten (hierna samen: „WTO-overeenkomsten”)⁸⁰ voor de Unierechter konden worden ingeroepen teneinde het Unierecht op zijn verenigbaarheid met die overeenkomsten te laten toetsen, heeft het Hof die inroepbaarheid in beginsel uitgesloten⁸¹ met een op het vereiste van „wederkerigheid” gestoelde redenering: de wetgevende of uitvoerende organen van de Unie zouden niet „de manoeuvreerruimte [mogen] verliezen waarover de corresponderende organen van de handelspartners van de Unie beschikken”.⁸² Het Hof laat bij het bepalen van zijn eigen standpunt in dit verband het standpunt meewegen dat die handelspartners ten aanzien van de rechtstreekse inroepbaarheid van de WTO-overeenkomsten hebben ingenomen: het wijst erop dat „sommige partijen bij die overeenkomsten, waaronder de belangrijkste handelspartners van de Unie, uit de inhoud en het doel van de WTO-overeenkomsten juist hebben afgeleid dat deze overeenkomsten niet behoren tot de normen waaraan hun rechterlijke instanties de wettigheid van hun nationale rechtsregels toetsen”⁸³. Het Hof beklemtoont dat „[h]et ontbreken van wederkerigheid [...], indien het wordt aanvaard, een onevenwichtige toepassing van de WTO-overeenkomsten in de hand [zou] kunnen werken.”⁸⁴ Uit de gekozen oplossing blijkt dus dat het Hof wil voorkomen dat de Unie ten opzichte van haar belangrijkste handelspartners wordt benadeeld doordat het beginsel van wederkerigheid bij de toepassing van de overeenkomst wordt losgelaten, teneinde op die manier de positie van de Unie op het internationale toneel veilig te stellen.⁸⁵

79 Zie onder meer arrest van 13 januari 2015, Raad en Commissie/Stichting Natuur en Milieu en Pesticide Action Network Europe (C-404/12 P en C-405/12 P, EU:C:2015:5, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

80 Overeenkomsten die zijn goedgekeurd bij besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap voor wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden, van de uit de multilaterale handelsbesprekingen in het kader van de Uruguayronde (1986-1994) voortvloeiende overeenkomsten (PB 1994, L 336, blz. 1).

81 Zie onder meer arrest van 4 februari 2016, C & J Clark International en Puma (C-659/13 en C-34/14, EU:C:2016:74), waarin het Hof in herinnering heeft gebracht dat „de WTO-overeenkomsten, gelet op de aard en de opzet ervan, in beginsel niet behoren tot de normen waaraan het Hof de rechtmatigheid van de handelingen van de instellingen van de Unie toetst” (punt 85). Het Hof heeft deze vaststelling uitgebreid tot de besluiten en aanbevelingen van het orgaan voor geschillenbeslechting van de WTO (DSB) (punten 94-96).

82 Ibidem (punt 86 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

83 Ibidem. Het Hof laat daarmee zien dat „wederkerigheid bij de toepassing van een overeenkomst een voorwaarde kan zijn voor de erkenning van de rechtstreekse werking van de bepalingen van die overeenkomst” (zie Dero, D., op. cit., blz. 496).

84 Ibidem.

85 Zie Dero, D., op. cit., blz. 499.

93. Zoals gezegd hebben de overeenkomstsluitende partijen ervoor gekozen om de rechtstreekse werking van de CETA expliciet uit te sluiten.⁸⁶

94. Om het evenwicht tussen de overeenkomstsluitende partijen bij de toepassing van die overeenkomst te bewaren en daarmee de wederkerigheid bij de uitvoering van de door hen aangegane verbintenissen te handhaven, hebben die partijen besloten een specifiek mechanisme voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten in te stellen. Het feit dat de rechtstreekse werking van de CETA is uitgesloten, maakt een dergelijk mechanisme dus extra zinvol. Nu de rechterlijke instanties van elk der partijen bij de overeenkomst niet tot taak hebben de in de CETA vastgelegde beschermingsmaatstaven toe te passen, is het coherent om een geschillenbeslechtingsmechanisme in te voeren dat losstaat van het interne rechterlijke systeem van die partijen.

5. Het arrest Achmea houdt geen oordeel in over de verenigbaarheid van het ICS met het vereiste van autonomie van de rechtsorde van de Unie

95. In de zaak die tot het arrest Achmea heeft geleid, was het Hof gevraagd of de artikelen 267 en 344 VWEU aldus dienen te worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een bepaling in een tussen lidstaten gesloten internationale overeenkomst zoals artikel 8 van de Overeenkomst inzake de bevordering en wederzijdse bescherming van investeringen tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Tsjechische en Slowaakse Federatieve Republiek (hierna: „BIT”), krachtens welke een investeerder uit een van deze lidstaten, in geval van een geschil over investeringen in de andere lidstaat, tegen laatstgenoemde staat een procedure kan inleiden voor een scheidsgerecht en deze lidstaat zich ertoe heeft verbonden de bevoegdheid daarvan te aanvaarden.

96. Deze vraag is door het Hof in het arrest Achmea bevestigend beantwoord.

97. Daartoe heeft het Hof om te beginnen in herinnering gebracht dat „een internationale overeenkomst volgens vaste rechtspraak [...] geen inbreuk mag maken op de in de Verdragen vastgestelde bevoegdheidsregeling en dus op de autonomie van het rechtstelsel van de Unie waarvan het Hof de eerbiediging verzekert. Dit beginsel is met name vervat in artikel 344 VWEU, volgens hetwelk de lidstaten zich verbinden een geschil betreffende de uitlegging of de toepassing van de Verdragen niet op andere wijze te doen beslechten dan in de Verdragen is voorgeschreven”.⁸⁷

98. Vervolgens heeft het Hof erop gewezen dat de betrekkingen tussen de lidstaten worden beheerst door het beginsel van wederzijds vertrouwen in de eerbiediging van het Unierecht en dat de lidstaten in deze omstandigheden „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 [dienen] te verzekeren en daartoe alle algemene en bijzondere maatregelen [dienen] te treffen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren”.⁸⁸

⁸⁶ Zie artikel 30.6, lid 1, van de CETA.

⁸⁷ Arrest Achmea (punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁸⁸ Arrest Achmea (punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

99. Na te hebben gewezen op de fundamentele rol die artikel 19 VEU toekent aan de nationale rechterlijke instanties en aan het Hof, namelijk „te waarborgen dat het recht van de Unie in alle lidstaten ten volle wordt toegepast en dat de justitiabelen rechterlijke bescherming genieten van de rechten die zij aan dat recht ontleen”⁸⁹, en na vervolgens te hebben benadrukt dat „[d]e hoeksteen van het aldus opgezette rechterlijke systeem wordt [...] gevormd door de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU”⁹⁰, heeft het Hof de kenmerken van het bij de BIT ingestelde geschillenbeslechtingmechanisme onderzocht.

100. In dit verband heeft het Hof in de eerste plaats vastgesteld dat het in artikel 8 van de BIT voorziene scheidsrecht gehouden was om in voorkomend geval „het Unierecht uit te leggen en zelfs toe te passen, inzonderheid de bepalingen over de fundamentele vrijheden, waaronder de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal”.⁹¹ In de tweede plaats heeft het geconstateerd dat een dergelijk gerecht „niet kan worden beschouwd als een ‚rechterlijke instantie van een der lidstaten’ in de zin van artikel 267 VWEU, en dus niet bevoegd is om het Hof een prejudiciële verwijzing voor te leggen”.⁹² In de derde plaats heeft het in aanmerking genomen dat het door een dergelijk gerecht gewezen arbitrale vonnis niet stelselmatig en volledig onderworpen is aan het toezicht van een rechterlijke instantie van een lidstaat⁹³, zodat niet 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”⁹⁴.

101. Wat dit laatste punt betreft, heeft het Hof een onderscheid gemaakt tussen handelsarbitrage, die gegrond is op de autonomie van de betrokken partijen, en een arbitrageprocedure tussen een investeerder en een lidstaat, waaraan een tussen lidstaten gesloten verdrag ten grondslag ligt.

102. Met betrekking tot op de uitdrukkelijke wil van partijen gebaseerde handelsarbitrage heeft het Hof in zijn arresten van 1 juni 1999, *Eco Swiss*⁹⁵, en 26 oktober 2006, *Mostaza Claro*⁹⁶, 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”.⁹⁷

103. Dergelijke overwegingen gaan volgens het Hof daarentegen niet op voor een arbitrageprocedure zoals die welke in artikel 8 van de BIT is vastgesteld, die namelijk volgt „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 [...] voor geschillen die betrekking kunnen hebben op de uitlegging of toepassing van het Unierecht”.⁹⁸ Volgens het Hof wordt daardoor „mogelijkerwijs belet dat deze geschillen, hoewel zij betrekking kunnen hebben op de [uitlegging of] toepassing van het Unierecht, op zodanige wijze worden beslecht dat de volle werking van dit recht is gewaarborgd”.⁹⁹

89 Arrest Achmea (punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

90 Arrest Achmea (punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

91 Arrêt Achmea (punt 42).

92 Arrêt Achmea (punt 49).

93 Het Hof wijst er namelijk op dat „die rechterlijke toetsing slechts kan [worden uitgevoerd] voor zover het nationale recht dat toestaat” (punt 53 van het arrest Achmea).

94 Arrest Achmea (punt 50).

95 C-126/97, EU:C:1999:269 (punten 35, 36 en 40).

96 C-168/05, EU:C:2006:675 (punten 34-39).

97 Arrest Achmea (punt 54).

98 Arrest Achmea (punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

99 Arrest Achmea (punt 56).

104. Het Hof heeft dus geoordeeld dat de in de BIT opgenomen arbitrageclausule afbreuk deed aan de autonomie van het Unierecht.¹⁰⁰ Twee lidstaten waren immers in een bilaterale investeringsovereenkomst overeengekomen om het Unierecht aan de bevoegdheid van hun eigen rechterlijke instanties en dus aan de dialoog tussen die rechterlijke instanties en het Hof te onttrekken, waardoor afbreuk werd gedaan aan de uniformiteit en doeltreffendheid van het Unierecht.

105. De door het Hof gekozen oplossing lijkt mij dan ook hoofdzakelijk te zijn ingegeven door de gedachte dat het rechterlijk systeem van de Unie, dat gebaseerd is op wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten en op de loyale samenwerking van deze laatste, intrinsiek onverenigbaar is met de mogelijkheid voor de lidstaten om in hun bilaterale betrekkingen een parallel mechanisme in te voeren voor de beslechting van geschillen die betrekking kunnen hebben op de uitlegging en toepassing van het Unierecht. In zoverre is artikel 344 VWEU door het Hof aldus uitgelegd dat het zich verzet tegen een dergelijk mechanisme en dat het feit dat het om geschillen tussen investeerders en staten gaat, die vaststelling onverlet laat. Het betrokken mechanisme is door het Hof ook onverenigbaar geacht met artikel 267 VWEU, aangezien de prejudiciële procedure daardoor noodzakelijkerwijs werd ondermijnd.

106. De oplossing waarvoor het Hof heeft gekozen in het arrest Achmea, kan naar mijn mening niet worden toegepast ten aanzien van het ICS, bij de beoordeling waarvan namelijk van andere premissen moet worden uitgegaan.

107. Zoals ik reeds heb opgemerkt, zijn de betrekkingen tussen overeenkomstsluitende partijen als de Unie en haar lidstaten, enerzijds, en Canada, anderzijds, immers niet gebaseerd op wederzijds vertrouwen¹⁰¹, wat overigens de reden is waarom die partijen in de voorgenomen overeenkomst een standaard voor materiële en procedurele bescherming willen vastleggen, waarbij wederkerigheid het uitgangspunt vormt.

108. In zoverre kan die overeenkomst geen afbreuk doen aan het beginsel van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten¹⁰², noch aan het beginsel van loyale samenwerking dat door de lidstaten in acht moet worden genomen.

109. Aangezien afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA is opgenomen in een overeenkomst die de Unie en haar lidstaten voornemens zijn te sluiten met een derde land, waarmee de betrekkingen tussen die overeenkomstsluitende partijen en niet de wederzijdse betrekkingen tussen lidstaten worden geregeld, ben ik dan ook van mening dat de door het Hof in zijn arrest Achmea ontwikkelde redenering aangaande de artikelen 267 en 344 VWEU niet kan worden toegepast op het ICS.

110. Ik voeg hieraan toe dat, anders dan het geval was bij de BIT waarom het ging in de zaak die heeft geleid tot het arrest Achmea, waarvan de bepaling betreffende het toepasselijke recht de indruk kon wekken dat het betrokken scheidsgerecht bevoegd was om kennis te nemen van geschillen over de uitlegging en toepassing van het Unierecht, de CETA – zoals ik verderop nader zal uiteenzetten – duidelijk preciseert dat het door het CETA-Gerecht toe te passen recht uitsluitend bestaat in de relevante bepalingen van deze overeenkomst, zoals uitgelegd in overeenstemming met het internationaal recht. Het interne recht van elk der overeenkomstsluitende partijen, waarvan in het geval van de lidstaten het Unierecht deel uitmaakt¹⁰³, kan door dat Gerecht slechts als feit in aanmerking worden genomen, en de aan het interne recht gegeven uitlegging is niet bindend voor de

100 Arrest Achmea (punt 59).

101 Uit het Unierecht vloeit dus geen verplichting voort om vertrouwen te stellen in de rechtsstelsels van derde landen, hoe betrouwbaar het rechterlijk systeem van die landen ook is.

102 Anders dan de in het arrest Achmea aan de orde zijnde BIT doet de CETA met name in geen enkel opzicht afbreuk aan „het vertrouwen van de [lidstaten] in elkaars rechtssystemen en rechterlijke instanties” [zie onder meer arrest van 10 februari 2009, Allianz en Generali Assicurazioni Generali (C-185/07, EU:C:2009:69, punt 30)].

103 Arrest Achmea (punt 41).

rechterlijke instanties en autoriteiten van de verwerende partij. Anders dan het geval is bij een tussen lidstaten gesloten bilateraal investeringsverdrag als hetwelk aan de orde was in de zaak die heeft geleid tot het arrest Achmea, maakt het Unierecht bovendien geen deel uit van het tussen de overeenkomstsluitende partijen toepasselijke internationaal recht.

111. Om bilaterale investeringsverdragen tussen lidstaten duidelijk te onderscheiden van investeringsovereenkomsten als de CETA, heeft het Hof in het arrest Achmea overigens herinnerd aan zijn vaste rechtspraak 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, waaronder het Hof. De bevoegdheid van de Unie om internationale betrekkingen aan te knopen en haar bekwaamheid om internationale overeenkomsten te sluiten, impliceren immers noodzakelijkerwijs dat het haar vrijstaat zich te onderwerpen aan de beslissingen van een bij dergelijke overeenkomsten ingesteld of aangewezen gerecht over de uitlegging en de toepassing van de bepalingen ervan, mits de autonomie van de Unie en haar rechtsorde worden geëerbiedigd”.¹⁰⁴

112. In samenhang met die rechtspraak, en om duidelijk te maken om welke redenen het in de betrokken BIT opgenomen geschillenbeslechtsmechanisme afbreuk deed aan de autonomie van de rechtsorde van de Unie, heeft het Hof opgemerkt dat „[i]n het onderhavige geval [...], naast het feit dat de geschillen die onder de bevoegdheid van het in artikel 8 van de BIT voorziene scheidsgerecht vallen, betrekking kunnen hebben op de uitlegging van zowel deze overeenkomst als het Unierecht, [...] de mogelijkheid om deze geschillen te onderwerpen aan een orgaan dat geen deel uitmaakt van het rechterlijk systeem van de Unie [voortvloeit] uit een overeenkomst die niet door de Unie maar door de lidstaten is gesloten. Voornoemd artikel 8 is daardoor van dien aard dat het niet alleen afbreuk doet aan het beginsel van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten, maar ook aan de handhaving van het eigen karakter van het door de Verdragen ingestelde recht dat wordt gewaarborgd door de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU, en bijgevolg is dat artikel niet verenigbaar met het [...] beginsel van loyale samenwerking.”¹⁰⁵

113. Na deze verduidelijkingen merk ik op dat in casu weliswaar niet dezelfde redenering kan worden gevolgd als die welke door het Hof is toegepast met betrekking tot een bilateraal investeringsverdrag tussen lidstaten, maar dat dit niet wegneemt dat de invoering van een mechanisme ter beslechting van geschillen tussen investeerders en staten door een overeenkomst tussen de Unie en haar lidstaten, enerzijds, en een derde land, anderzijds, de autonomie van de rechtsorde van de Unie moet eerbiedigen.

114. Vanuit dit perspectief en met bovenstaande overwegingen in het achterhoofd moet thans de door het Koninkrijk België in zijn verzoek om advies opgeworpen vraag worden onderzocht of het ICS, zoals vormgegeven in afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA, de autonomie van de rechtsorde van de Unie kan ondermijnen, met name door afbreuk te doen aan de exclusieve bevoegdheid van het Hof om een definitieve uitlegging van het Unierecht te verstrekken.

6. Door de overeenkomstsluitende partijen ingebouwde waarborgen voor de instandhouding van de exclusieve bevoegdheid van het Hof om een definitieve uitlegging van het Unierecht te verstrekken

115. Aan de bij artikel 19, lid 1, VEU aan het Hof en de nationale rechterlijke instanties opgedragen taak om toe te zien op de eerbiediging van het Unierecht in de rechtsorde van de Unie wordt in mijn ogen geen afbreuk gedaan door de invoering van een mechanisme ter beslechting van geschillen tussen investeerders en staten zoals dat van afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA.

¹⁰⁴ Arrest Achmea (punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

¹⁰⁵ Arrest Achmea (punt 58).

116. Die overeenkomst bevat namelijk voldoende waarborgen om zowel de rol van het Hof als ultieme uitlegger van het Unierecht, als het door de prejudiciële procedure gevormde mechanisme van samenwerking tussen de nationale rechter en het Hof overeind te laten.

117. De CETA-onderhandelaars hebben aldus bewust ervoor gezorgd dat de in de CETA vervatte regels de regels van het Unierecht zo min mogelijk doorkruisen.

118. Afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA slaagt er in mijn ogen dus in een evenwicht te waarborgen tussen enerzijds het aanvaarden van een externe toetsing van het optreden van de Unie en haar lidstaten aan de in dit hoofdstuk ter bescherming van investeringen vastgelegde normen, en anderzijds het behoud van de autonomie van de Unie.

119. In dit verband is het essentieel om na te gaan op welke rechtsregels de bevoegdheid van het CETA-Gerecht precies betrekking heeft, en hoe deze instantie moet omgaan met het interne recht van de overeenkomstsluitende partijen, waarvan het Unierecht deel uitmaakt.

120. Ik wijs erop dat de bevoegdheid van het CETA-Gerecht zeer strikt is afgebakend. Dit Gerecht is ingevolge artikel 8.18, lid 1, van de CETA immers uitsluitend bevoegd om zich uit te spreken over de niet-nakoming van een verplichting uit hoofde van afdeling C („Niet-discriminerende behandeling”)¹⁰⁶ of afdeling D („Investeringsbescherming”) van hoofdstuk 8 van de CETA. Die bevoegdheidsbeperking wordt onderstreept in artikel 8.18, lid 5, van de overeenkomst, waarin staat dat het CETA-Gerecht „geen uitspraak [doet] op verzoeken die buiten het toepassingsgebied van dit artikel vallen”. Bovendien blijkt uit de tekst van artikel 8.18, lid 1, van de CETA dat een investeerder zich slechts over een door de Unie of een lidstaat genomen maatregel kan beklagen wanneer hij weet aan te tonen dat die maatregel hem schade heeft berokkend. Hij kan een dergelijke maatregel niet in abstracto aanvechten.

121. Wat voorts het toepasselijke recht en de uitlegging daarvan betreft, bepaalt artikel 8.31, lid 1, van de CETA dat „[h]et [...] Gerecht [...] uitspraak [doet] met toepassing van deze overeenkomst zoals uitgelegd overeenkomstig het [op 23 mei 1969 te Wenen gesloten] Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht en andere regels en beginselen van internationaal recht die in de betrekkingen tussen de partijen bij de overeenkomst van toepassing zijn”.

122. Blijkens die bepaling past het CETA-Gerecht uitsluitend de CETA en andere in de betrekkingen tussen de overeenkomstsluitende partijen van toepassing zijnde regels en beginselen van internationaal recht toe, en is het dus niet bevoegd om de regels van het Unierecht¹⁰⁷ toe te passen. Het interne recht van de overeenkomstsluitende partijen behoort dus niet tot de rechtsnormen die van toepassing zijn op de geschillen waarin het CETA-Gerecht wordt verzocht uitspraak te doen.

123. Bovendien is het CETA-Gerecht volgens artikel 8.31, lid 2, van de CETA „niet bevoegd de wettigheid van een maatregel waarvan wordt gesteld dat hij een schending van deze overeenkomst vormt, te toetsen aan de interne wetgeving van een partij bij de overeenkomst”. Het CETA-Gerecht is met andere woorden niet bevoegd om zich uit te spreken over de rechtmatigheid van een door een lidstaat of de Unie genomen maatregel in het licht van, al naargelang het geval, het nationale recht van die staat of het Unierecht. Wegens die uitsluiting van bevoegdheid kan worden aangenomen dat het CETA-Gerecht geen afbreuk doet aan de aan de nationale rechterlijke instanties en de Unie toekomende bevoegdheid om de rechtmatigheid te toetsen van de rechtshandelingen die onderdeel zijn van de rechtsorden van de lidstaten respectievelijk van de rechtsorde van de Unie.¹⁰⁸

106 Met betrekking tot de uitbreiding, de uitvoering, de exploitatie, het beheer, het aanhouden, het gebruik, het genot en de verkoop of vervoer van de betrokken investering, en mits is voldaan aan de voorwaarden van artikel 8.18, lid 2, van de CETA.

107 Dat wil zeggen andere Unierechtelijke regels dan die welke zijn opgenomen in de CETA, aangezien deze overeenkomst zoals gezegd vanaf het moment van haar inwerkingtreding automatisch zal worden geïntegreerd in de rechtsorde van de Unie, waarvan zij net zoals de andere rechtsbronnen van de Unie deel zal uitmaken.

108 Zie daarentegen advies 1/09, waarin het Hof heeft laten meewegen dat het gerecht voor het Europees en het gemeenschapsrecht zou kunnen worden gevraagd de geldigheid van een handeling van de Unie te onderzoeken (punt 78).

124. Stellig heeft het Hof beklemtoond dat „[h]et gerechtelijk stelsel van de Unie wordt [...] gevormd door een volledig stelsel van beroepsmogelijkheden en procedures, dat bestemd is om het toezicht op de wettigheid van de handelingen van de instellingen te waarborgen”¹⁰⁹, maar het bij de CETA ingestelde geschillenbeslechtsmechanisme doet dus geen afbreuk aan dat stelsel, aangezien het niet bedoeld is om toezicht te houden op de rechtmatigheid van de handelingen van de Unie. Dit mechanisme is uitsluitend bestemd om door de overeenkomstsluitende partijen genomen maatregelen te toetsen op hun verenigbaarheid met de relevante bepalingen van de CETA, en om ervoor te zorgen dat benadeelde investeerders schadeloos worden gesteld ingeval een onverenigbaarheid wordt vastgesteld. Het monopolie van het toezicht op de rechtmatigheid van de handelingen van de Unie, dat door de Verdragen aan de rechterlijke instanties van de Unie wordt verleend, komt dus niet in gevaar.

125. Bij de uitoefening van zijn bevoegdheid om zich uit te spreken over de verenigbaarheid van een door een der overeenkomstsluitende partijen genomen maatregel met de CETA kan het CETA-Gerecht, zoals uit artikel 8.39, lid 1, van deze overeenkomst volgt, niet de nietigverklaring uitspreken van een maatregel die het in strijd acht met de bepalingen van hoofdstuk 8 van de CETA, noch gelasten dat die maatregel in overeenstemming wordt gebracht met die bepalingen.¹¹⁰ Volgens genoemde bepaling kan het CETA-Gerecht uitsluitend een financiële schadevergoeding toekennen dan wel, indien de verweerder daarmee akkoord gaat, de teruggave gelasten van de eigendom die een investeerder is ontnomen.¹¹¹ Het ICS sluit daarmee aan bij de praktijk van geschillenbeslechting via investeringsarbitrage, waarbij het met name om schadeloosstelling draait.

126. Zoals de Franse regering terecht opmerkt, is het CETA-Gerecht niet bevoegd om geschillen te beslechten tussen twee partijen die van mening verschillen over de geldigheid of uitlegging van een Unierechtelijke handeling, en dus al helemaal niet om de nietigverklaring van een dergelijke handeling uit te spreken of om te gelasten dat een dergelijke handeling in overeenstemming wordt gebracht met de bepalingen van de CETA. Het CETA-Gerecht zal integendeel uitsluitend bevoegd zijn om na te gaan of een bepaalde toepassing van het Unierecht in overeenstemming is met de CETA, net zoals het DSB slechts toetst of een bepaalde toepassing van dit recht zich verdraagt met de WTO-overeenkomsten.

127. Een van de waarborgen om te voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan het beginsel van de autonomie van de rechtsorde van de Unie, is dan ook dat de gevolgen die de uitspraken van het CETA-Gerecht kunnen hebben, beperkt zijn. Ik voeg hieraan toe dat die uitspraken volgens artikel 8.41, lid 1, van de CETA bindend zijn „voor de partijen bij het geschil en ten aanzien van de zaak waarin de uitspraak wordt gedaan”.

128. De interpretatieruimte waarover het CETA-Gerecht bij de uitoefening van die aldus afgebakende bevoegdheid beschikt, is eveneens begrensd.

109 Zie onder meer advies 1/09 (punt 70 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Volgens de rechtspraak van het Hof krijgt „[h]et toezicht op de wettigheid van de handelingen van de Unie dat het Hof overeenkomstig de Verdragen uitoefent, [...] gestalte in twee complementaire gerechtelijke procedures. Het VWEU heeft namelijk in de artikelen 263 en 277 enerzijds en artikel 267 anderzijds een volledig stelsel van rechtsmiddelen en procedures in het leven geroepen, waarbij aan de Unierechter het toezicht op de wettigheid van de handelingen van de Unie is opgedragen” [zie onder meer arrest van 28 maart 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punt 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak)].

110 Zie daarentegen advies 2/13 (punt 22), dat het scala aan maatregelen omschrijft die de verdragsluitende partijen moeten treffen teneinde zich te houden aan de eindspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”) in de zaken waarbij zij partij zijn, waaronder wijziging van hun nationale recht.

111 Zelfs in het tweede geval moet de verweerder de mogelijkheid worden geboden om in plaats van de eigendom terug te geven, een met de waarde van die eigendom overeenkomende schadevergoeding te betalen.

129. Wat het interne recht van elk der partijen bij de overeenkomst betreft, maakt artikel 8.31, lid 2, van de CETA namelijk duidelijk dat „bij de beoordeling of een maatregel in overeenstemming met deze overeenkomst is, [...] het Gerecht in voorkomend geval de interne wetgeving van een partij bij de overeenkomst als een feitelijk gegeven in aanmerking [kan] nemen”. Deze bepaling is illustratief voor de door de overeenkomstsluitende partijen gekozen benadering dat het CETA-Gerecht zich zo min mogelijk moet inlaten met uitlegging van hun interne recht en het dit recht in aanmerking moet nemen zoals het is.

130. Overigens is het naar mijn mening absoluut noodzakelijk dat het CETA-Gerecht het interne recht van de overeenkomstsluitende partijen „in aanmerking [kan] nemen”. Aan de nieuwe vrijhandelsovereenkomsten waarover de Unie heeft onderhandeld of momenteel aan het onderhandelen is, en meer bepaald aan de in die overeenkomsten opgenomen bepalingen inzake internationale investeringen, ligt immers de gedachte ten grondslag dat het evenwicht moet worden hersteld tussen de particuliere belangen van investeerders en de door de overeenkomstsluitende partijen verdedigde publieke belangen. Dit impliceert dat die partijen zich ter rechtvaardiging van de door hen genomen maatregel of het aan hen verweten gedrag voor het Gerecht kunnen beroepen op hun interne wetgeving, voor zover deze strekt tot bescherming van een algemeen belang. Als het CETA-Gerecht geen rekening kon houden met de in de interne wetgeving van de overeenkomstsluitende partijen opgenomen voorschriften, zou het niet in staat zijn legitieme doelstellingen van algemeen belang in aanmerking te nemen.

131. Over het aldus door de CETA tot uitdrukking gebrachte evenwicht wordt in punt 6, onder a), van het gezamenlijk uitleggingsinstrument gezegd dat de CETA „moderne investeringsvoorschriften [bevat] waardoor de overheden het recht behouden te reguleren in het algemeen belang, ook wanneer dergelijke regulering van invloed is op buitenlandse investeringen en waarbij wordt gezorgd voor een hoog niveau van investeringsbescherming en een eerlijke en transparante geschillenbeslechting”. In punt 6, onder b), van het gezamenlijk uitleggingsinstrument wordt daaraan toegevoegd dat „[d]e CETA verduidelijkt dat overheden hun wetgeving mogen wijzigen, ongeacht of hierdoor een investering of de winstverwachtingen van een investeerder ongunstig kunnen worden beïnvloed”.¹¹²

132. Deze gedachte wordt geconcretiseerd in artikel 8.9 van de CETA, dat onder het opschrift „Investerings- en regelgevingsmaatregelen” in lid 1 ervan bepaalt dat „[v]oor de toepassing van dit hoofdstuk [...] de partijen bij de overeenkomst hun recht [herbevestigen om] op hun respectieve grondgebied regelgeving vast te stellen ter verwezenlijking van legitieme beleidsdoelstellingen, zoals bescherming van de volksgezondheid, de veiligheid, het milieu of de openbare zeden, sociale of consumentenbescherming, of bevordering en bescherming van de culturele verscheidenheid”. Artikel 8.9, lid 2, van de CETA verduidelijkt dat het feit „dat een partij bij de overeenkomst, onder meer door een wijziging van haar wetgeving, regelgeving vaststelt op een wijze die een negatieve uitwerking op een investering heeft of ingrijpt in de verwachtingen van een investeerder, waaronder zijn winstverwachtingen, [...] op zich geen schending van een verplichting uit hoofde van deze afdeling [vormt]”.

133. Die bepalingen laten een evenwicht zien tussen de economische belangen van investeerders en het soevereine recht van staten om in het algemeen belang regelgeving vast te stellen. De economische noodzaak van bevordering en bescherming van investeringen wordt daarmee afgewogen tegen de bescherming van doelstellingen van algemeen belang.

¹¹² Zie ook punt 2 van het gezamenlijk uitleggingsinstrument, waarin staat dat „[d]e CETA [...] geen afbreuk [doet] aan het vermogen van de [...] Unie en haar lidstaten en Canada om hun eigen wet- en regelgeving ter regulering van de economische activiteit in het algemeen belang vast te stellen en ten uitvoer te leggen, of om legitieme doelen van het overheidsbeleid te verwezenlijken [...]”.

134. Het CETA-Gerecht mag weliswaar het interne recht van de overeenkomstsluitende partijen in aanmerking nemen, maar dit mag niet ertoe leiden dat dit recht wordt gewijzigd: het interne recht moet in aanmerking worden genomen zoals het is. Dit is de betekenis van de regel dat het CETA-Gerecht het interne recht van een partij slechts „als een feitelijk gegeven” in aanmerking kan nemen. In dit verband moet worden beklemtoond dat de internationale rechterlijke instanties die moeten beoordelen of een staat de uit een internationaal verdrag voortvloeiende verplichtingen is nagekomen, en die daartoe het recht van die staat moeten onderzoeken, dat nationale recht van oudsher als een feitelijk gegeven beschouwen.¹¹³

135. Het CETA-Gerecht kan de interne rechtsregels van de overeenkomstsluitende partijen dus als feitelijke gegevens in aanmerking nemen bij zijn beoordeling of de gedraging of maatregel die het voorwerp is van het geschil, met de CETA in overeenstemming is.¹¹⁴

136. Artikel 8.31, lid 2, van de voorgenomen overeenkomst bevat bovendien nog een andere restrictie om te voorkomen dat het CETA-Gerecht het interne recht gaat uitleggen. Wanneer het Gerecht het interne recht van een partij als een feitelijk gegeven in aanmerking neemt, moet het volgens die bepaling namelijk „de heersende uitlegging van de interne wetgeving door de rechterlijke instanties of de autoriteiten van die partij bij de overeenkomst [volgen], en de rechterlijke instanties of de autoriteiten van die partij bij de overeenkomst zijn niet gebonden aan de uitlegging die het Gerecht aan de interne wetgeving geeft”. Het CETA-Gerecht kan dus geen bindende uitlegging van het Unierecht verstrekken.

137. Hoewel het zonder meer denkbaar is dat het Gerecht voor de uitoefening van zijn toezicht moet overgaan tot een zekere uitlegging van het Unierecht, bijvoorbeeld wanneer het de reikwijdte van het gehekelde gedrag moet bepalen, is het op grond van artikel 8.31, lid 2, van de CETA dus verplicht om de uitlegging te volgen die het Hof in voorkomend geval aan het Unierecht zal hebben gegeven, terwijl het Hof hoe dan ook in geen enkel opzicht gebonden zou zijn aan de eventueel door het CETA-Gerecht aan dit recht gegeven uitlegging. Een eventuele uitlegging van het interne recht door het CETA-Gerecht zou dus niet tot gevolg hebben dat de autoriteiten en rechterlijke instanties van de verwerende partij daaraan zijn gebonden.

138. Uit het voorgaande volgt dat het CETA-Gerecht gebonden is aan de door het Hof aan het Unierecht gegeven uitlegging, die het volgens artikel 8.31, lid 2, van de CETA moet volgen, terwijl noch het Hof, noch de instellingen van de Unie, noch de nationale rechterlijke instanties of autoriteiten gebonden zijn aan een eventuele uitlegging van het Unierecht door het CETA-Gerecht.

139. Artikel 8.31, lid 2, van de CETA garandeert dus dat het CETA-Gerecht slechts tot uitlegging van het Unierecht kan overgaan indien elke aanwijzing dienaangaande in de rechtsorde van de Unie ontbreekt, alsook dat een eventuele uitlegging van het Unierecht door dit Gerecht slechts betekenis heeft voor de beslechting van het aan deze instantie voorgelegde geschil, aangezien noch de autoriteiten, noch de rechterlijke instanties van de Unie aan die uitlegging zijn gebonden.

¹¹³ De theorie dat het interne recht van een staat volkenrechtelijk gezien slechts een feit is, vindt haar oorsprong in de internationale rechtspraak. Zo heeft het Permanente Hof van Internationale Justitie verklaard dat „[u]it het oogpunt van het volkenrecht en het Permanente Hof nationale wetten, net zoals rechterlijke beslissingen of bestuursmaatregelen, louter feiten zijn die de wil en de activiteiten van de staten uitdrukken” [arrest van 25 mei 1926, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (Fond), CPJI, serie A, nr. 7, blz. 17]. Zie in dit verband Santulli, C., *Le statut international de l'ordre juridique étatique – Étude du traitement du droit interne par le droit international*, éditions Pedone, Parijs, 2001, blz. 259 e.v. Zie ook voor een verwijzing naar dit beginsel in de rechtspraak van het Internationaal Gerechtshof, arrest van 12 juli 2005 in de zaak betreffende het grensgeschil tussen Benin en Niger (ICJ Reports 2005, blz. 90, § 28).

¹¹⁴ Zie in dit verband Nouvel, Y., *Commentaire de l'arrêt Achmea*, *Journal du Droit International (Clunet)*, LexisNexis, Parijs, nr. 3, juli 2018, commentaar 14, blz. 903, die opmerkt dat uit artikel 8.31, lid 2, van de CETA volgt dat „het niet de taak van het CETA-Gerecht is om te beslissen op basis van het Unierecht, oftewel om aan de rechtsregel de daarmee beoogde gevolgen te verbinden; het is de arbiters daarentegen wel toegestaan om de Europese rechtsregel als feitelijk gegeven in aanmerking te nemen, voor zover dat relevant is. Het scheidsgerecht kan in de uitoefening van zijn rechtsprekende taak ertoe worden gebracht kennis te nemen van een bepaalde stand van het Europese recht, die dan tot de feiten van de zaak behoort en waarvan het de consistentie zal trachten vast te stellen als een relevant feitelijk gegeven”.

140. Artikel 8.31, lid 2, van de CETA bevat daarmee voldoende waarborgen om te voorkomen dat het CETA-Gerecht kan voorschrijven hoe het Unierecht in de rechtsorde van de Unie moet worden uitgelegd. In zoverre komen de wezenlijke taken van het Hof niet in het gedrang. In het bijzonder doet het bij afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA ingestelde geschillenbeslechtsmechanisme geen afbreuk aan de bevoegdheid van het Hof om een definitieve en bindende uitlegging van het Unierecht te verstrekken.

141. Genoemde bepaling laat zien dat rekening is gehouden met de rechtspraak van het Hof volgens welke de organen waaraan een door de Unie gesloten overeenkomst beslissingsbevoegdheid heeft toegekend, „de Unie en haar instellingen [niet moeten kunnen voorschrijven] om bij de uitoefening van hun interne bevoegdheden de regels van Unierecht op een bepaalde wijze uit te leggen”.¹¹⁵

142. Het is juist dat het Hof in advies 2/13 heeft opgemerkt dat „[o]ver de uitlegging van een bepaling van Unierecht, daaronder begrepen bepalingen van afgeleid recht, [...] in beginsel uitspraak [moet] worden gedaan door het Hof wanneer deze bepaling voor meerdere plausibele interpretaties vatbaar is”.¹¹⁶ Het Hof heeft vervolgd dat „[i]ndien het [...] geen definitieve uitlegging van het afgeleide recht zou mogen verstrekken en het EHRM bij het onderzoek naar de verenigbaarheid van dat recht met het EVRM zelf op basis van de verschillende plausibele opties een bepaalde uitlegging zou moeten verstrekken, [...] *het beginsel dat het Hof bij uitsluiting bevoegd is om een definitieve uitlegging van het Unierecht te verstrekken* ontegenzeggelijk [zou] worden geschonden”.¹¹⁷ Aan dat beginsel wordt in casu echter geen afbreuk gedaan, aangezien de autoriteiten en de rechterlijke instanties van de Unie niet aan een eventuele uitlegging van het Unierecht door het CETA-Gerecht – voor zover al mogelijk – zouden zijn gebonden.

143. Daaraan doet niet af dat, zoals ik reeds heb opgemerkt, een uitspraak van het CETA-Gerecht ingevolge artikel 8.41, lid 1, van de CETA bindend zal zijn voor de partijen bij het geschil en ten aanzien van de zaak waarin de uitspraak wordt gedaan. Ook indien het CETA-Gerecht bij gebreke van een uitlegging waarmee het rekening zou moeten houden, genoodzaakt zou zijn om zelf het Unierecht uit te leggen, zou het Hof bevoegd blijven om een definitieve uitlegging van dit recht te verstrekken. De uitspraak van het CETA-Gerecht zal slechts bindend zijn voor de partijen bij het geschil in het kader van die zaak. Mocht het Hof een door het CETA-Gerecht aan het Unierecht gegeven uitlegging onjuist achten, dan zal het die uitlegging terzijde mogen stellen en mogen uitgaan van de uitlegging die het zelf het meest passend acht, zonder dat dit een schending van internationale verplichtingen door de Unie zou opleveren.

144. De interpretatieruimte van het Gerecht wordt verder begrensd door de aan de overeenkomstsluitende partijen geboden mogelijkheid om „bindende interpretatienota's op te stellen”, bedoeld om „eventuele onjuiste interpretaties van de CETA door rechtbanken te voorkomen en te corrigeren”.¹¹⁸

¹¹⁵ Zie onder meer advies 2/13 (punt 184 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

¹¹⁶ Zie advies 2/13 (punt 245).

¹¹⁷ Zie advies 2/13 (punt 246, cursivering van mij).

¹¹⁸ Zie punt 6, onder e), van het gezamenlijk uitleggingsinstrument.

145. Zo bepaalt artikel 8.31, lid 3, van de CETA dat „[w]anneer ernstige bezorgdheid rijst over uitleggingskwesties die gevolgen voor investeringen kunnen hebben, [...] het Comité voor diensten en investeringen overeenkomstig artikel 8.44, lid 3, onder a), het Gemengd Comité voor de CETA [kan] aanbevelen uitleggingen van deze overeenkomst te geven. Een door het Gemengd Comité voor de CETA gegeven uitlegging is bindend voor het krachtens deze afdeling ingestelde Gerecht. Het Gemengd Comité voor de CETA kan beslissen dat een uitlegging met ingang van een specifieke datum bindend karakter heeft.”¹¹⁹

146. Tevens moet worden gepreciseerd dat volgens artikel 26.3, lid 3, van de CETA „[h]et Gemengd Comité voor de CETA [...] zijn besluiten en aanbevelingen [vaststelt] in onderlinge overeenstemming”. Naar analogie van hetgeen het Hof in advies 1/00 heeft opgemerkt, wijs ik erop dat een dergelijke wijze van besluitvorming voor de Unie een garantie vormt dat haar in haar relaties met de lidstaten of de onderdanen van de lidstaten geen uitlegging kan worden voorgeschreven die ingaat tegen de rechtspraak van het Hof.¹²⁰ Overigens staat de tekst van de CETA niet eraan in de weg dat het door de Unie binnen het Gemengd Comité ingenomen standpunt eventueel aan het Hof wordt voorgelegd via de in het VWEU geregelde procedures.¹²¹

147. Bovendien moet worden beklemtoond dat er luidens artikel 8.28, lid 1, van de CETA „een Beroepsinstantie [wordt] ingesteld, die is belast met de toetsing van de uit hoofde van deze afdeling gedane uitspraken”. Volgens artikel 8.28, lid 7, van de CETA dient het Gemengd Comité voor de CETA „onverwijld een besluit inzake de [in dezelfde bepaling genoemde] administratieve en organisatorische aangelegenheden met betrekking tot de werking van de Beroepsinstantie” te nemen.

148. Het bestaan van de Beroepsinstantie vormt een extra waarborg dat bij de in het kader van het geschillenbeslechtsmechanisme van afdeling F van hoofdstuk 8 gedane uitspraken geen onjuiste betekenis zal worden toegekend aan het als feitelijk gegeven in aanmerking genomen Unierecht. Volgens artikel 8.28, lid 2, onder b), van de CETA zal de Beroepsinstantie een uitspraak van het Gerecht namelijk ook op grond van „kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten, met inbegrip van kennelijk onjuiste beoordeling van de desbetreffende interne wetgeving” kunnen wijzigen of vernietigen. Een eventuele onjuiste beoordeling van het Unierecht door het CETA-Gerecht zal dus nog kunnen worden rechtgezet in het kader van de toetsing van de uitspraken van het Gerecht door de Beroepsinstantie.

149. Op grond van artikel 8.28, lid 2, onder b), van de CETA dient de partij die in hoger beroep opkomt tegen de wijze waarop het Gerecht de relevante interne wetgeving heeft beoordeeld, om te voldoen aan de voorwaarde van het bewijs van een kennelijke onjuistheid dus aan te tonen dat het Gerecht is uitgegaan van overwegingen die kennelijk tegen de inhoud van de bepalingen van de betrokken interne wetgeving indruisen of dat het aan die wetgeving een strekking heeft toegekend die daaraan kennelijk niet toekomt.

150. Dat de toetsing in hoger beroep beperkt is tot de vraag of de feiten kennelijk onjuist zijn beoordeeld, is in overeenstemming met het uitgangspunt dat het Gerecht de interne wetgeving van de overeenkomstsluitende partijen zo min mogelijk moet uitleggen. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep moet dus worden vermeden dat de discussie gaat over de betekenis van die interne wetgeving.

¹¹⁹ Zie ook artikel 26.1, lid 5, onder e), van de CETA, waarin staat dat het Gemengd Comité voor de CETA „interpretaties [...] van de bepalingen van deze overeenkomst [kan aannemen], die bindend zijn voor de gerechten die zijn ingesteld krachtens afdeling F van hoofdstuk acht (Beslechting van investeringsgeschillen tussen investeerders en staten) en hoofdstuk negentwintig (Geschillenbeslechting)”. Volgens artikel 26.1, lid 1, van de CETA bestaat het Gemengd Comité uit vertegenwoordigers van de Unie en van Canada.

¹²⁰ Zie advies 1/00 (punt 40).

¹²¹ Zie naar analogie advies 1/00 (punt 39).

151. Opgemerkt moet worden dat die in artikel 8.28, lid 2, onder b), van de CETA voorziene toetsing in hoger beroep overeenkomt met de bevoegdheid van het Hof in hogere voorziening. In dit verband herinner ik eraan dat uit vaste rechtspraak van het Hof volgt dat „het Hof in hogere voorziening enkel bevoegd is te onderzoeken of het nationale recht onjuist is opgevat, hetgeen duidelijk moet blijken uit de stukken van het dossier”.¹²²

152. De toetsing door de Beroepsinstantie dient echter slechts tot kennelijke onjuistheden beperkt te blijven in de – naar mag worden aangenomen vrij zeldzame – situatie waarin de rechtsorde van de Unie geen enkele aanwijzing bevat met betrekking tot de uitlegging die aan een Unierechtelijke bepaling moet worden gegeven.

153. Indien daarentegen wordt aangetoond dat het CETA-Gerecht is afgeweken van een bestaande uitlegging van het Unierecht, zou zijn beoordeling naar mijn mening overeenkomstig artikel 8.28, lid 2, onder a), van de CETA kunnen worden afgekeurd op grond van het bewijs van een eenvoudige onjuiste rechtsopvatting, aangezien dan zou kunnen worden geoordeeld dat het Gerecht artikel 8.31, lid 2, van de CETA, waarin zijn bevoegdheid wordt afgebakend, heeft geschonden.

154. Zoals gezegd volgt immers uit artikel 8.31, lid 2, van de CETA dat het Gerecht, wanneer het de interne wetgeving van een partij als feitelijk gegeven in aanmerking neemt, de heersende uitlegging van die wetgeving door de rechterlijke instanties of de autoriteiten van die partij dient te volgen. Dit betekent naar mijn mening dat wanneer het Gerecht een eigen uitlegging aan het Unierecht zou geven, zonder daarbij rekening te houden met de door de instellingen of de rechterlijke instanties van de Unie aan dit recht gegeven uitlegging, terwijl het volgens genoemde bepaling verplicht is de heersende uitlegging van dit recht te volgen, die schending van deze bepaling als een onjuiste toepassing van het toepasselijke recht in de zin van artikel 8.28, lid 2, onder a), van de CETA zou moeten worden beschouwd. De niet-naleving van die verplichting zou met andere woorden kunnen worden aangemerkt als een onjuiste rechtsopvatting, die niet overduidelijk in de zin van artikel 8.28, lid 2, onder b), van de CETA hoeft te zijn om te kunnen worden vastgesteld.

155. Uit het voorgaande volgt dat het CETA-Gerecht bevoegd is om de CETA uit te leggen en toe te passen en dat het wegens deze nauwkeurig afgebakende bevoegdheid geen afbreuk kan doen aan de doelstelling van eenheid van uitlegging van het Unierecht of aan de functie van toezichthouder op de rechtmatigheid van de handelingen van de instellingen, die de rechterlijke instanties van de Unie moeten uitoefenen.

156. Gelet op de waarborgen waarmee de invoering van het geschillenbeslechtsmechanisme van afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA is omgeven, ben ik van mening dat de Unie zich kan onderwerpen aan een externe controle op de inachtneming van de in deze overeenkomst vastgelegde standaarden voor de bescherming van investeringen, zonder dat de autonomie van de rechtsorde van de Unie daardoor wordt aangetast.

157. Voorts moet erop worden gewezen dat de CETA, zoals verschillende interveniënten in deze procedure hebben opgemerkt, niet vergelijkbaar is met het ontwerpakkoord tot instelling van een Europese Economische Ruimte (EER), in de versie die is besproken in advies 1/91 (EER-Overeenkomst – I) van 14 december 1991¹²³, noch met de ontwerpovereenkomst betreffende de totstandbrenging van een gemeenschappelijke Europese luchtvaartruimte (ECAA-overeenkomst), die aan de orde was in advies 1/00¹²⁴. De afdelingen C en D van hoofdstuk 8 van de CETA hebben immers tot doel noch tot gevolg dat het acquis van de Unie wordt uitgebreid tot Canada doordat Unierechtelijke bepalingen worden overgenomen. Hoewel er zeker inhoudelijke overlappingsen zijn met de investeringsbescherming waarin het interne recht van de Unie voorziet, kunnen de in de

¹²² Zie onder meer arrest van 20 december 2017, Spanje/Commissie (C-81/16 P, EU:C:2017:1003, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

¹²³ EU:C:1991:490 (punten 4 en 5, alsmede punten 41 en 42; hierna: „advies 1/91”).

¹²⁴ Zie advies 1/00 (punt 3).

afdelingen C en D van hoofdstuk 8 van de CETA opgenomen regels niet als „identiek” worden aangemerkt. Die regels weerspiegelen de gebruikelijke standaarden voor internationale investeringsbescherming, zij het dat deze zijn verduidelijkt en aangescherpt. De CETA bevat evenmin een verplichting om een eenvormige uitlegging te verzekeren van de in deze overeenkomst opgenomen beschermingsnormen en die waarin het interne recht van de partijen voorziet.¹²⁵ In zoverre bestaat er dus geen gevaar dat de uitlegging van de afdelingen C en D van hoofdstuk 8 van de CETA door het Gerecht gevolgen heeft voor de uitlegging van het interne recht van de Unie, wat het Hof in advies 1/91 onverenigbaar heeft geacht met het beginsel van de autonomie van de rechtsorde van de Unie.¹²⁶

158. Hoe dan ook is van belang dat wegens de hierboven door mij genoemde waarborgen het door de CETA ingevoerde mechanisme zelfs voor inhoudelijk identieke beschermingsnormen niet tot gevolg heeft dat de Unie en haar instellingen bij de uitoefening van hun interne bevoegdheden een bepaalde uitlegging wordt voorgeschreven van de regels van Unierecht die vergelijkbaar zijn met de in deze overeenkomst opgenomen regels, aangezien beide categorieën regels formeel verschillend zijn en hun eigen uitlegging kunnen behouden.¹²⁷

159. De in de CETA opgenomen bepalingen inzake het CETA-Gerecht moeten ook worden onderscheiden van de bepalingen van het ontwerpakkoord inzake de toetreding van de Unie tot het EVRM, dat is besproken in advies 2/13. In dat advies heeft het Hof verschillende redenen genoemd waarom de voorgenomen overeenkomst de autonomie van de rechtsorde van de Unie in gevaar bracht, waaronder met name de omstandigheid dat die overeenkomst gevolgen kon hebben voor de onderlinge betrekkingen tussen de Unie en haar lidstaten, alsook voor de verdeling van de bevoegdheden tussen de Unie en haar lidstaten.

160. Het CETA-Gerecht is echter volstrekt niet bevoegd om zich uit te spreken over de onderlinge betrekkingen tussen de Unie en haar lidstaten, noch over die tussen de lidstaten zelf of tussen investeerders uit een lidstaat en de overige lidstaten. In zoverre verschilt het CETA-Gerecht van de rechterlijke instanties waarover het Hof in de adviezen 1/09 en 2/13 zijn licht heeft laten schijnen: waar zowel het gerecht voor het Europees en het gemeenschapsrecht als het EHRM bevoegd zou zijn geweest om uitspraak te doen in geschillen binnen de Unie indien de Unie de voorgenomen overeenkomst had gesloten, geldt dit niet voor het CETA-Gerecht, dat slechts kennis kan nemen van geschillen tussen investeerders van een overeenkomstsluitende partij en de andere overeenkomstsluitende partij.

161. Het CETA-Gerecht is evenmin bevoegd om zich uit te spreken over de verdeling van de bevoegdheden tussen de Unie en haar lidstaten. De CETA bevat in artikel 8.21 namelijk een regeling ter bepaling van de verweerder in het geval van een door een Canadese investeerder aangevraagd gemaakte procedure, zulks onverminderd verordening (EU) nr. 912/2014 tot vaststelling van een kader voor het regelen van de financiële verantwoordelijkheid in verband met scheidsgerichten voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten die zijn ingesteld bij internationale overeenkomsten waarbij de Europese Unie partij is¹²⁸. Zo bepaalt artikel 8.21, lid 1, van de CETA dat in het geval van een vermeende schending van deze overeenkomst door de Unie of door een lidstaat de investeerder die voornemens is een verzoek overeenkomstig artikel 8.23 in te dienen, „aan de [...]

125 Anders dan het geval was bij het ontwerpakkoord tot instelling van een Europese Economische Ruimte, zoals besproken in advies 1/91 (punten 8, 9 en 43). Zie ook met betrekking tot de ECAA-overeenkomst advies 1/00 (punten 4, 5 en 10).

126 In dit verband herinner ik eraan dat het Hof in wezen heeft geoordeeld dat aan de autonomie van de rechtsorde van de Unie afbreuk wordt gedaan door een overeenkomst die een andere rechterlijke instantie dan het Hof bevoegd verklaart om haar bepalingen uit te leggen, hoewel zij een wezenlijk deel overneemt van de regels – inclusief die van het afgeleide recht – die de economische en handelsbetrekkingen binnen de Unie beheersen en die voor het merendeel fundamentele bepalingen van de rechtsorde van de Unie vormen, met als gevolg dat in de rechtsorde van de Unie een omvangrijk geheel van rechtsregels wordt ingevoegd, dat naast een groep van gelijklopende Unieregels komt te staan [zie advies 1/91 (punten 41 en 42)].

127 Zie advies 1/00 (punt 41).

128 PB 2014, L 257, blz. 121.

Unie een mededeling houdende verzoek om bepaling van de verweerder [zendt]”. De Unie bepaalt dan of zijzelf dan wel een van haar lidstaten als verweerder zal optreden, en stelt de investeerder daarvan in kennis.¹²⁹ Indien de investeerder niet van de bepaling van de verweerder in kennis is gesteld binnen vijftig dagen na toezending van zijn mededeling houdende verzoek om bepaling van de verweerder, en het bij de in de mededeling aangegeven maatregelen uitsluitend om maatregelen van een lidstaat gaat, dan is deze lidstaat de verweerder.¹³⁰ Het CETA-Gerecht is gebonden aan de bepaling van de verweerder overeenkomstig het derde of het vierde lid van artikel 8.21 van de CETA.¹³¹

162. De regels aan de hand waarvan kan worden bepaald of de Unie dan wel de betrokken lidstaat als verweerder moet optreden, zijn opgenomen in verordening nr. 912/2014. De door de Commissie genomen besluiten zijn uitvoeringshandelingen. Het gaat daarbij dus om handelingen die door de rechterlijke instanties van de Unie op hun rechtmatigheid kunnen worden getoetst. Zoals de Raad terecht opmerkt, blijft het Hof dus de instantie die het laatste woord heeft als het gaat om de vraag wie als verweerder dient op te treden.

163. Gelet op een en ander verschilt de onderhavige zaak van advies 2/13, waarin het Hof heeft geoordeeld dat de in de voorgenomen overeenkomst vastgestelde regels inzake de werking van het co-respondentmechanisme niet waarborgden dat de specifieke kenmerken van de Unie en van het Unierecht in stand werden gehouden. Die regels deden namelijk afbreuk aan de exclusieve bevoegdheid van het Hof om zich uit te spreken over de verdeling van de bevoegdheden tussen de Unie en haar lidstaten.¹³²

164. Nu het CETA-Gerecht wegens de in artikel 8.21 van de CETA opgenomen bepalingen niet bevoegd is om zich uit te spreken over de verdeling van de bevoegdheden tussen de Unie en haar lidstaten, kan de CETA in zoverre dus niet worden geacht afbreuk te doen aan de autonomie van de rechtsorde van de Unie.

7. Het ICS heeft geen gevolgen voor de aan de nationale rechter opgedragen taak om de effectieve toepassing van het Unierecht te verzekeren

165. Afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA voert een mechanisme in dat men als „semi-rechterlijk” zou kunnen kwalificeren – in die zin dat het in bepaalde opzichten nog het stempel draagt van de voor investeringsarbitrage geldende regels – en dat in hoofdzaak bestemd is voor de beslechting van geschillen over de uitlegging of de toepassing van in de betrokken internationale overeenkomst zelf neergelegde bepalingen. Bovendien vormt dit mechanisme een alternatieve wijze van beslechting van investeringsgeschillen die betrekking hebben op de toepassing van de CETA, zodat het geen afbreuk doet aan de bevoegdheden van de rechterlijke instanties van de lidstaten op het gebied van de uitlegging en de toepassing van het recht van de Unie, noch aan de mogelijkheid, zo niet de verplichting van deze laatste om het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken, en aan de bevoegdheid van het Hof om de door genoemde rechterlijke instanties gestelde vragen te beantwoorden.¹³³

129 Zie artikel 8.21, lid 3, van de CETA.

130 Zie artikel 8.21, lid 4, van de CETA.

131 Zie artikel 8.21, lid 7, van de CETA.

132 Zie advies 2/13 (punten 215-235). De CETA verschilt op dit punt ook van de overeenkomst die heeft geleid tot advies 1/91 (punten 30-36).

133 Zie in dit verband advies 1/09 (punt 77).

166. Hoewel het CETA-Gerecht net zoals het in advies 1/09 besproken gerecht voor het Europees en het gemeenschapsoctrooi buiten het institutionele en gerechtelijke kader van de Unie valt, heeft het, anders dan bij dat gerecht het geval was voor een groot aantal beroepen van particulieren op het gebied van het gemeenschapsoctrooi¹³⁴, geen exclusieve bevoegdheid toegekend gekregen om beroepen van buitenlandse investeerders op het gebied van investeringsbescherming te behandelen, noch om het recht van de Unie op dat gebied uit te leggen en toe te passen.

167. Zoals de Commissie in haar opmerkingen terecht stelt, heeft het CETA-Gerecht uitsluitend tot taak de bepalingen van de CETA toe te passen, en niet het interne recht van de Unie. De CETA zorgt voor aanvullende internationaalrechtelijke bescherming en voorziet in een specifiek mechanisme dat investeerders van de andere partij in staat stelt zich op die bescherming te beroepen. Deze overeenkomst beperkt echter niet de materiële rechten die buitenlandse investeerders ontlenen aan het interne recht van de Unie. Zij leidt evenmin tot een beperking van de bevoegdheid van het Hof of van de rechterlijke instanties van de lidstaten om kennis te nemen van vorderingen die worden ingesteld ter bescherming van dergelijke door het interne recht van de Unie verleende rechten.

168. De invoering van het ICS maakt het voor buitenlandse investeerders dus niet onmogelijk om zich met het oog op de bescherming van hun investeringen tot de rechterlijke instanties van de overeenkomstsluitende partijen te wenden, opdat ten aanzien van hen het interne recht van die partijen wordt toegepast¹³⁵. Ik breng in dit verband in herinnering dat buitenlandse investeerders in dat geval wegens het ontbreken van rechtstreekse werking van de CETA voor de rechterlijke instanties van de overeenkomstsluitende partijen niet rechtstreeks schending van deze overeenkomst zullen kunnen aanvoeren, maar zich uitsluitend op het interne recht van die partijen zullen kunnen beroepen, vooropgesteld uiteraard dat dit in passende beschermingsnormen voorziet. Afgezien van het feit dat de twee soorten vorderingen dus niet dezelfde rechtsgrondslag hebben, hebben zij ook niet noodzakelijkerwijs hetzelfde voorwerp. Anders dan het geval is in een procedure bij het CETA-Gerecht, kan immers in procedures bij de rechterlijke instanties van de overeenkomstsluitende partijen behalve schadevergoeding ook nietigverklaring van een internrechtelijke maatregel worden gevorderd. Er is dus sprake van twee rechtsgangen die naast elkaar bestaan, maar niet onderling substitueerbaar zijn.

169. De overeenkomstsluitende partijen hebben regels vastgesteld die de keuzemogelijkheid voor buitenlandse investeerders inperken.

170. In artikel 8.22 van de CETA („Procedurele en andere vereisten voor indiening van verzoek bij Gerecht”) is bepaald:

„1. Een investeerder kan uitsluitend een verzoek overeenkomstig artikel 8.23 indienen indien:

[...]

- f) hij afstand van instantie doet in het kader van naar intern of internationaal recht voor een rechterlijke instantie aanhangige procedures met betrekking tot een maatregel waarvan wordt gesteld dat die een in zijn verzoek bedoelde schending vormt; en
- g) hij afstand doet van zijn recht om naar intern of internationaal recht bij een rechterlijke instantie een vordering in te stellen of een procedure aanhangig te maken met betrekking tot een maatregel waarvan wordt gesteld dat die een in zijn verzoek bedoelde schending vormt.”

¹³⁴ Advies 1/09 (punt 89).

¹³⁵ In advies 2/15 heeft het Hof in dit verband opgemerkt dat het daarbij gaat om een „mogelijkheid waarvan de investeerder als eiser naar eigen discretie gebruik kan maken” (punt 290).

171. Die bepalingen laten zien dat het CETA-Gerecht slechts een alternatieve bevoegdheid toebedeeld krijgt. Zoals in punt 6, onder a), van het gezamenlijk uitleggingsinstrument wordt gepreciseerd, bevordert de CETA dus „niet dat een beroep wordt gedaan op [het] door de overeenkomst ingevoerde [ICS]. In plaats daarvan kunnen investeerders de rechtsmiddelen aanwenden die hun voor de binnenlandse rechtbanken ter beschikking staan”. Bovendien zou de onmogelijkheid om parallel aan of na de indiening van een verzoek bij het CETA-Gerecht een procedure te voeren voor de rechterlijke instanties van de overeenkomstsluitende partijen, investeerders ertoe kunnen aanzetten om zich eerst tot die rechterlijke instanties te wenden. Hoewel uitputting van de interne rechtsmiddelen geen voorwaarde is om de gang naar het CETA-Gerecht te kunnen maken, vormen die bepalingen dus een aansporing om eerst de interne rechtswegen te bewandelen.

172. Gelet op een en ander moet worden vastgesteld dat de rechterlijke instanties van de lidstaten weliswaar wegens het ontbreken van rechtstreekse werking van de CETA niet tot taak hebben deze overeenkomst toe te passen, maar dat dit nog niet betekent dat hun de hoedanigheid van rechters van „gemeen recht” van de rechtsorde van de Unie en daarmee ook hun rol in het kader van eventuele prejudiciële verwijzingen wordt ontnomen. Bovendien blijft het Hof bevoegd om prejudiciële beslissingen te geven in antwoord op de door die rechterlijke instanties gestelde vragen. Er kan dus niet worden vastgesteld dat de door de Verdragen aan de instellingen van de Unie en aan de lidstaten verleende bevoegdheden, die essentieel zijn voor het behoud van de aard van het recht van de Unie, van karakter veranderen.¹³⁶

8. *Overeenstemming met de doelstellingen van het externe optreden van de Unie*

173. Naar mijn mening moet bij het onderzoek of afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA zich verdraagt met het beginsel van de autonomie van het recht van de Unie, rekening worden gehouden met de noodzaak om het vermogen van de Unie om een bijdrage te leveren aan de verwezenlijking van de beginselen en doelstellingen van haar externe optreden, intact te laten.

174. Zoals de Slowaakse regering ter terechtzitting terecht heeft opgemerkt, zou het Hof aan het beginsel van de autonomie van het recht van de Unie een zodanige invulling moeten geven dat niet alleen de specifieke kenmerken van het recht van de Unie behouden kunnen blijven, maar tegelijkertijd de Unie de mogelijkheid wordt geboden een rol te spelen bij de ontwikkeling van het internationaal recht en van een op regels gebaseerde internationale rechtsorde.

175. De in afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA opgenomen bepalingen maken het naar mijn mening mogelijk een evenwicht te bereiken tussen het behoud van de specifieke constitutionele structuur van de Unie en de ontwikkeling van het externe optreden van de Unie.

176. Artikel 3, lid 5, VEU bepaalt dat de Unie „[i]n de betrekkingen met de rest van de wereld [...] haar waarden en belangen [handhaaft] en [...] zich ervoor [inzet], en [bijdraagt] [...] tot de bescherming van haar burgers. Zij draagt bij tot de [...] duurzame ontwikkeling van de aarde, [...] de vrije en eerlijke handel, [...] alsook tot de strikte eerbiediging en ontwikkeling van het internationaal recht”. Deze laatste doelstelling impliceert logischerwijs dat de Unie initiatieven en controlemechanismen moet bevorderen die de doeltreffendheid van de internationale verdragen waarbij zij partij is, versterken.¹³⁷

¹³⁶ Advies 1/09 (punt 89).

¹³⁷ Zie in dit verband De Witte, B., „A selfish Court? The Court of justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union”, *The European Court of Justice and external relations law: constitutional challenges*, Hart Publishing, Oxford, 2014, blz. 33-46, met name blz. 34.

177. Het internationale optreden van de Unie moet volgens artikel 21, lid 2, VEU gericht zijn op een „hoge mate van samenwerking op alle gebieden van de internationale betrekkingen”, onder meer door „consolidering en ondersteuning van de democratie, de rechtsstaat [...] en de beginselen van het internationaal recht”¹³⁸, door „de integratie van alle landen in de wereldeconomie, onder meer door het geleidelijk wegwerken van belemmeringen voor de internationale handel”¹³⁹, door „het leveren van een bijdrage tot het uitwerken van internationale maatregelen [...] teneinde duurzame ontwikkeling te waarborgen”¹⁴⁰, en door „het bevorderen van een internationaal bestel dat gebaseerd is op intensievere multilaterale samenwerking, en van goed mondiaal bestuur”¹⁴¹. Volgens artikel 207, lid 1, VWEU wordt „[d]e gemeenschappelijke handelspolitiek [...] gevoerd in het kader van de beginselen en doelstellingen van het externe optreden van de Unie”.

178. Hoofdstuk 8 van de CETA past naar mijn mening volledig binnen die doelstellingen: het combineert regels ter bescherming van investeringen, die bijdragen tot de rechtszekerheid van investeerders en tot de ontwikkeling van het handelsverkeer tussen de Unie en Canada¹⁴², en een specifiek geschillenbeslechtsmechanisme met de uitdrukkelijke bevestiging van het recht van de overeenkomstsluitende partijen om regelgeving vast te stellen ter verwezenlijking van legitieme doelstellingen van algemeen belang, bijvoorbeeld op het gebied van de volksgezondheid, de veiligheid, het milieu of de sociale bescherming.

9. De invoering van een mechanisme van voorafgaande beoordeling door het Hof is niet noodzakelijk en de uitspraken hoeven door de rechterlijke instanties van de lidstaten niet ten volle te kunnen worden getoetst

179. Ik herinner eraan dat de gedachte achter een geschillenbeslechtsmechanisme als dat van afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA is dat hiermee wordt verzekerd dat geschillen tussen investeerders en staten op neutrale wijze en onafhankelijk van de rechterlijke systemen van de overeenkomstsluitende partijen worden beslecht. Volgens deze logica valt het te begrijpen dat die partijen niet hebben voorzien in een mechanisme van voorafgaande beoordeling door het Hof, noch hebben bepaald dat de uitspraken van het Gerecht stelselmatig moeten kunnen onderworpen aan een volle toetsing door hun rechterlijke instanties. Een dergelijke rol voor de rechterlijke systemen van de overeenkomstsluitende partijen zou in strijd zijn geweest met de wil van deze partijen om een geschillenbeslechtsmechanisme in het leven te roepen dat nu juist losstaat van hun rechterlijke systemen.

180. Wanneer wordt erkend dat afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA voldoende waarborgen bevat om te voorkomen dat het ingestelde mechanisme afbreuk doet aan de exclusieve bevoegdheid van het Hof om een definitieve uitlegging van het Unierecht te verstrekken, kan die door de overeenkomstsluitende partijen gemaakte keuze naar mijn mening niet worden bekritiseerd.

¹³⁸ Artikel 21, lid 2, onder b), VEU.

¹³⁹ Artikel 21, lid 2, onder e), VEU.

¹⁴⁰ Artikel 21, lid 2, onder f), VEU.

¹⁴¹ Artikel 21, lid 2, onder h), VEU.

¹⁴² Zie in die zin advies 2/15 (punt 94).

181. Opgemerkt moet echter worden dat, afhankelijk van de arbitragevoorschriften op grond waarvan een verzoek is ingediend¹⁴³, niet is uitgesloten dat een uitspraak door de rechterlijke instanties van de lidstaat waar om de tenuitvoerlegging ervan wordt verzocht, wordt getoetst¹⁴⁴, onder meer op strijd met de openbare orde van die staat¹⁴⁵. Een dergelijke toetsingsmogelijkheid is naar mijn mening echter geen voorwaarde voor de verenigbaarheid van het geschillenbeslechtsmechanisme van afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA met het beginsel van de autonomie van het Unierecht.

182. Wat voorts het soms geopperde idee betreft om in dit soort overeenkomsten een mechanisme van voorafgaande beoordeling door het Hof in het geval van moeilijkheden bij de uitlegging van het Unierecht op te nemen, wijs ik erop dat, zoals de Duitse regering en de Commissie terecht opmerken, rekening moet worden gehouden met het wederkerigheidsvereiste. Afgezien van het feit dat het moeilijk, zo niet onmogelijk zou zijn om met een derde land over een dergelijk mechanisme te onderhandelen¹⁴⁶, zou de Unie immers, indien het mechanisme door dat land werd geaccepteerd, wegens de in de onderlinge betrekkingen geldende wederkerigheid ook haar verdragspartner de mogelijkheid moeten geven om aan zijn rechterlijke instanties een prejudiciële bevoegdheid tot uitlegging van het interne recht toe te kennen. Dat zou vanuit het perspectief van investeerders uit de Unie in strijd zijn met de ratio van het geschillenbeslechtsmechanisme, dat immers neutraal beoogt te zijn en onafhankelijk van het rechterlijk systeem van de andere partij bij de overeenkomst. Een dergelijk mechanisme zou daarmee veel minder interessant en aantrekkelijk worden, met name wanneer de Unie betrekkingen aanknoopt met derde landen waarvan het rechterlijk apparaat niet of slechts ten dele voldoet aan de criteria van onpartijdigheid, onafhankelijkheid en snelheid. Uiteindelijk zou een dergelijk mechanisme het beschermingsniveau van de door investeerders uit de Unie in die derde landen gedane investeringen kunnen ondermijnen.

183. De aanpak van de CETA-onderhandelaars om in de bepalingen van de CETA bijzondere aandacht te besteden aan het feit dat het ingevoerde geschillenbeslechtsmechanisme zo veel mogelijk los van de rechterlijke systemen van de overeenkomstsluitende partijen moet functioneren, kan dan ook op mijn instemming rekenen.

184. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat het in afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA voorziene mechanisme voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten geen afbreuk doet aan de autonomie van het recht van de Unie en met name niet in strijd is met het beginsel dat het Hof bij uitsluiting bevoegd is om een definitieve uitlegging van het Unierecht te verstrekken.

B. Gelijkheidsbeginsel en vereiste van doeltreffendheid van het Unierecht

185. In dit onderdeel van zijn verzoek om advies merkt het Koninkrijk België om te beginnen op dat de CETA voor Canadese investeerders een geprivilegieerde rechtsgang in het leven roept. Canadese ondernemingen die in de Unie investeren, zullen een geschil namelijk ofwel kunnen voorleggen aan een rechterlijke instantie binnen de Unie, ofwel aan het CETA-Gerecht, terwijl ondernemingen uit de Unie die in de Unie investeren, deze keuze niet hebben.

143 Zie in dit verband artikel 8.23, lid 2, van de CETA. Zie ook met betrekking tot de tenuitvoerlegging van de uitspraken artikel 8.41, leden 3 tot en met 6, van de CETA.

144 Zie in dit verband artikel V van het op 10 juni 1958 te New York ondertekende Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken, waarin een beperkt aantal gronden wordt genoemd waarop de tenuitvoerlegging daarvan kan worden geweigerd.

145 Een investeerder zou een dergelijke rechterlijke toetsing van een in het kader van hoofdstuk 8 van de CETA gegeven uitspraak daarentegen kunnen uitsluiten door te opteren voor het op 18 maart 1965 te Washington ondertekende Verdrag inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen staten en onderdanen van andere staten van het Internationaal Centrum voor beslechting van investeringsgeschillen (ICSID). Zie echter voor een genuanceerder standpunt hierover Jean, G-A., op. cit., punten 1036 e.v.

146 Zoals de Commissie in haar opmerkingen terecht stelt, zouden derde landen in de voorafgaande tussenkomst van het Hof een eenzijdig privilege kunnen zien, dat de neutraliteit van het geschillenbeslechtsmechanisme in gevaar brengt.

186. Onderzocht zou moeten worden of een dergelijke situatie verenigbaar is met artikel 20 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie¹⁴⁷, waarin staat dat „[e]enieder [...] gelijk [is] voor de wet”, en met artikel 21, lid 2, van het Handvest, dat bepaalt dat „[b]innen de werkingsfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen ervan, [...] iedere discriminatie op grond van nationaliteit verboden [is]”.

187. Het Koninkrijk België merkt verder op dat wanneer een Canadese investeerder zich tot het CETA-Gerecht zal wenden namens een „plaatselijk gevestigde onderneming” (dat wil zeggen een in de Unie gevestigde onderneming die rechtstreeks of onrechtstreeks eigendom is van die Canadese investeerder, of rechtstreeks of onrechtstreeks onder diens zeggenschap staat)¹⁴⁸, de door dat Gerecht eventueel toegekende schadevergoeding volgens artikel 8.39, lid 2, onder a), van de CETA zal moet worden uitbetaald aan die plaatselijk gevestigde onderneming.

188. Het Koninkrijk België erkent dat deze regel kan worden gerechtvaardigd door de door elke internationale investeringsbeschermingsovereenkomst nagestreefde doelstelling van bevordering van de economie van de partij waar die onderneming gevestigd is. Toch is het van mening dat de regel moet worden getoetst op zijn verenigbaarheid met de artikelen 20 en 21 van het Handvest.

189. Tot slot vraagt het Koninkrijk België zich af, indien het CETA-Gerecht tot de slotsom zou komen dat een door de Commissie of een mededingingsautoriteit van een van de lidstaten aan een Canadese investeerder (of een plaatselijk gevestigde onderneming) opgelegde geldboete in strijd is met een in afdeling C of D van hoofdstuk 8 van de CETA opgenomen bepaling, en een schadevergoeding ter hoogte van het bedrag van die geldboete zou toekennen, de ongedaanmaking van de gevolgen van die geldboete verenigbaar zou zijn met het gelijkheidsbeginsel en met het vereiste van doeltreffendheid van het recht van de Unie.

190. Het Koninkrijk België wijst erop dat uit artikel 8.9, leden 3 en 4, van de CETA volgt dat wanneer de Unie staatssteun onverenigbaar heeft verklaard met artikel 108 VWEU en de terugbetaling ervan heeft gelast, het CETA-Gerecht niet kan oordelen dat die beslissing in strijd is met de CETA en dus ook geen schadevergoeding ter hoogte van het bedrag van die staatssteun kan toekennen. De CETA bevat echter geen soortgelijke bepaling ter bescherming van de door de Commissie of door de mededingingsautoriteiten van de lidstaten in het kader van de artikelen 101 en 102 VWEU genomen besluiten. Bijgevolg valt niet uit te sluiten dat een Canadese investeerder aan de financiële consequenties van een schending van het mededingingsrecht van de Unie ontkomt, terwijl investeerders uit de Unie daaraan niet kunnen ontkomen.

191. Het Koninkrijk België vraagt zich, kortom, af of de uitspraken van het Gerecht in bepaalde omstandigheden in strijd kunnen zijn met de artikelen 20 en 21 van het Handvest en met het vereiste van doeltreffendheid van het Unierecht. Het noemt twee situaties waarin dit mogelijk het geval is, namelijk in de eerste plaats wanneer overeenkomstig artikel 8.39, lid 2, onder a), van de CETA een schadevergoeding wordt uitbetaald aan een plaatselijk gevestigde onderneming, en in de tweede plaats wanneer het Gerecht een schadevergoeding zou kunnen toekennen wegens een op grond van het mededingingsrecht van de Unie opgelegde geldboete.

192. De eerste door het Koninkrijk België opgeworpen vraag heeft ermee te maken dat volgens artikel 8.23, lid 1, van de CETA een verzoek kan worden ingediend door ofwel een investeerder uit een partij namens zichzelf, ofwel een investeerder uit een partij namens een plaatselijk gevestigde onderneming die rechtstreeks of onrechtstreeks zijn eigendom is of rechtstreeks of onrechtstreeks

¹⁴⁷ Hierna: „Handvest”.

¹⁴⁸ Zie in dit verband artikel 8.23, lid 1, onder b), van de CETA.

onder zijn zeggenschap staat. In het laatste geval volgt uit artikel 8.39, lid 2, onder a), van de CETA dat de bij de uitspraak toegekende schadevergoeding moet worden uitbetaald aan de plaatselijk gevestigde onderneming. Dit houdt naar mijn mening geen discriminatie in van investeerders uit de Unie die in de Unie investeren.

193. In dit verband moet worden opgemerkt dat de in die twee bepalingen genoemde plaatselijk gevestigde onderneming zelf een vorm van investering is. Volgens artikel 8.1 van de CETA wordt met betrekking tot een partij onder een „onder de overeenkomst vallende investering” namelijk onder meer een investering verstaan „die een investeerder uit de andere partij bij de overeenkomst rechtstreeks of onrechtstreeks in eigendom heeft of waarover hij rechtstreeks of onrechtstreeks zeggenschap uitoefent”, en ziet het begrip „investering” op „elke vorm van activa die een investeerder rechtstreeks of onrechtstreeks in eigendom heeft of waarover hij rechtstreeks of onrechtstreeks zeggenschap uitoefent”. Gelet op de zeggenschap die aldus door de investeerder uit een partij wordt uitgeoefend over de op het grondgebied van de andere partij gevestigde onderneming, zou een door het Gerecht toegekende schadevergoeding, ook al zou deze worden uitbetaald aan de plaatselijke gevestigde onderneming, uiteindelijk ten goede komen aan de investeerder uit eerstgenoemde partij, die overigens ingevolge artikel 8.23, lid 1, van de CETA als enige een verzoek kan indienen bij het Gerecht.

194. Aangezien de investeerder uit een partij en de op het grondgebied van de andere partij gevestigde onderneming in feite aan elkaar gelijkgesteld moeten worden¹⁴⁹, komt de door het Koninkrijk België opgeworpen vraag erop neer of er al dan niet wordt gediscrimineerd tussen buitenlandse investeerders, die een specifieke materiële en procedurele bescherming genieten, en plaatselijke investeerders, die niet voor die bescherming in aanmerking komen.

195. In dit verband moet worden opgemerkt dat uit artikel 207, lid 1, tweede zin, VWEU, gelezen in samenhang met artikel 21 VEU, volgt dat de Unie bij de uitoefening van de bevoegdheden die haar bij het VEU en het VWEU zijn toegedeeld, waaronder die op het gebied van de gemeenschappelijke handelspolitiek, de grondrechten – waarvan het gelijkheidsbeginsel deel uitmaakt¹⁵⁰ – moet eerbiedigen. De Unie is een door het recht beheerste unie waarin de handelingen van de instellingen met name worden getoetst aan de Verdragen, de algemene rechtsbeginselen en de grondrechten.¹⁵¹ Dit geldt ook voor het externe optreden van de Unie.¹⁵² Ik breng in dit verband in herinnering dat door de Unie gesloten internationale overeenkomsten volgens vaste rechtspraak „vanaf hun inwerkingtreding [...] een integrerend deel [uitmaken] van de rechtsorde van de Unie. Daarom moeten de bepalingen ervan volledig verenigbaar zijn met de bepalingen van de Verdragen en de daaruit voortvloeiende constitutionele beginselen”.¹⁵³ Daartoe behoort uiteraard ook het Handvest, in overeenstemming met hetgeen in artikel 51 ervan is bepaald, dat volgens artikel 6, lid 1, VEU „dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft”. Zelfs vóór de formele inwerkingtreding van het Handvest had het Hof reeds het beginsel geformuleerd dat bij het onderhouden van de externe betrekkingen van de Unie de grondrechten van de Unie moeten worden geëerbiedigd.¹⁵⁴

149 Zoals de Commissie in haar opmerkingen stelt, zijn plaatselijk gevestigde ondernemingen een verlengstuk van de buitenlandse investeerder en is het derhalve gerechtvaardigd die ondernemingen gelijk te stellen met de buitenlandse investeerder waarvan zij eigendom zijn of onder wiens zeggenschap zij staan.

150 Het gelijkheidsbeginsel wordt genoemd in artikel 21, lid 1, VEU.

151 Zie onder meer arrest van 6 oktober 2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

152 Zie onder meer arresten van 19 juli 2016, H/Raad en Commissie (C-455/14 P, EU:C:2016:569, punt 41), en 28 maart 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punt 72).

153 Zie onder meer arrest van 27 februari 2018, Western Sahara Campaign UK (C-266/16, EU:C:2018:118, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

154 Zie arrest van 3 september 2008, Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie (C-402/05 P en C-415/05 P, EU:C:2008:461, punt 285).

196. Het is juist dat volgens de toelichtingen bij het Handvest¹⁵⁵ artikel 21, lid 2, van dit document „[overeenstemt] met artikel 18, eerste alinea, van het [VWEU] en [...] in overeenstemming daarmee [moet] worden toegepast”. Voorts worden volgens artikel 52, lid 2, van het Handvest de hierin erkende rechten die voorkomen in bepalingen van de Verdragen, uitgeoefend onder de voorwaarden en binnen de grenzen die door deze Verdragen zijn gesteld. Hieruit volgt dat artikel 21, lid 2, van het Handvest aldus dient te worden gelezen dat het dezelfde strekking heeft als artikel 18, eerste alinea, VWEU.

197. Artikel 18, eerste alinea, VWEU bepaalt dat „[b]innen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, [...] elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden [is]”. Deze bepaling is opgenomen in het tweede deel van het Verdrag, met als opschrift „Non-discriminatie en burgerschap van de Unie”. Zij ziet op binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallende situaties waarin een onderdaan van een lidstaat enkel op grond van zijn nationaliteit discriminerend wordt behandeld ten opzichte van onderdanen van een andere lidstaat. Genoemde bepaling vindt volgens het Hof dan ook geen toepassing in het geval van een eventueel verschil in behandeling tussen onderdanen van de lidstaten en onderdanen van derde landen.¹⁵⁶

198. Dit betekent volgens mij echter niet dat een internationale overeenkomst als de CETA het beginsel van gelijke behandeling, dat een algemeen rechtsbeginsel van de Unie is dat in artikel 20 van het Handvest is vastgelegd¹⁵⁷, niet hoeft te eerbiedigen.

199. Ik teken hierbij aan dat de rechtspraak volgens welke de instellingen en organen van de Unie derde landen verschillend moeten kunnen behandelen, opdat hun beleidsvoerend vermogen op internationaal vlak niet wordt beknot, hier niet ter discussie wordt gesteld.¹⁵⁸

200. Wat de bescherming van investeringen betreft, staat in punt 6, onder a), van het gezamenlijk uitleggingsinstrument te lezen dat „[d]e CETA [...] er niet toe [zal] leiden dat buitenlandse investeerders gunstiger worden behandeld dan binnenlandse”.

201. Wat betreft de vraag of de invoering van het ICS zich verdraagt met het algemene gelijkheidsbeginsel, moet eraan worden herinnerd dat het beginsel van gelijke behandeling volgens vaste rechtspraak van het Hof verlangt dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is.¹⁵⁹

202. Het merendeel van de regeringen die opmerkingen hebben ingediend, alsook de Raad en de Commissie zijn van mening dat het Koninkrijk België ten onrechte ervan uitgaat dat de situatie van Canadese ondernemingen die in de Unie investeren, vergelijkbaar is met die van ondernemingen uit de Unie die in de Unie investeren.

155 PB 2007, C 303, blz. 17.

156 Zie in die zin arresten van 4 juni 2009, *Vatsouras en Koupantantze* (C-22/08 en C-23/08, EU:C:2009:344, punten 51 en 52), en 7 april 2011, *Francesco Guarnieri & Cie* (C-291/09, EU:C:2011:217, punt 20). Zie ook arrest van 20 november 2017, *Petrov e.a./Parlement* (T-452/15, EU:T:2017:822, punten 39-41). Voor het standpunt dat artikel 21, lid 2, van het Handvest aldus kan worden uitgelegd dat het van toepassing is op verschillen in behandeling tussen Unieburgers en derdelanders, zie *Bribosia, E., Rorive, I., en Hilaire, J.*, „Article 21 – Non-discrimination”, *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, Commentaire article par article*, Bruylant, Brussel, 2018, blz. 489-514, met name de punten 10 en 11.

157 Zie onder meer arrest van 22 mei 2014, *Glatzel* (C-356/12, EU:C:2014:350, punt 43).

158 Zie in dit verband onder meer arrest van 21 december 2016, *Swiss International Air Lines* (C-272/15, EU:C:2016:993, punten 25 e.v.). Volgens vaste rechtspraak van het Hof „bestaat er [...] geen algemeen beginsel in het VWEU dat de Unie verplicht om in het kader van haar externe betrekkingen derde landen in alle opzichten gelijk te behandelen” (punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

159 Zie onder meer arrest van 7 maart 2017, *RPO* (C-390/15, EU:C:2017:174, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

203. Dit is volgens hen nu juist niet het geval, daar de ene categorie ondernemingen internationale investeringen doet, en de andere categorie ondernemingen intracommunautaire investeringen, wat niet vergelijkbaar is. De betrokken interveniënten stellen dat het onvermijdelijk is dat intracommunautaire investeringen tot op zekere hoogte aan andere regels zijn onderworpen dan internationale investeringen. De enige situaties die vergelijkbaar zijn, zijn in hun ogen die van Canadese ondernemingen die in de Unie investeren enerzijds, en die van ondernemingen uit de Unie die in Canada investeren anderzijds.

204. Het verschil dat erin is gelegen dat Canadese ondernemingen die in de Unie investeren, geschillen zullen kunnen aanbrengen bij het CETA-Gerecht, terwijl ondernemingen uit de Unie die in de Unie investeren, die mogelijkheid niet zullen hebben, zou dus niet als „discriminerend” kunnen worden aangemerkt. De genoemde interveniënten verwijzen in dit verband naar analogie naar de rechtspraak van het Hof volgens welke het verschil in behandeling tussen enerzijds justitiabelen die profiteren van de bepalingen die zijn opgenomen in een tussen lidstaten gesloten overeenkomst ter voorkoming van dubbele belasting, en anderzijds justitiabelen die niet voor toepassing van die bepalingen in aanmerking komen, geen discriminatie oplevert, aangezien de situaties van die twee categorieën personen niet vergelijkbaar zijn.¹⁶⁰

205. Het is volgens de betrokken interveniënten hoe dan ook onjuist om te stellen dat Canadese ondernemingen die in de Unie investeren, wegens de mogelijkheid om zich tot het CETA-Gerecht te wenden worden bevoordeeld ten opzichte van ondernemingen uit de Unie die in de Unie investeren. Die mogelijkheid compenseert in hun ogen slechts het feit dat de CETA niet rechtstreeks kan worden ingeroepen voor de rechterlijke instanties van de partijen bij deze overeenkomst.

206. Evenals het merendeel van de interveniënten die opmerkingen hebben ingediend, ben ik van mening dat uitsluitend de investeerders van elk der partijen bij de overeenkomst die op het grondgebied van de andere partij investeren, zich in een vergelijkbare situatie bevinden.

207. Zoals de Duitse regering ter terechtzitting terecht heeft opgemerkt, is de situatie van Canadese investeerders die in de Unie investeren, niet vergelijkbaar met die van Europese investeerders die in hun eigen economische ruimte investeren. Een vergelijking tussen Canadese en Europese investeerders is slechts mogelijk met betrekking tot de investeringen die door die investeerders worden gedaan op het grondgebied van de andere partij. Op basis van die vergelijking worden alle investeerders die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, gelijk behandeld. Het is juist dat investeerders van elk der overeenkomstsluitende partijen geen toegang hebben tot het CETA-Gerecht voor de investeringen die zij hebben gedaan op het grondgebied van de partij waarvan zij onderdaan zijn. Zoals de Duitse regering heeft opgemerkt, valt dit te verklaren door het feit dat die investeerders niet te maken hebben gehad met de risico's en de kosten die gepaard gaan met een investering in een andere dan de eigen economische ruimte, en opereren in een juridische omgeving die hun vertrouwd is.

208. Verder herinner ik eraan dat de betrekkingen tussen overeenkomstsluitende partijen zoals de Unie en haar lidstaten, enerzijds, en Canada, anderzijds, niet gestoeld zijn op wederzijds vertrouwen en dat dit de reden is waarom die partijen in de voorgenomen overeenkomst een standaard voor materiële en procedurele bescherming willen vastleggen, waarbij wederkerigheid het uitgangspunt vormt. Het feit dat de door de CETA in het leven geroepen wederzijdse rechten en plichten slechts van toepassing zijn op investeerders van een van de twee overeenkomstsluitende partijen, is dan ook een consequentie die inherent is aan de bilaterale aard van deze overeenkomst¹⁶¹, die investeerders van elk

¹⁶⁰ Zie arrest van 5 juli 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, punten 53-63).

¹⁶¹ Zie in dit verband de conclusie van advocaat-generaal Wathelet in de zaak Achmea (C-284/16, EU:C:2017:699, punt 75).

van beide partijen beoogt te beschermen tegen de nadelen die zij zouden kunnen ondervinden door investeringen te doen op het grondgebied van de andere partij. Een investeerder uit de Unie bevindt zich bijgevolg niet in dezelfde situatie als een Canadese investeerder wat een op het grondgebied van de Unie gedane investering betreft.

209. Zelfs als Canadese investeerders die in de Unie investeren, wel moesten worden geacht in een vergelijkbare situatie te verkeren als investeerders uit de Unie die in de Unie investeren, zou de omstandigheid dat uitsluitend de eerste categorie investeerders gebruik kan maken van het door de CETA ingevoerde mechanisme voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten, hoe dan ook objectief gerechtvaardigd zijn door de doelstelling van bevordering van buitenlandse investeringen op het grondgebied van elke partij.

210. Het Hof heeft immers geoordeeld dat „[w]anneer een verschil in behandeling tussen twee vergelijkbare situaties wordt vastgesteld, [...] het beginsel van gelijke behandeling niet [wordt] geschonden voor zover dat verschil gerechtvaardigd is”.¹⁶² Dat is volgens vaste rechtspraak van het Hof het geval „wanneer het verschil in behandeling verband houdt met een wettelijk toelaatbaar doel dat wordt nagestreefd door de maatregel die ertoe leidt dat een dergelijk verschil wordt ingevoerd, en dit verschil in verhouding staat tot dat doel”.¹⁶³

211. Zoals ik reeds heb opgemerkt, heeft het Hof geoordeeld dat „[d]e instellingen en organen van de Unie [...] over een ruime beleidsruimte [beschikken] bij het onderhouden van hun externe betrekkingen” en dat „in het kader van de externe betrekkingen [...] noodzakelijkerwijze politieke keuzes [worden] gemaakt”.¹⁶⁴ Bijgevolg komt de instellingen van de Unie in dat kader een ruime beoordelingsbevoegdheid toe, zodat de rechter bij zijn toetsing of het verschil in behandeling verband houdt met een wettelijk toelaatbaar doel dat wordt nagestreefd door de maatregel die ertoe leidt dat een dergelijk verschil wordt ingevoerd, en of dit verschil in verhouding staat tot dat doel, hooguit mag nagaan of de instellingen een kennelijke fout hebben gemaakt.¹⁶⁵

212. Dat met de invoering van het ICS een wettelijk toelaatbaar doel wordt nagestreefd, valt redelijkerwijs niet te betwijfelen. Ik verwijs in dit verband naar de punten 173 tot en met 178 van deze conclusie, waarin ik erop heb gewezen dat de invoering van het ICS in overeenstemming is met de doelstellingen die de Unie volgens de Verdragen in het kader van haar externe optreden en in het bijzonder bij de uitvoering van haar gemeenschappelijk handelsbeleid dient na te streven, waaronder die van wederzijdse bevordering van buitenlandse investeringen op basis van wederkerigheid. Het door de CETA voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten ingevoerde mechanisme vormt een integrerend bestanddeel van het beschermingskader waarin deze overeenkomst voorziet. De CETA-onderhandelaars hebben derhalve in het kader van de beoordelingsruimte die hun moet worden toegekend, op goede gronden kunnen menen dat de CETA zonder een dergelijk mechanisme niet even doeltreffend de ermee beoogde doelstelling van bevordering en aantrekking van buitenlandse investeringen zou bereiken.

213. Uit het voorgaande volgt naar mijn mening dat de bepalingen van hoofdstuk 8 van de CETA niet in strijd zijn met het algemene beginsel van gelijke behandeling.¹⁶⁶

162 Zie onder meer arrest van 7 maart 2017, RPO (C-390/15, EU:C:2017:174, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

163 Ibidem (punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

164 Zie onder meer arrest van 21 december 2016, *Swiss International Air Lines* (C-272/15, EU:C:2016:993, punt 24).

165 Zie in die zin arrest van 7 maart 2017, RPO (C-390/15, EU:C:2017:174, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

166 Zie in dezelfde zin uitspraak nr. 2017-749-DC van de Conseil constitutionnel (grondwettelijk hof, Frankrijk) van 31 juli 2017 betreffende de Brede Economische en Handelsovereenkomst tussen Canada, enerzijds, en de Europese Unie en haar lidstaten, anderzijds (JORF van 11 augustus 2017).

214. Wat de tweede door het Koninkrijk België aan de orde gestelde vraag betreft, die er in wezen op neerkomt of het CETA-Gerecht de gevolgen van een door de Commissie of een mededingingsautoriteit van een lidstaat opgelegde geldboete zou kunnen neutraliseren door te besluiten een Canadese investeerder een schadevergoeding ter hoogte van het bedrag van die geldboete toe te kennen, ben ik met het merendeel van de belanghebbenden die opmerkingen hebben ingediend van mening dat verschillende bepalingen het risico beperken dat het CETA-Gerecht zonder overschrijding van zijn bevoegdheid zal kunnen oordelen dat een op grond van het mededingingsrecht van de Unie opgelegde geldboete in strijd is met een in hoofdstuk 8 van de CETA opgenomen bepaling ter bescherming van investeringen.

215. Zo wordt zoals gezegd in artikel 8.9, leden 1 en 2, van de CETA het recht van de partijen bij de overeenkomst erkend om op hun grondgebied regelgeving vast te stellen ter verwezenlijking van legitieme doelstellingen van algemeen belang. Zoals de Raad in zijn opmerkingen terecht opmerkt, omvat dit recht ook het recht om beleid te handhaven en uit te voeren dat erop gericht is mededingingsverstorend gedrag in de interne markt van de Unie te bestrijden.¹⁶⁷

216. Bovendien bepaalt in hoofdstuk 17 van de CETA („Mededingingsbeleid”) artikel 17.2, lid 1, dat „[d]e partijen [...] het belang van een vrije en onvervalste mededinging voor hun handelsbetrekkingen [erkennen]. De partijen erkennen dat mededingingverstorende zakelijke activiteiten de goede werking van markten kunnen verstoren en de voordelen van de liberalisering van het handelsverkeer kunnen ondergraven”. Volgens het tweede lid van hetzelfde artikel nemen „[d]e partijen [...] passende maatregelen om mededingingsverstorend zakelijk gedrag te verbieden, waarbij zij erkennen dat dergelijke maatregelen tot de verwezenlijking van de doelstellingen van deze overeenkomst zullen bijdragen”.

217. Gelet op de in artikel 8.9, leden 1 en 2, en in hoofdstuk 17 van de CETA opgenomen bepalingen, lijkt het risico mij niet al te groot dat de door de overeenkomstsluitende partijen genomen besluiten om mededingingsverstorend gedrag te bestraffen, worden geneutraliseerd.

218. Behalve die materiële waarborgen zijn er nog de eerder door mij genoemde procedurele waarborgen. Om te beginnen dient het CETA-Gerecht immers op grond van artikel 8.31, lid 2, van de CETA de uitlegging van de interne wetgeving door de rechterlijke instanties of de autoriteiten van de betrokken partij bij de overeenkomst te volgen. Bovendien kan een onjuiste uitlegging door het CETA-Gerecht zo nodig worden rechtgezet doordat er een beroepsmechanisme bestaat en doordat het Gemengd Comité uitleggingen van de bepalingen van de CETA kan aannemen die bindend zijn.

219. Uit het voorgaande volgt naar mijn mening dat de invoering van het ICS niet in strijd is met het vereiste van doeltreffendheid van het mededingingsrecht van de Unie.

C. Verenigbaarheid van afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA met het recht op toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht

220. Het Koninkrijk België vraagt zich af of afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA verenigbaar is met artikel 47 van het Handvest, op zichzelf beschouwd of in samenhang met het in de artikelen 20 en 21 van het Handvest verankerde beginsel van gelijke behandeling. Het verwijst in dit onderdeel van zijn verzoek om advies ook naar de rechtspraak van het EHRM over artikel 6 EVRM.

¹⁶⁷ Verder breng ik in herinnering dat in punt 6, onder a), van het gezamenlijk uitleggingsinstrument wordt verklaard dat „[d]e CETA [...] moderne investeringsvoorschriften [bevat] waardoor de overheden het recht behouden te reguleren in het algemeen belang, ook wanneer dergelijke regulering van invloed is op buitenlandse investeringen en waarbij wordt gezorgd voor een hoog niveau van investeringsbescherming en een eerlijke en transparante geschillenbeslechting”. In punt 6, onder b), van dat gezamenlijk uitleggingsinstrument wordt daaraan toegevoegd dat „[d]e CETA verduidelijkt dat overheden hun wetgeving mogen wijzigen, ongeacht of hierdoor een investering of de winstverwachtingen van een investeerder ongunstig kunnen worden beïnvloed”. Zie ook meer in het algemeen punt 2 van het gezamenlijk uitleggingsinstrument.

221. Het Koninkrijk België merkt in dit verband in de eerste plaats op dat de in die afdeling F opgenomen regeling de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot het CETA-Gerecht al te zeer bemoeilijkt, aangezien volgens artikel 8.27, lid 14, van de CETA de honoraria en kostenvergoedingen van de met de behandeling van een geschil belaste leden van het Gerecht zullen moeten worden betaald door de partijen bij het geschil, en aangezien artikel 8.39, lid 5, van de CETA bepaalt dat zowel de kosten van de procedure – waartoe ook de kosten van het secretariaat van het ICSID behoren – als de kosten in verband met vertegenwoordiging in rechte en rechtsbijstand – behoudens uitzonderlijke omstandigheden – zullen worden gedragen door de in het ongelijk gestelde partij.

222. Verder bevat de CETA volgens het Koninkrijk België in haar huidige versie geen rechtsbijstandsregeling, terwijl in artikel 47, derde alinea, van het Handvest het recht op rechtsbijstand uitdrukkelijk wordt erkend voor zover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen, en het Hof in punt 59 van zijn arrest van 22 december 2010, DEB¹⁶⁸, heeft gepreciseerd dat ook ondernemingen zich op dat recht kunnen beroepen.

223. Het risico om alle kosten te moeten dragen in procedures die per definitie kostbaar zijn, zou volgens het Koninkrijk België een investeerder die slechts over beperkte financiële middelen beschikt, ervan kunnen weerhouden een verzoek in te dienen. In zoverre zou de CETA kunnen worden geacht afbreuk te doen aan het recht op toegang tot de rechter.

224. Het Koninkrijk België vraagt zich in de tweede plaats af of de voorwaarden betreffende de bezoldiging van de leden van het Gerecht en de Beroepsinstantie, zoals vastgesteld in artikel 8.27, leden 12 tot en met 15, respectievelijk in artikel 8.28, lid 7, onder d), van de CETA, verenigbaar zijn met het in artikel 47, tweede alinea, van het Handvest erkende recht op toegang tot „een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld”.

225. Aangezien die bezoldigingsvoorwaarden niet hoofdzakelijk in de tekst zelf van de CETA zijn vastgelegd, maar voor een groot deel zijn overgelaten aan de discretionaire beoordeling van het bij de CETA ingestelde Gemengd Comité, kan volgens het Koninkrijk België worden getwijfeld aan de verenigbaarheid van die voorwaarden met het beginsel van de scheiding der machten.

226. Het Koninkrijk België is van oordeel dat de wijze van bezoldiging van rechters vooraf door de wetgever moet worden bepaald en dat de vaststelling van de bezoldigingsmodaliteiten dus niet kan worden overgelaten aan de uitvoerende macht. Het verwijst in dit verband naar de rechtspraak van het EHRM en naar de op 17 november 2010 door de adviesraad van Europese rechters (CCJE) aangenomen Magna Carta voor rechters.

227. Het feit dat de bezoldiging van de leden van het Gerecht en de Beroepsinstantie volgens de CETA niet (althans vooralsnog niet) zal bestaan uit een vast en regulier salaris, maar uit een maandelijks voorschot, vermeerderd met honoraria die worden vastgesteld aan de hand van het aantal aan een geschil bestede werkdagen, zou volgens het Koninkrijk België eveneens onverenigbaar kunnen blijken met het recht op toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig recht.

228. Het Koninkrijk België verwijst in dit verband naar artikel 6.1 van het Europees handvest inzake het statuut voor rechters, dat door de Raad van Europa is aangenomen op een van 8 tot en met 10 juli 1998 gehouden bijeenkomst. Volgens die bepaling moet de bezoldiging van rechters op zodanige wijze worden vastgesteld dat „zij worden beschermd tegen druk die erop gericht is hun

¹⁶⁸ C-279/09, EU:C:2010:811.

beslissingen en, meer in het algemeen, hun rechterlijk handelen te beïnvloeden, en zo afbreuk te doen aan hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid". Het Koninkrijk België noemt ook enkele in het kader van de Raad van Europa tot stand gekomen aanbevelingen volgens welke de bezoldiging van rechters moet worden vastgesteld volgens een algemene schaal en niet op basis van hun prestaties.

229. Volgens het Koninkrijk België brengen de thans in de CETA opgenomen bezoldigingsvoorwaarden mee dat de bezoldiging deels afhankelijk is van het aantal door investeerders aangebrachte zaken. De ontwikkeling van een voor investeerders gunstige rechtspraak zou dus een positief effect kunnen hebben op de bezoldiging.

230. Het Koninkrijk België vraagt zich in de derde plaats af of de wijze waarop de leden van het Gerecht en de Beroepsinstantie worden aangewezen, zoals vastgelegd in artikel 8.27, leden 2 en 3, respectievelijk in artikel 8.28, lid 3 en lid 7, onder c), van de CETA, verenigbaar is met artikel 47, tweede alinea, van het Handvest.

231. Het merkt op dat die leden worden aangewezen door het Gemengd Comité, dat wil zeggen door het uitvoerend orgaan van de CETA, waarvan het medevoorzitterschap wordt bekleed door de minister van Internationale Handel van Canada en door het lid van de Commissie dat bevoegd is voor handel (of door hun respectieve vertegenwoordigers).¹⁶⁹

232. Volgens het Koninkrijk België volgt echter uit het Europees handvest inzake het statuut voor rechters, waarop het EHRM zich reeds heeft gebaseerd en waarnaar ook in de aanbevelingen van de CCJE wordt verwezen, dat wanneer rechters worden benoemd door de uitvoerende macht, daaraan een aanbeveling moet voorafgaan van een onafhankelijke instantie met een aanzienlijke rechterlijke vertegenwoordiging.

233. Het Koninkrijk België vraagt zich in de vierde plaats af of de voorwaarden waaronder de leden van het Gerecht en de Beroepsinstantie van hun mandaat kunnen worden ontheven, zoals vastgelegd in artikel 8.28, lid 4, en in artikel 8.30, lid 4, van de CETA, verenigbaar zijn met artikel 47, tweede alinea, van het Handvest.

234. Het wijst erop dat volgens die bepalingen een lid op gezamenlijk initiatief van de partijen bij besluit van het Gemengd Comité van zijn mandaat kan worden ontheven, zonder dat tegen dat besluit in beroep kan worden gegaan. Uit het Europees handvest inzake het statuut voor rechters en uit de aanbevelingen van de CCJE volgt echter dat elk besluit waarbij een rechter van zijn mandaat wordt ontheven, moet worden genomen door een onafhankelijk orgaan volgens een eerlijke procedure waarin de rechten van verdediging zijn gewaarborgd, en vatbaar moet zijn voor beroep bij een hogere, rechterlijke instantie. Teneinde de rechterlijke onafhankelijkheid te waarborgen, zou het volgens het Koninkrijk België hoe dan ook niet mogelijk moeten zijn dat rechters door de uitvoerende macht van hun mandaat worden ontheven.

235. In de vijfde en laatste plaats vraagt het Koninkrijk België zich af of de gedragsregels waaraan de leden van het Gerecht en de Beroepsinstantie zich op grond van artikel 8.28, lid 4, artikel 8.30, lid 1, en artikel 8.44, lid 2, van de CETA zullen moeten houden, verenigbaar zijn met artikel 47, tweede alinea, van het Handvest.

¹⁶⁹ Artikel 26.1, lid 1, van de CETA.

236. Het merkt op dat die bepalingen in wezen erop neerkomen dat de leden van het Gerecht en de Beroepsinstantie, in afwachting van de vaststelling van een gedragscode door het Comité voor diensten en investeringen, zullen moeten voldoen aan de richtsnoeren van de International Bar Association (internationale vereniging van ordes van advocaten; hierna: „IBA”) inzake belangenconflicten in internationale arbitrage, die op 22 mei 2004 door de Raad van de IBA zijn goedgekeurd (hierna: „richtsnoeren”).

237. Uit de aanbevelingen van de CCJE en uit de Magna Carta voor rechters valt volgens het Koninkrijk België echter op te maken dat de voor rechters geldende gedragsregels moeten uitgaan van de rechters zelf, althans dat rechters bij de vaststelling van die regels een belangrijke rol moeten spelen.

238. Het Koninkrijk België merkt op dat de richtsnoeren gericht zijn tot arbiters en niet tot rechters. Het wijst erop dat voor rechters andere maatstaven inzake onpartijdigheid en onafhankelijkheid kunnen gelden dan voor arbiters.

239. Het Koninkrijk België merkt tevens op dat de CETA weliswaar in artikel 8.30, lid 1, bepaalt dat de leden „niet [optreden] als raadsman of als door een partij bij het geschil aangewezen deskundige of getuige in het kader van lopende of nieuwe investeringsgeschillen uit hoofde van deze overeenkomst of enige andere internationale overeenkomst”, maar niet van de leden verlangt dat zij opgave doen van hun nevenactiviteiten, laat staan dat zij die activiteiten vooraf ter goedkeuring voorleggen. Volgens de relevante internationale instrumenten, zoals het Europees handvest inzake het statuut voor rechters, moeten betaalde nevenactiviteiten echter worden gemeld en moet daarvoor vooraf toestemming worden verkregen.

1. Algemene overwegingen

240. Om de door het Koninkrijk België opgeworpen vragen te beantwoorden, breng ik in herinnering dat de Unie, wanneer zij in het kader van haar bevoegdheden voornemens is een internationale overeenkomst te sluiten, de grondrechten, waaronder die welke zijn verankerd in artikel 47 van het Handvest, moet eerbiedigen.¹⁷⁰ Wanneer de Raad een internationale overeenkomst wenst te sluiten waarbij een geschillenbeslechtingsmechanisme als dat van afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA wordt ingevoerd, dient hij dus erop te zien dat de voorwaarden waaronder van dat mechanisme kan worden gebruikgemaakt en de wijze waarop dat mechanisme functioneert, in overeenstemming zijn met de door de Unie gewaarborgde grondrechten.

¹⁷⁰ Zie punt 195 van deze conclusie.

241. Met betrekking tot de instanties die als „rechterlijke instanties” – in de zin van het Unierecht – deel uitmaken van het stelsel van beroepsmogelijkheden van elke lidstaat op de onder het Unierecht vallende gebieden, heeft het Hof benadrukt dat „de instandhouding van de onafhankelijkheid van dergelijke instanties primordiaal [is], zoals wordt bevestigd door artikel 47, tweede alinea, van het Handvest, waarin de toegang tot een ‚onafhankelijk’ gerecht wordt vermeld als één van de vereisten voor het fundamentele recht op een daadwerkelijke voorziening in rechte”.¹⁷¹

242. Om te beginnen moet echter worden beklemtoond dat bij de door het Koninkrijk België van het Hof verlangde beoordeling van verschillende aspecten van de organisatie en de werking van het ICS naar mijn mening niet buiten beschouwing kan blijven dat het door de CETA-onderhandelaars gekozen model verschillende eigen kenmerken vertoont die maken dat het een hybride karakter heeft en een vorm van compromis tussen een scheidsgerecht en een internationaal hof is. In zoverre zal het door de CETA ingevoerde geschillenbeslechtsmechanisme niet alleen kenmerken vertonen van een rechterlijke instantie, maar ook kenmerken die zijn ontleend aan de internationale arbitrage. Hoewel in de voorgenomen overeenkomst de benaming „gerecht” wordt gebruikt, waaruit zou kunnen worden afgeleid dat het om een echte rechterlijke instantie gaat, is er daarentegen sprake van een mechanisme dat voor een groot deel geïnspireerd blijft door de regels inzake arbitrage. Zo dragen in afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA onder meer de volgende bepalingen nadrukkelijk het stempel van de voor investeringsarbitrage geldende regels: artikel 8.23, betreffende de indiening van een verzoek bij het Gerecht; artikel 8.25, betreffende de instemming met geschillenbeslechting door het Gerecht; artikel 8.36, betreffende de transparantie van procedure, en artikel 8.41, betreffende de tenuitvoerlegging van uitspraken. Wat voorts de bezoldiging van de leden van het Gerecht en de voor hen geldende gedragsregels betreft, wordt in artikel 8.27, lid 14, respectievelijk in artikel 8.30, lid 1, van de CETA verwezen naar de voor arbitrage geldende regels. Tot slot moet worden benadrukt dat het CETA-Gerecht geen vonnissen wijst, maar uitspraken doet.

243. Het is juist dat de overeenkomstsluitende partijen te kennen hebben gegeven een nieuw systeem voor ogen te hebben, dat is geïnspireerd door de in hun eigen rechtsorden bestaande rechterlijke systemen.¹⁷² Zoals de Commissie ter terechtzitting terecht heeft opgemerkt, betekent het feit dat het ingestelde mechanisme door die rechterlijke systemen is geïnspireerd, evenwel nog niet dat er sprake is van een rechterlijke instantie in de meest letterlijke zin gaat, ook al kan het daardoor evenmin slechts als een traditioneel scheidsgerecht worden beschouwd.

244. Aan de door het Koninkrijk België geformuleerde vragen ligt echter het uitgangspunt ten grondslag dat het mechanisme voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten waarin afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA voorziet, op één lijn moet worden gesteld met een echte rechterlijke instantie. Daarvan uitgaande betwijfelt die lidstaat met betrekking tot verschillende aspecten betreffende de organisatie en de werking van dat mechanisme of zij voldoen aan de

¹⁷¹ Zie onder meer arrest van 25 juli 2018, Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In datzelfde arrest heeft het Hof verklaard dat „het vereiste van onafhankelijkheid van de rechters behoort tot de kern van het grondrecht op een eerlijk proces, dat – als waarborg dat alle door de justitiabelen aan het Unierecht ontleende rechten worden beschermd en de in artikel 2 VEU verankerde waarden die de lidstaten gemeen hebben, met name de waarde van de rechtsstaat, worden behouden – van het grootste belang is” (punt 48). Voorts heeft het Hof in zijn arrest van 14 juni 2017, Online Games e.a. (C-685/15, EU:C:2017:452), geoordeeld dat „[w]at betreft het in artikel 47, tweede alinea, van het Handvest neergelegde recht op toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter, [...] het begrip ‚onafhankelijkheid’, dat onlosmakelijk verbonden is met de taak van de rechter, twee aspecten [heeft]. Het eerste, externe aspect houdt in dat de instantie wordt beschermd tegen tussenkomsten of druk van buitenaf die de onafhankelijkheid van de oordeelsvorming van haar leden in aan hen voorgelegde geschillen in gevaar zouden kunnen brengen” (punt 60). „Het tweede, interne aspect”, zo vervolgt het Hof, „sluit aan bij het begrip ‚onpartijdigheid’ en heeft betrekking op het houden van gelijke afstand ten opzichte van de partijen bij het geding en hun respectieve belangen met betrekking tot het voorwerp van het geding. Dit aspect [...] vereist objectiviteit en het ontbreken van enig belang bij de uitkomst van het geschil, buiten de strikte toepassing van de regels van het recht” (punt 61). Volgens het Hof zijn „[v]oor deze waarborgen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid [...] regels nodig, met name betreffende het statuut en de procedure, waarmee elke legitieme twijfel bij de justitiabelen over de onvatbaarheid van deze instantie voor externe factoren en over haar neutraliteit ten opzichte van de met elkaar strijdende belangen, kan worden weggenomen” (punt 62).

¹⁷² Zie punt 6, onder f), van het gezamenlijk uitleggingsinstrument.

standaarden die zijn vastgesteld voor rechterlijke instanties. Gelet op het hybride karakter van dat mechanisme lijkt dat uitgangspunt mij echter onjuist. De maatstaven inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid waaraan een dergelijk orgaan dient te voldoen, moeten bijgevolg passen bij de hierboven genoemde specifieke kenmerken.

245. Het Hof zou naar mijn mening bij zijn beoordeling in dit verband moeten uitgaan van de vaststelling dat de CETA-onderhandelaars overeenstemming hebben weten te bereiken over een model dat op tal van punten verbeteringen laat zien ten opzichte van de in de klassieke investeringsarbitrage geldende regels, zowel wat de transparantie van de procedure als wat de onafhankelijkheid bij de behandeling van een verzoek betreft. Hoewel een dergelijk model natuurlijk altijd voor verbetering vatbaar is, dient het Hof naar mijn mening voor ogen te houden dat het hierbij gaat om een model waarover door twee partijen op basis van wederkerigheid is onderhandeld, en vanuit die optiek te beoordelen of dit model voldoende waarborgen biedt.

246. In aansluiting op het voorgaande moet bij de door het Koninkrijk België verlangde beoordeling ook rekening worden gehouden met het feit dat het in afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA opgenomen model uiteindelijk moet leiden tot de oprichting van een multilateraal investeringsgerecht en de instelling van een multilaterale beroepsmogelijkheid, zoals blijkt uit het door de overeenkomstsluitende partijen in artikel 8.29 van de CETA tot uitdrukking gebrachte streven.¹⁷³ Ik meen dan ook dat het zowel experimentele als evolutieve karakter van het onderzochte mechanisme in aanmerking moet worden genomen.

247. Daarnaast moet erop worden gewezen dat volgens de in afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA opgenomen procedurele bepalingen met betrekking tot verschillende aspecten door het Gemengd Comité of door het Comité voor diensten en investeringen regels moeten worden vastgesteld met het oog op de uitvoering van die bepalingen. De Commissie heeft tijdens de onderhavige adviesprocedure aan het Hof meegedeeld dat zij werkzaamheden in gang heeft gezet die betrekking hebben op, ten eerste, de organisatie en de werking van de Beroepsinstantie, ten tweede, een verplichte gedragscode die beoogt de waarborgen voor onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de leden van het Gerecht en de Beroepsinstantie en van de bemiddelaars te versterken, en, ten derde, de voor de partijen bij het geschil bestemde regels voor bemiddeling. Het Hof dient naar mijn rekening te houden met de toezeggingen die de overeenkomstsluitende partijen hebben gedaan om de in afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA opgenomen procedurele waarborgen te verduidelijken, aangezien die afdeling niet alle details betreffende de organisatie en de werking van het ICS kan bevatten.

248. Om een door het Koninkrijk België in zijn verzoek om advies bij herhaling aan de orde gestelde vraag te beantwoorden, merk ik voorts op dat het mij op zichzelf niet met de in artikel 47 van het Handvest verankerde rechten in strijd lijkt dat in het kader van een internationale overeenkomst als de CETA een instantie die paritair is samengesteld uit vertegenwoordigers van de Unie en van Canada, en die haar besluiten in onderlinge overeenstemming vaststelt¹⁷⁴, zoals het in artikel 26 van de CETA bedoelde Gemengd Comité voor de CETA¹⁷⁵, tot taak heeft om uitvoering te geven aan verschillende bepalingen die gaan over de organisatie en de werking van het ICS, nu afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA het algemene kader van het mechanisme bepaalt door de belangrijkste kenmerken ervan vast te leggen.

249. Zoals verschillende belanghebbenden hebben beklemtoond, draagt zowel de bipartiete en paritaire samenstelling van het Gemengd Comité als het feit dat dit comité zijn besluiten in onderlinge overeenstemming neemt, ertoe bij dat door dit comité besluiten worden genomen die in overeenstemming zijn met de in afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA opgenomen voorschriften.

¹⁷³ Zie in dezelfde zin ook punt 6, onder i), van het gezamenlijk uitleggingsinstrument, alsmede verklaring nr. 36.

¹⁷⁴ Zie artikel 26.3, lid 3, van de CETA.

¹⁷⁵ Het Comité voor diensten en investeringen is een onder auspiciën van het Gemengd Comité voor de CETA ingesteld gespecialiseerd comité [zie artikel 26.2, lid 1, onder b), van de CETA].

Het Gemengd Comité kan immers slechts een besluit nemen indien dit zowel door de Unie en haar lidstaten, enerzijds, en Canada, anderzijds, wordt gesteund, zodat elk der overeenkomstsluitende partijen zich kan verzetten tegen een besluit dat in haar ogen op gespannen voet staat met de beginselen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid of met het recht op een doeltreffende voorziening in rechte. In dit verband moet worden beklemtoond dat juist door de wederkerigheid waarop de voorgenomen overeenkomst is gestoeld, elk der overeenkomstsluitende partijen besluiten zal willen bevorderen die ervoor zorgen dat voor haar investeerders, wanneer zij investeringen doen op het grondgebied van de andere partij, een vorm van geschillenbeslechting voorhanden is die voldoet aan de eisen van snelheid, deskundigheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Elk der overeenkomstsluitende partijen zal daarbij ook belang hebben wanneer zij de verwerende partij is in een geschil.

250. Ik voeg hieraan toe dat de door Unie binnen het Gemengd Comité van de CETA ingenomen standpunten zullen moeten worden vastgesteld in overeenstemming met artikel 218, lid 9, VWEU, wat betekent dat zij de vereisten van het Unierecht, de grondrechten daaronder begrepen, zullen moeten eerbiedigen, wat door het Hof zal kunnen worden getoetst.¹⁷⁶

251. Op basis van deze overwegingen zal ik hierna voor elk van de door het Koninkrijk België genoemde aspecten duidelijk maken welke procedurele waarborgen in mijn ogen ervoor zorgen dat het in artikel 47 van het Handvest verankerde recht op toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht afdoende wordt beschermd.

2. Toegang tot het CETA-Gerecht voor kleine en middelgrote ondernemingen

252. Ik herinner eraan dat het CETA-Gerecht niet bij uitsluiting bevoegd is om geschillen over de bescherming van door buitenlandse investeerders gedane investeringen te beslechten. Het gaat hierbij slechts om een alternatieve wijze van beslechting van de geschillen op dit gebied, die betrekking hebben op de toepassing van de CETA, bovenop de door de overeenkomstsluitende partijen aangeboden beroepswegen. Voor zover het interne recht van de overeenkomstsluitende partijen in passende beschermingsnormen voorziet¹⁷⁷, vormt de invoering van het ICS voor buitenlandse investeerders dus geen beletsel om zich met het oog op de bescherming van hun investeringen tot de rechterlijke instanties van die partijen te wenden, opdat het interne recht van die partijen ten aanzien van hen wordt toegepast. Die investeerders zullen dan kunnen profiteren van de procedurele waarborgen waarmee de procedures bij de rechterlijke instanties van de overeenkomstsluitende partijen zijn omgeven, met name wat het verlenen van rechtsbijstand betreft.

253. Wanneer buitenlandse investeerders omgekeerd ervoor kiezen om zich tot het CETA-Gerecht te wenden, zien zij vrijwillig af¹⁷⁸ van een rechtsgang bij de rechterlijke instanties van de overeenkomstsluitende partijen en daarmee van de procedurele waarborgen waarmee de procedures bij die instanties zijn omgeven.

254. De bezorgdheid die het Koninkrijk België heeft geuit met betrekking tot de inaanmerkingneming van de financiële situatie van investeerders die een verzoek willen indienen bij het CETA-Gerecht, met name wanneer dit kleine en middelgrote ondernemingen zijn, is hoe dan ook een punt van overweging geweest voor de overeenkomstsluitende partijen, die aan die bezorgdheid tegemoet hebben willen komen met bepalingen die een effectieve toegang tot die wijze van geschillenbeslechting garanderen.

¹⁷⁶ Zie in die zin advies 1/00 (punt 39).

¹⁷⁷ Wat in het geval van de Unie en haar lidstaten geen twijfel lijdt.

¹⁷⁸ Zie artikel 8.22, lid 1, onder a), van de CETA, waarin staat dat de investeerder ermee moet instemmen dat het geschil door het Gerecht wordt beslecht overeenkomstig de in afdeling F van hoofdstuk 8 van deze overeenkomst vastgestelde procedures. Zie ook artikel 8.22, lid 1, onder f) en g), van de CETA, waarin staat dat de investeerder afstand van instantie moet doen in het kader van een voor een rechterlijke instantie van een partij bij de overeenkomst aanhangige procedure, respectievelijk afstand moet doen van zijn recht om bij een dergelijke instantie een vordering in te stellen.

255. Zo wordt met de in artikel 8.39, lid 5, van de CETA geformuleerde regel dat de in het ongelijk gestelde partij bij het geschil opdraait voor de kosten van de procedure en andere redelijke kosten, met inbegrip van de kosten in verband met vertegenwoordiging in rechte en rechtsbijstand, weliswaar een legitiem doel beoogd, namelijk het tegengaan van misbruik van procesrecht, maar die bepaling geeft het Gerecht tegelijkertijd de mogelijkheid om van deze regel af te wijken wanneer „de omstandigheden van het verzoek” dit rechtvaardigen, wat naar mijn mening aldus zou kunnen worden opgevat dat daaronder ook de financiële situatie van de verzoeker valt.¹⁷⁹ Het Gerecht beschikt dus over een zekere vrijheid om niet zonder meer vast te houden aan de regel dat de proceskosten en andere kosten moeten worden gedragen door de in het ongelijke gestelde partij, omdat een mechanische toepassing van dit beginsel in specifieke gevallen te rigoureuus zou zijn.

256. Een andere mogelijkheid om proceskosten te besparen wordt geboden door artikel 8.27, lid 9, van de CETA, waarin staat dat de partijen bij het geschil kunnen „overeenkomen dat een zaak wordt behandeld door één lid van het Gerecht dat willekeurig wordt aangewezen uit de onderdanen van derde landen. De verweerder neemt een verzoek van de eiser om behandeling van de zaak door één lid van het Gerecht in welwillende overweging, in het bijzonder wanneer de eiser een kleine of middelgrote onderneming is [...]”. Ook wijs ik erop dat, zoals uit artikel 8.19 van de CETA blijkt, de oplossing van geschillen langs minnelijke weg wordt aangemoedigd, waartoe in een regeling voor overleg tussen de partijen is voorzien.¹⁸⁰ In dit kader bepaalt artikel 8.19, lid 3, van de CETA dat „[d]e partijen bij het geschil [...] in voorkomend geval overleg [kunnen] plegen per videoconferentie of met gebruikmaking van andere hulpmiddelen, zoals in het geval van een investeerder die een kleine of middelgrote onderneming is”.

257. Tot slot is in artikel 8.39, lid 6, van de CETA bepaald dat „[h]et Gemengd Comité voor de CETA [...] aanvullende voorschriften in overweging [neemt] die strekken tot vermindering van de financiële lasten voor eisers die natuurlijke personen of kleine of middelgrote ondernemingen zijn. In het kader van dergelijke aanvullende voorschriften kunnen met name de financiële middelen van die eisers en het bedrag van de gevorderde schadeloosstelling in aanmerking worden genomen”.

258. Met deze problematiek is rekening gehouden in verklaring nr. 36, die de volgende toezeggingen bevat:

„De toegang tot deze nieuwe rechterlijke instantie voor de zwakste gebruikers, namelijk kleine en middelgrote ondernemingen en particulieren, zal worden verbeterd en vergemakkelijkt. Daartoe:

- wordt vaart gezet achter de vaststelling, door het Gemengd Comité, van aanvullende voorschriften waarin artikel 8.39, lid 6, van de CETA voorziet en die erop gericht zijn de financiële lasten te verlichten voor eisers die natuurlijke personen of kleine en middelgrote ondernemingen zijn, opdat deze vaststelling zo spoedig mogelijk kan geschieden;
- zal de Commissie, ongeacht het resultaat van de besprekingen in het Gemengd Comité, passende maatregelen voorstellen voor de publieke (co)financiering van rechtsvorderingen door kleine en middelgrote ondernemingen bij deze rechterlijke instantie, alsmede voor het verlenen van technische bijstand.”

259. Gelet op een en ander ben ik van mening dat afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA geen afbreuk doet aan het in artikel 47 van het Handvest verankerde recht op toegang tot de rechter.

¹⁷⁹ Artikel 8.39, lid 5, van de CETA bepaalt voorts dat indien „het verzoek slechts op bepaalde onderdelen [wordt] toegewezen, [...] de verwijzing in de kosten [plaatsvindt] naar evenredigheid van het aantal of de omvang van de onderdelen waarop het verzoek is toegewezen”.

¹⁸⁰ Zie in dezelfde lijn ook artikel 8.20 van de CETA, dat de partijen bij het geschil de mogelijkheid biedt een beroep op bemiddeling te doen.

3. Bezoldigingsvoorwaarden van de leden van het Gerecht en de Beroepsinstantie

260. De hoofdlijnen van de voor de leden van het CETA-Gerecht geldende bezoldigingsregeling staan in artikel 8.27, leden 12 tot en met 15, van de CETA. Volgens die bepalingen ontvangen de leden van het Gerecht in de beginfase een maandelijks voorschot, dat door beide partijen bij de overeenkomst voor gelijke delen wordt betaald, aangevuld door overeenkomstig artikel 14, lid 1, van het administratief en financieel reglement van het ICSID vastgestelde honoraria en kostenvergoedingen, die door het Gerecht overeenkomstig artikel 8.39, lid 5, van de CETA worden verdeeld over de partijen bij het geschil. Het feit dat de bezoldiging van de leden van het Gerecht uit die twee componenten bestaat, namelijk een vast deel en een deel dat afhankelijk is van het aantal behandelde zaken en de complexiteit ervan, strookt met het hybride karakter van het ingevoerde geschillenbeslechtingsmechanisme alsook met het feit dat die leden, in elk geval in het begin, niet voltijds bij het Gerecht werkzaam zullen zijn. Bovendien wordt in mijn ogen aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de leden van het Gerecht als zodanig geen afbreuk gedaan door de in artikel 8.27, lid 12, van de CETA geformuleerde regel dat de hoogte van het maandelijks voorschot wordt vastgesteld door het Gemengd Comité van de CETA.¹⁸¹

261. Dit geldt volgens mij ook voor de in artikel 8.27, lid 15, van de CETA vervatte regel dat in een latere fase „[h]et Gemengd Comité voor de CETA [...] bij besluit van de voorschotten en andere honoraria en kostenvergoedingen een reguliere bezoldiging [kan] maken, alsmede de modaliteiten en voorwaarden ter zake [kan] vaststellen”. Deze regel is in overeenstemming met de in verklaring nr. 36 tot uitdrukking gebrachte wil om toe te werken „naar rechters die hun ambt voltijds uitoefenen”, en weerspiegelt het evolutieve karakter van het door de overeenkomstsluitende partijen gewenste mechanisme, dat geleidelijk steeds meer op een echte rechterlijke instantie moet gaan lijken.

4. Voorwaarden betreffende de benoeming en de eventuele afzetting van de leden van het Gerecht en de Beroepsinstantie

262. De benoemingsprocedure van de leden van het Gerecht en de Beroepsinstantie is geregeld in artikel 8.27, leden 2 en 3, respectievelijk in artikel 8.28, leden 3 en 7, van de CETA, waaruit met name volgt dat die leden worden benoemd bij besluit van het Gemengd Comité van de CETA.

263. Afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA bevat belangrijke regels waardoor die aan het Gemengd Comité voor de CETA toebedeelde uitvoeringsbevoegdheid wordt begrensd, teneinde de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de te benoemen leden te waarborgen.

264. Zo volgt uit artikel 8.27, lid 4, van de CETA dat de keuze van het Gemengd Comité zal moeten vallen op kandidaten die „voldoen aan alle gestelde eisen om in hun onderscheiden landen rechterlijke ambten te bekleden of [bekendstaan] als kundige rechtsgeleerden”. In diezelfde bepaling staat ook dat de kandidaten moeten „beschikken over aantoonbare ervaring op het gebied van internationaal publiekrecht” en dat „[h]et [...] wenselijk [is] dat zij met name op het gebied van internationaal investeringsrecht, internationaal handelsrecht en geschillenbeslechting in het kader van internationale investerings- of internationale handelsovereenkomsten over deskundigheid beschikken”.¹⁸²

265. Wanneer zij zijn benoemd, moeten de leden van het Gerecht en de Beroepsinstantie zich houden aan de bepalingen van artikel 8.30 van de CETA („Gedragscode”), waarvan het eerste lid specifiek bedoeld is om hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid te waarborgen.¹⁸³

¹⁸¹ Ik verwijs wat dit betreft naar mijn algemene overwegingen inzake het Gemengd Comité van de CETA (zie de punten 248-250 van deze conclusie). Zie ook met betrekking tot de bezoldiging van de leden van de Beroepsinstantie, artikel 8.28, lid 7, onder d), van de CETA.

¹⁸² Zie met betrekking tot de Beroepsinstantie artikel 8.28, lid 4, van de CETA.

¹⁸³ Ibidem.

266. Volgens artikel 8.30, lid 4, van de CETA kunnen „[d]e partijen bij de overeenkomst [...] op grond van een met redenen omklede aanbeveling van de president van het Gerecht of op gezamenlijk initiatief, bij besluit van het Gemengd Comité voor de CETA, een lid van het Gerecht van zijn mandaat ontheffen wanneer zijn of haar gedrag in strijd is met de in lid 1 bedoelde verplichtingen en onverenigbaar is met de voortzetting van het mandaat van lid van het Gerecht”.

267. Gelet op de eerdergenoemde waarborgen die voortvloeien uit de bipartiete en paritaire samenstelling van het Gemengd Comité en uit het feit dat dit comité zijn besluiten in onderlinge overeenstemming neemt, kan naar mijn mening worden aangenomen dat noch de benoeming, noch de eventuele afzetting van een lid van het Gerecht of de Beroepsinstantie zal plaatsvinden volgens andere dan de in artikel 8.27, lid 4, respectievelijk in artikel 8.30, lid 1, van de CETA geformuleerde voorwaarden.

5. Voor de leden van het Gerecht en de Beroepsinstantie geldende gedragsregels

268. Artikel 8.30, lid 1, van de CETA dient te worden aangehaald, waarin nauwkeurige regels zijn geformuleerd teneinde de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de leden van het Gerecht en de Beroepsinstantie te waarborgen:

„De leden van het Gerecht zijn onafhankelijk. Zij zijn niet verbonden aan enige overheid¹⁸⁴. Zij nemen geen instructies van enige organisatie of enige overheid aan met betrekking tot het voorwerp van het geschil. Zij nemen niet deel aan de behandeling van geschillen die rechtstreeks of onrechtstreeks tot een belangenconflict zouden kunnen leiden. Zij moeten voldoen aan de richtsnoeren [...] en aan alle krachtens artikel 8.44, lid 2, vastgestelde aanvullende voorschriften. Daarnaast treden zij na hun aanwijzing niet op als raadsman of als door een partij bij het geschil aangewezen deskundige of getuige in het kader van lopende of nieuwe investeringsgeschillen uit hoofde van deze overeenkomst of enige andere internationale overeenkomst.”

269. Als bepaling die ervoor moet zorgen dat die voorschriften worden nageleefd, moet behalve het eerder aangehaalde artikel 8.30, lid 4, van de CETA artikel 8.30, lid 2, van deze overeenkomst worden genoemd, waarin is bepaald dat een partij bij het geschil die van mening is dat een lid van het Gerecht in een belangenconflict verkeert, „de president van het Internationaal Gerechtshof [kan] verzoeken een besluit te nemen over de wraking van dat lid”.

270. Het is bovendien de bedoeling dat de in afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA opgenomen bepalingen inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid worden aangevuld met een gedragscode, die volgens artikel 8.44, lid 2, van de CETA moet worden vastgesteld door het Comité voor diensten en investeringen.¹⁸⁵ Volgens genoemde bepaling zal die gedragscode onder meer betrekking hebben op de openbaarmakingsverplichtingen, de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de leden, en de

184 De hier ingevoegde voetnoot bevat de volgende precisering: „Voor alle duidelijkheid: het feit dat een persoon een vergoeding van een overheid ontvangt, betekent op zichzelf niet dat hij niet als lid van het Gerecht in aanmerking komt.” De Commissie heeft in dit verband ter terechtzitting opgemerkt dat deze precisering met name ziet op hoogleraren, die weliswaar door de overheid worden betaald, maar ook voldoen aan de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De Commissie heeft daarnaast de categorie personen genoemd die een overheidspensioen ontvangen. Het is hoe dan ook duidelijk dat voor die personen alle in artikel 8.30 van de CETA vastgestelde regels blijven gelden die een eventueel belangenconflict dat hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid zou ondermijnen, beogen te vermijden en, in voorkomend geval, te bestraffen.

185 Volgens de tweede alinea van die bepaling stellen „[d]e partijen bij de overeenkomst [...] alles in het werk om ervoor te zorgen dat de gedragscode uiterlijk op de eerste dag van de voorlopige toepassing of de inwerkingtreding van deze overeenkomst, naargelang het geval, maar in ieder geval niet later dan twee jaar na die datum wordt vastgesteld”. Zie ook punt 6, onder f), van het gezamenlijk uitleggingsinstrument, alsmede verklaring nr. 36, waarin wordt gezegd dat „[d]e ethische vereisten voor de leden van de Gerechten [...] zo spoedig mogelijk [...] in detail [zullen] worden uitgewerkt in de vorm van een verplichte en bindende Gedragscode [...]”.

vertrouwelijkheid. Die gedragscode zal derhalve ertoe bijdragen dat de reeds in artikel 8.30, lid 1, van de CETA uitdrukkelijk geformuleerde waarborgen ter voorkoming van belangenconflicten worden gepreciseerd en versterkt, met name wat betreft de nevenactiviteiten van de leden en de voorafgaande goedkeuring daarvan.¹⁸⁶

271. Om alle hierboven aangevoerde redenen en met inachtneming van de door mij geformuleerde algemene overwegingen ben ik van mening dat de in afdeling F van hoofdstuk 8 van de CETA opgenomen bepalingen niet in strijd zijn met het in artikel 47 van het Handvest verankerde recht op toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht, aangezien zij een beschermingsniveau van dit recht waarborgen dat past bij de specifieke kenmerken van het in die afdeling voorziene mechanisme ter beslechting van geschillen tussen investeerders en staten.

IV. Conclusie

272. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging om het verzoek om advies te beantwoorden als volgt:

„Afdeling F van hoofdstuk 8 van de Brede Economische en Handelsovereenkomst (CETA) tussen Canada, enerzijds, en de Europese Unie en haar lidstaten, anderzijds, waarbij een mechanisme ter beslechting van investeringsgeschillen tussen investeerders en staten wordt ingevoerd, is verenigbaar met het Verdrag betreffende de Europese Unie, het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.”

¹⁸⁶ De Duitse regering merkt hierover in haar opmerkingen op dat algemene regel nr. 3 van de richtsnoeren, waaraan de leden van het Gerecht en de Beroepsinstantie volgens artikel 8.30, lid 1, van de CETA zullen moeten voldoen, voorziet in een vergaande verplichting tot bekendmaking van alle feiten en omstandigheden die de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de arbiters kunnen ondermijnen.