

# The European Proposal for an Investment Court System in Context

**T**o date, the European Union ('EU') has had a difficult relationship with Bilateral Investment Treaties ('BITs'). These instruments, and more particularly BITs between EU Member States ('intra-EU BITs'), sit uncomfortably with EU law, primarily for two reasons: (i) they allow private investors to deviate from conventional remedies under EU law, and (ii) they can come into conflict with substantive rules of EU law, such as state aid and competition rules. Thus, it was only a matter of time before the European Commission launched infringement procedures against several Member States, for having intra-EU BITs in force that have been relied on in arbitrations raising issues of compatibility with EU law. Although the procedures have not yet been formally initiated, the first stages of the pre-litigation procedure are well under way.

In the meantime, national courts have also struggled with the relationship between EU law and intra-EU BITs. In a recent case, the German Supreme Court made a preliminary reference to the Court of Justice of the European Union ('CJEU') in relation to the Eureka arbitration. This was an investment arbitration against the Slovak Republic, in which the Slovak government unsuccessfully challenged the jurisdiction of the arbitral tribunal



**Daniel Sarmiento**  
EU Law and International Trade

on the grounds of a breach of EU law. The German Supreme Court asked the CJEU about the issue of the legality of intra-EU BITs in light of EU Treaties.

To add further complexity to an already intricate situation, the CJEU appears reluctant to accept hardly any role for international jurisdictions in the interpretation of EU law, or in any case that might directly or indirectly interfere with that Court's jurisdiction. This position has led the Court to rule against EU accession to the European Convention on Human Rights (including the jurisdiction of the European Court of Human Rights), and to impose strict conditions on the creation of a Unified Patent Court by the Member States of the EU.

The debate on intra-EU BITs has now become even broader, as so-called 'mega trade agreements' have drawn the attention of the public and the press. The negotiations of the Transatlantic Trade and Investment Partnership



**Home**

**Editorial**

Welcome to the Investment Arbitration Outlook

**Insight**

Investment Arbitration and Proceedings before Local Courts

**Global Briefing**

The European Proposal for an Investment Court System in Context

The Impact of the New United States Administration on Investment Policies

The Problematic Status of Intra-European Union Bilateral Investment Treaties

**In Focus**

Entry into Force of the Bilateral Investment Treaty between Spain and Saudi Arabia

Award in *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*

**Investment Arbitration:  
Contact Lawyers**

('TTIP'), as well as other important trade agreements involving the EU –with Canada, Singapore, Japan and Vietnam– have raised concerns about the role of international investment arbitration. For example, on 16 May 2017, the CJEU ruled that certain provisions of the EU's free trade agreement with Singapore do not fall within the EU's exclusive competence and thus cannot be established without the consent of Member States (including provisions relating to non-direct foreign investment and investor-State dispute settlement). However, the CJEU expressly refrained from opining on the agreement's compatibility with EU law.

These concerns have pushed the European Commission to propose changes to the traditional means of dispute settlement in investment treaties. The proposals are also intended to solve many of the issues raised by intra-EU BITs. Among them, the European Commission has recently proposed, in its current treaty negotiations, the creation of a permanent court of investment protection (the 'Investment Court System'), that would not include the appointment of arbitrators by both parties. It would be made up of a first instance tribunal and an appeal body, with sitting judges

## The European Commission is promoting the creation of a permanent and multilateral investment court



## One proposal includes a Multilateral Appeal Tribunal

rather than arbitrators. The Investment Court System has been agreed with Canada in the context of the Comprehensive Economic and Trade Agreement ('CETA'). It has also been included in the current negotiations with China, Myanmar, Tunisia, Morocco, Japan, the Philippines, and Mexico. The proposal was also under preliminary discussions with the United States, until negotiations on the TTIP came to a halt in November 2016.

More generally, the European Commission (with the active support of Canada) is also promoting the creation of a permanent and multilateral investment court, open to all signatory states of bilateral investment protection treaties. The initiative is far more ambitious than that envisaged for bilateral trade agreements with Canada, Singapore, and Vietnam. As an alternative, in recent months the proposal also includes a Multilateral Appeal Tribunal, which would hear appeals against the awards

rendered by arbitrators (here, however, the first instance would be similar to current arrangements).

The arbitration community has not spared its disapproval of the European Commission's proposal. Among other criticisms, it is claimed that the system allows Member States to appoint judges (albeit permanent ones), whilst depriving private applicants of any choice at all. According to critics, the proposal is biased in favour of states. This stands in contrast with the current arrangements, in which states and investors have equality of arms, even regarding the appointment of arbitrators.

The doubts as to the legality of intra-EU BITs will soon be resolved by the CJEU, once it issues its ruling on the pending case raised by the German Supreme Court. In the meantime, the future of investment arbitration is more uncertain than ever. Only time will tell what kind of remedies investors will be able to rely on in an increasingly changing world.

### Home

### Editorial

[Welcome to the Investment Arbitration Outlook](#)

### Insight

[Investment Arbitration and Proceedings before Local Courts](#)

### Global Briefing

[The European Proposal for an Investment Court System in Context](#)

[The Impact of the New United States Administration on Investment Policies](#)

[The Problematic Status of Intra-European Union Bilateral Investment Treaties](#)

### In Focus

[Entry into Force of the Bilateral Investment Treaty between Spain and Saudi Arabia](#)

[Award in \*Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain\*](#)

**Investment Arbitration:  
Contact Lawyers**



## La propuesta europea sobre el Sistema de Tribunales de Inversiones en contexto

▾ **Daniel Sarmiento**

Derecho europeo y comercio internacional

**H**asta la fecha, la Unión Europea (“UE”) ha tenido una relación complicada con los tratados bilaterales de inversión (“TBI”). Estos instrumentos, y en particular los TBI entre los Estados miembros de la UE (“**TBI intracomunitarios**”), no terminan de encuadrarse dentro del marco del Derecho de la UE, principalmente por dos razones: (i) porque permiten a inversores privados apartarse de los recursos legales previstos en el Derecho de la UE, y (ii) porque entran en conflicto con normas sustantivas del Derecho de la UE, tales como la prohibición de ayudas estatales y la normativa sobre competencia. Por ello, no es sorprendente que la Comisión Europea iniciara procedimientos de infracción contra varios Estados miembros, por tener en vigor TBI intracomunitarios que habrían sido invocados en arbitrajes en que se discutió la cuestión de su compatibilidad con el Derecho de la UE. Aunque los procedimientos de infracción no han sido iniciados formalmente, las primeras fases del procedimiento administrativo previo están ya en marcha.

Mientras tanto, los tribunales nacionales también han lidiado con la relación entre la legislación de la UE y los TBI intracomunitarios. En un caso reciente, el Tribunal Supremo alemán presentó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**TJUE**”) en relación con el arbitraje *Eureka*, un arbitraje de inversión contra la República Eslovaca, en el que el gobierno eslovaco impugnó sin éxito la jurisdicción del tribunal arbitral por incumplimiento del Derecho de la UE. El Tribunal Supremo alemán planteó ante el TJUE la cuestión sobre la legalidad de los TBI intracomunitarios en relación con los Tratados de la UE.

Para añadir aún más complejidad, el TJUE parece resistirse a aceptar que cualquier jurisdicción internacional tenga un rol en la interpretación del Derecho de la UE (por pequeño que sea) o, en cualquier caso, que pueda interferir directa o indirectamente con su jurisdicción. Esta posición ha llevado al TJUE a denegar la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos (incluyendo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y a establecer requisitos estrictos para la creación de un Tribunal Unificado de Patentes por los Estados miembros de la UE, en virtud de un tratado internacional.

El debate sobre los TBI intracomunitarios se ha ampliado más aún por los llamados “mega acuerdos comerciales”, que han atraído la atención del público y de la prensa. Las negociaciones de la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (“**TTIP**”, por sus siglas en inglés), así como otros importantes acuerdos comerciales que involucran a la UE –con Canadá, Singapur, Japón y Vietnam– han abierto el debate sobre el papel del arbitraje internacional de inversión. En concreto, el pasado 16 de mayo de 2017, el TJUE concluyó que ciertas disposiciones del Tratado de Libre Comercio entre la UE y Singapur (el “**Tratado**”) no son competencia exclusiva de la Unión Europea y que, por tanto, requieren el consentimiento de los Estados para su entrada en vigor (incluidas las disposiciones sobre inversión extranjera indirecta y la solución de controversias entre inversores y Estados). Sin embargo, el TJUE se abstuvo de forma expresa de opinar sobre la compatibilidad del Tratado con el Derecho de la UE.

Esto ha llevado a la Comisión Europea a proponer cambios a los medios tradicionales de resolución de conflictos de los tratados de inversión. Estas propuestas, además, tienen por objeto resolver muchas de las cuestiones planteadas por los TBI intracomunitarios. Entre ellas, la Comisión Europea ha propuesto recientemente la creación de un tribunal permanente de protección de inversiones (el llamado “**Sistema de Tribunales de Inversiones**”). Este sistema estaría constituido por un tribunal de primera instancia y un órgano de apelación, y estaría compuesto por jueces en lugar de árbitros designados

por las partes. El Sistema de Tribunales de Inversiones ha sido ya acordado con Canadá en el contexto del Acuerdo Económico y Comercial Global ("**CETA**", por sus siglas en inglés), y también se ha incluido en las negociaciones con China, Myanmar, Túnez, Marruecos, Japón, Filipinas y México. La propuesta estaba siendo tratada en las negociaciones preliminares con Estados Unidos sobre el TTIP, hasta que se interrumpieron en noviembre de 2016.

Desde una perspectiva más general, la Comisión Europea (con el apoyo activo de Canadá) también está promoviendo la creación de un tribunal multilateral de inversiones permanente, abierto a todos los Estados firmantes de TBI. La iniciativa es mucho más ambiciosa que la prevista para los acuerdos comerciales bilaterales con Canadá, Singapur y Vietnam. Alternativamente, en los últimos meses también se ha propuesto la creación de un Tribunal de Apelación Multilateral, que tendría competencia sobre los recursos contra los laudos dictados por árbitros (en este caso, la primera instancia sería similar al régimen actual).

La comunidad arbitral ha cuestionado la propuesta de la Comisión Europea. Entre otros aspectos, se critica que el sistema permite a los Estados miembros nombrar a jueces (aunque sean permanentes), e impide a los demandantes privados cualquier elección. Según los críticos, la propuesta está sesgada a favor de los Estados. Esta propuesta difiere del sistema actual, donde Estados e inversores tienen igualdad de armas, incluso en lo que respecta al nombramiento de árbitros.

Las dudas sobre la legalidad de los TBI intracomunitarios serán resueltas pronto por el TJUE, una vez que este dicte su resolución sobre el caso pendiente planteado por el Tribunal Supremo alemán. Mientras tanto, el futuro del arbitraje de inversión es más incierto que nunca. Solo el tiempo dirá en qué otros recursos podrán confiar los inversores en un mundo cada vez más cambiante.