EUROPESE
COMMISSIE

Brussel, 19.11.2019
COM(2019) 597 final

VERSLAG VAN DE COMMISSIE AAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD

over de werking van Verordening (EU) nr. 912/2014 inzake de financiële verantwoordelijkheid in verband met scheidsgerechten voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten die zijn ingesteld bij internationale overeenkomsten waarbij de Europese Unie partij is

VERSLAG VAN DE COMMISSIE AAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD

over de werking van Verordening (EU) nr. 912/2014 inzake de financiële verantwoordelijkheid in verband met scheidsgerechten voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten die zijn ingesteld bij internationale overeenkomsten waarbij de Europese Unie partij is

1. Inleiding

Het Europees Parlement en de Raad hebben op 23 juli 2014 Verordening (EU) nr. 912/2014 tot vaststelling van een kader voor het regelen van de financiële verantwoordelijkheid in verband met scheidsgerechten voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten die zijn ingesteld bij internationale overeenkomsten waarbij de Europese Unie partij is, vastgesteld (de "verordening financiële verantwoordelijkheid" (VFV). De rechtsgrondslag voor de VFV is artikel 207 VWEU betreffende de gemeenschappelijke handelspolitiek, waarvan buitenlandse directe investeringen onderdeel uitmaken.

De Commissie is de instelling van de Unie die belast is met het beheer van de verordening financiële verantwoordelijkheid. Het directoraat-generaal Handel is binnen de Commissie de verantwoordelijke dienst; de Juridische Dienst is belast met de vertegenwoordiging van de Unie tijdens geschillenbeslechtingsprocedures en eventueel daaropvolgende procedurefasen.

In de verordening financiële verantwoordelijkheid zijn criteria verankerd voor de bepaling van de status van verweerder en de toekenning van financiële verantwoordelijkheid tussen de Unie en de lidstaten voor behandeling die kan leiden tot toewijzing van geldelijke schadevergoeding op basis van procedures voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten.

Over het algemeen wordt financiële verantwoordelijkheid toegewezen aan de entiteit die verantwoordelijk is voor de behandeling die aanleiding geeft tot schadevergoeding. Dit brengt met zich mee dat de Unie de financiële verantwoordelijkheid draagt wanneer de behandeling in kwestie is toegekend door een instelling, orgaan of agentschap van de Unie, terwijl een lidstaat de financiële verantwoordelijkheid draagt wanneer de behandeling in kwestie is toegekend door deze lidstaat zelf. Wanneer een lidstaat evenwel handelt op een wijze die wordt voorgeschreven door het recht van de Unie, bijvoorbeeld bij het omzetten van een EU-richtlijn, draagt de Unie de financiële verantwoordelijkheid voor zover de behandeling in kwestie door het recht van de Unie wordt voorgeschreven.

De regel betreffende de status van verweerder is dat over het algemeen de partij die de financiële verantwoordelijkheid draagt, tevens optreedt als de verweerder in een geschil. Er zijn echter specifieke omstandigheden waaronder de Unie optreedt als de verweerder ook al draagt de lidstaat de financiële verantwoordelijkheid. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een lidstaat er de voorkeur aan geeft dat de Unie optreedt als verweerder (bijvoorbeeld in verband met de technische deskundigheid die in het geschil vereist is), de zaak tevens een door een lidstaat toegekende behandeling betreft en deze behandeling door het recht van de Unie is voorgeschreven, of een soortgelijke behandeling voorwerp is van een WTO-geschillenbeslechtingsprocedure en er moet worden gezorgd voor een consistente argumentatie.

De verordening financiële verantwoordelijkheid omvat regelingen om ervoor te zorgen dat, wanneer de Unie optreedt als verweerder in zaken die een door een lidstaat toekende behandeling betreffen, de lidstaat in kwestie en de Unie nauw samenwerken bij het voeren van de geschillenbeslechtingsprocedure, in overeenstemming met de verplichting tot loyale samenwerking zoals vervat in artikel 4, lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie. Dit betekent onder meer dat rekening gehouden moet worden met de verdediging en bescherming van de belangen van de

lidstaat in kwestie, tijdige uitwisseling van informatie en relevante documenten moet plaatsvinden, frequent overleg moet worden gepleegd en deelgenomen moet worden aan de delegatie in de procedure.

De verordening financiële verantwoordelijkheid beschrijft tevens procedures voor de lidstaten en de Commissie om afspraken te maken voor de betaling van de kosten van procesvoering en van een arbitraal vonnis betreffende toewijzing van geldelijke schadevergoeding, zodat de druk op de financiële middelen van de EU niet, zelfs niet tijdelijk, onevenredig zwaar wordt. De Commissie en de lidstaat in kwestie zijn met name verplicht om afspraken te maken voor de periodieke betaling van kosten en voor de betaling van een eventuele schadevergoeding. Als de lidstaat in kwestie de financiële verantwoordelijkheid niet accepteert, kan de Commissie een besluit tot de lidstaat richten met het verzoek de begroting van de Unie aan te vullen met de bedragen in kwestie, vermeerderd met de toepasselijke rente.

Ten slotte beschrijft de VFV procedures en vereisten voor het schikken van zaken indien een schikking het belang van de Unie dient. In geval van zaken met uitsluitend financiële verantwoordelijkheid van de Unie besluit de Commissie over de schikking. Wanneer een zaak tevens een door een lidstaat toegekende behandeling betreft, is voor de schikking van het geschil òf de instemming van de lidstaat vereist, òf het geschil kan worden beslecht door de Commissie, mits dit geen enkel financieel of begrotingsgevolg voor de lidstaat in kwestie heeft.

De verordening financiële verantwoordelijkheid legt de Commissie in de diverse stadia van een geschil informatieplichten op jegens het Europees Parlement en de Raad, bijvoorbeeld wanneer zij van een eiser een verzoek om overleg ontvangt of een bericht van diens voornemen een geschillenbeslechtingsprocedure in te leiden.

2. Huidig toepassingsgebied van de verordening financiële verantwoordelijkheid

De verordening financiële verantwoordelijkheid is van toepassing op de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten bij overeenkomsten waarbij de Unie partij is. Momenteel is de VFV, in afwachting van de ratificering en inwerkingtreding van overeenkomsten waarin een beslechtingsmechanisme voor geschillen tussen investeerders en staten is opgenomen, bijvoorbeeld de bilaterale overeenkomsten met Canada (CETA), Singapore en Vietnam, alleen van operationele toepassing op geschillenbeslechtingszaken tussen investeerders en staten die zijn ingeleid tegen de EU uit hoofde van het Verdrag inzake het Energiehandvest (EHV). De Unie is een overeenkomstsluitende partij bij het EHV sinds de ratificering ervan in 1998.

3. Zaken ingeleid tegen de Unie uit hoofde van het Verdrag inzake het Energiehandvest

Tot dusver is er op grond van het Verdrag inzake het Energiehandvest één beslechtingsprocedure met betrekking tot een investeringsgeschil tegen de Unie ingeleid. Daarnaast zijn er door de Unie enkele verzoeken om overleg op grond van artikel 26 van het EHV ontvangen, die echter nog niet hebben geresulteerd in formele procesvoering. Al deze procedures worden hieronder meer in detail beschreven.

a. Aanspraken van Prosisa en Risteel Corporation in verband met Spaanse programma's ter ondersteuning van hernieuwbare energiebronnen (2015)

In 2015 ontving de Commissie twee verzoeken om overleg uit hoofde van artikel 26 van het EHV, van respectievelijk het Zwitserse bedrijf Prosisa AG en het Nederlands bedrijf Risteel Corporation BV. Op 7 oktober 2015 heeft de Commissie het Europees Parlement en de Raad hiervan overeenkomstig de artikelen 4 en 7 van de verordening financiële verantwoordelijkheid op de hoogte gesteld.

Beide bedrijven hadden geïnvesteerd in de sectoren fotovoltaïsche energie en windenergie en in de productie van hernieuwbare energie met behulp van biomassa op het grondgebied van Spanje. Hun aanspraken hadden betrekking op het besluit van Spanje om de steunregeling voor hernieuwbare energie te wijzigen. De bedrijven hadden gelijktijdig tevens procedures tegen Spanje aangespannen. Hun argumentatie komt er in wezen op neer dat de Commissie de eerlijke en evenwichtige behandelingsnorm die is vervat in artikel 10 van het EHV heeft geschonden door in te grijpen voordat uit hoofde van het EHV opgerichte scheidsgerechten dat deden en door aan te voeren dat het EHV niet van toepassing was op de betrekkingen tussen een EU-lidstaat en een investeerder uit een andere EU-lidstaat.

Overleg als bedoeld in artikel 26, lid 1, van het EHV vond op 1 december 2015 tussen de investeerders en de Commissie plaats. De Commissie verduidelijkte dat zij van oordeel was dat er geen geldige wettelijke basis was waarop de bedrijven hun geschil met de Unie konden voortzetten.

De bedrijven hebben geen vervolg gegeven aan hun aanspraken jegens de EU.

b. Aanspraken van Nord Stream 2 in verband met de wijziging van de gasrichtlijn (2019)

Op 12 april 2019 stuurde Nord Stream 2 AG, een in Zwitserland gevestigde dochteronderneming van Gazprom, een brief naar de Commissie waarin zij om opheldering vroeg over de toepassing van de afwijkingsregeling in Richtlijn (EU) 2019/692 van 17 april 2019 tot wijziging van Richtlijn 2009/73/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas ("wijzigingsrichtlijn aardgas")[1]. In de brief stelde Nord Stream 2 de Commissie tevens op de hoogte van een vermeende schending van het EHV en verzocht zij de EU om te pogen tot een minnelijke schikking te komen overeenkomstig artikel 26, lid 1, van het EHV. Overeenkomstig artikel 4 van de verordening financiële verantwoordelijkheid werden de Raad en het Europees Parlement op 13 mei 2019 van deze ontwikkelingen op de hoogte gesteld.

Nord Stream 2 AG stelde dat het op grond van de gewijzigde gasrichtlijn recht zou hebben op een afwijking van de regels ten aanzien van ontvlechting, toegangsdiensten aan derden en tariefregulering die van toepassing waren op grond van de gasrichtlijn, aangezien een dergelijke afwijking het bedrijf in staat zou stellen zijn gemaakte investeringen terug te verdienen en daarmee te voldoen aan zijn legitieme verwachtingen. Het bedrijf voerde aan dat wanneer het niet in aanmerking zou komen voor een afwijking uit hoofde van de wijzigingsrichtlijn en geen andere stappen zouden worden ondernomen om het in een gelijkwaardige positie te brengen, dit zou neerkomen op een schending van de verplichtingen van de EU uit hoofde van het EHV, met name de artikelen 10 en 13 daarvan. Nord Stream 2 AG stelde tevens dat het moet worden beschouwd als een investeerder van een overeenkomstsluitende partij in de zin van het EHV omdat het hoofdkantoor van het bedrijf zich in Zug, Zwitserland, bevindt en het bedrijf daar wezenlijke bedrijfsactiviteiten verricht.

Overleg tussen de Commissie en Nord Stream 2 heeft plaatsgevonden op 25 juni 2019. De Europese Commissie heeft, in afwachting van de indiening door de investeerder van concrete bewijzen van zijn bedrijfsactiviteit in Zwitserland, nog geen standpunt ingenomen over de vraag of Nord Stream 2 gerechtigd is aanspraken te doen gelden in het kader van het EHV. De Commissie stelde de investeerder tevens op de hoogte van haar opvatting dat Richtlijn 2019/692 niet-discriminerend en conform de internationale verplichtingen van de EU uit hoofde van het EHV is. Ten aanzien van de vraag of Nord Stream 2 in aanmerking zou kunnen komen voor een afwijking wees de Commissie op de regels van de wijzigingsrichtlijn aardgas, met name het feit dat het de desbetreffende autoriteiten

[1] Richtlijn (EU) 2019/692 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 tot wijziging van Richtlijn 2009/73/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas, PB L 117 van 3.5.2019, blz. 1.

van de lidstaten zijn die op basis van de nationale regels ter omzetting van deze richtlijn en op individuele aanvraag beslissen over het verlenen van afwijkingen.

Verdere schriftelijke uitwisseling van informatie tussen de Commissie en Nord Stream 2 vond plaats op 8 juli, 26 juli en 6 augustus 2019. Op 25 juli 2019 heeft Nord Stream 2 een beroep tot nietigverklaring van Richtlijn (EU) 2019/692 ingesteld bij het Gerecht van de Europese Unie (zaak T-526/19). Op 26 september 2019 heeft Nord Stream 2 bij het Gerecht van de Europese Unie tegen de EU een kennisgeving van arbitrage overeenkomstig artikel 26, lid 2, onder c), en artikel 26, lid 4, onder b), van het EHV ingediend. Op 1 oktober 2015 heeft de Commissie het Europees Parlement en de Raad daarvan in kennis gesteld overeenkomstig de artikelen 4 en 7 van de verordening financiële verantwoordelijkheid.

In de kennisgeving van arbitrage voert Nord Stream 2 AG aan dat Richtlijn (EU) 2019/692 (de "wijzigingsrichtlijn") en het optreden van de EU in verband met de wijzigingsrichtlijn in strijd zijn met de verplichtingen van de EU op grond van het EHV, met name artikel 10, leden 1 en 7, en artikel 13 van het EHV.

c. Aanspraken van Britse investeerders namens AS PNB Banka tegen door de Europese Centrale Bank opgelegde regelgevingsvereisten (2019)

Op 2 mei 2019 ontving de Commissie een brief, overeenkomstig artikel 26, lid 1, EHV, van Russische investeerders (met de Britse nationaliteit) namens de Letse bank AS PNB Bank, met betrekking tot bepaalde beslissingen van de Europese Centrale Bank (ECB) waardoor regelgevingsvereisten opgelegd werden aan de bank die gevolgen zouden hebben voor hun investeringen in een windenergiecentrale in Letland, genaamd Winergy.

De investeerders voerden met name aan dat een ontwerpbesluit van de ECB van 17 mei 2019 waarin aan AS PNB Bank termijnen werden opgelegd om haar positierisico ten aanzien van Winergy af te wikkelen en te voldoen aan bepaalde kapitaaltoereikendheidsdrempels, geleid heeft tot intrekking van de vergunning van de bank en tot het verlies van hun investeringen in Winergy. De investeerders stelden dat de Unie, samen met Letland, met haar optreden het voortbestaan en de zekerheid van hun investeringen in Winergy bedreigde in strijd met de verplichtingen van de EU op grond van deel III van het EHV.

Het Europees Parlement en de Raad werden op 24 mei 2019 van deze beweringen op de hoogte gesteld.

Op 28 juni 2019 stuurde de Commissie een brief naar de investeerders waarin zij uiteenzette dat de investeerders naar haar mening geen procedures uit hoofde van het EHV tegen de EU kunnen inleiden aangezien zij EU-onderdanen zijn en dat zij hun in overweging gaf de aanspraken in te trekken.

4. Transparantie in de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten die zijn ingeleid tegen de Unie

De Europese Commissie wil ervoor zorgen dat de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten die zijn ingeleid tegen de Unie zo transparant mogelijk geschiedt. De afgelopen jaren heeft de Commissie de aanpak van de Unie ten aanzien van de beslechting van investeringsgeschillen door middel van een aantal initiatieven radicaal veranderd. Het gaat hierbij onder meer om onderhandelingen over regels ten aanzien van transparantie die in 2013 hebben geleid tot de vaststelling van de UNCITRAL-transparantieregels en de opname van dergelijke regels in de bepalingen van de stelsels van investeringsgerechten die zijn vastgelegd in de bilaterale overeenkomsten van de EU met Canada, Singapore, Vietnam en Mexico.

De Unie is tevens betrokken geweest bij de onderhandelingen over het Verdrag van de Verenigde Naties inzake transparantie bij op het verdrag gebaseerde investeerder-staatarbitrage ("Mauritius-

verdrag", New York, 2014), een VN-verdrag dat voorziet in de toepassing van de UNCITRAL-transparantieregels op de bestaande inventaris van meer dan 3 000 bilaterale investeringsverdragen. De Commissie had verzocht om de UNCITRAL-transparantieregels van toepassing te laten zijn op het EHV krachtens het Mauritius-verdrag en heeft een voorstel gedaan voor een besluit van de Raad tot het verlenen van machtiging voor de ondertekening van het Mauritius-verdrag door de EU in januari 2015. De Raad heeft echter nog niet ingestemd met de goedkeuring van het voorstel van de Commissie. Dit betekent dat de transparantieregels op dit moment niet verplicht van toepassing zijn op geschillen uit hoofde van het EHV.

De Commissie heeft niettemin het initiatief genomen om te zorgen dat voor aanspraken die tot dusver onder haar aandacht zijn gebracht optimale transparantie geldt. Zij heeft op de website van DG Handel de meest recente uitwisselingen tussen de investeerders en de Commissie gepubliceerd (https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/dispute-settlement/investment-disputes/). De Commissie is van plan transparantienormen te blijven toepassen wanneer investeerders besluiten hun aanspraken voor te leggen voor arbitrage, door overeenstemming met de investeerders te bereiken over het publiceren van ingediende opmerkingen en door openbare hoorzittingen te organiseren.

***