

The Problematic Status of Intra-European Union Bilateral Investment Treaties



Víctor Ferreres

Public Law

For a long time, European Union ('EU') law and arbitration law have been relatively isolated from each other. However, there is now a strong connection between them, as well as potential tensions. One of the points of friction concerns investment treaty law.

Many states around the world have bilateral investment treaties ('BITs') in place, which establish substantive guarantees for foreign investors. Typically, they also contain clauses that empower investors to initiate arbitral proceedings against the host governments, if the latter have breached those guarantees.



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**

It has been argued that bilateral investment treaties between EU Member States are in conflict with EU law

The EU Member States have signed numerous BITs. Some of these have been entered into with a non-Member State, while others have been executed with another Member State (or with a state which became a Member State after the BIT was concluded). The latter type of BIT ('intra-EU BIT') is the problematic one from a legal perspective. It has been argued that it conflicts with EU law. The European Commission has in fact adopted the first steps with respect to infringement proceedings against Member States that maintain such BITs. Moreover, in the *Achmea* case (formerly the *Eureko* case) the German Supreme Court has raised a preliminary question to the Court of Justice of the European

Union ('CJEU'), which will allow the Court to rule on this controversial issue (Case C-284/16, still pending).

What concerns do intra-EU BITs raise? A first problem relates to the principle that prohibits discrimination on grounds of nationality (which is enshrined in Article 18 of the Treaty on the Functioning of the European Union, or 'TFEU'). It is argued that this principle is violated when two Member States mutually grant the nationals of the other state greater rights as investors than they grant to the nationals of other Member States. Only a multilateral treaty ratified by all Member States would overcome such an objection. Assuming this is correct,

a further issue that arises is whether arbitrators should accept that the relevant BITs must yield to the higher authority of EU law or, on the contrary, that the BITs should nevertheless be enforced, until they are formally repealed. For example, the arbitrators in the *Eureko* case (*Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13, Award of 26 October 2010), held that the rights of investors under the applicable BIT are not to be denied, even if the BIT conflicts with EU law.

A second issue concerns the exclusive jurisdiction of the CJEU. Under Article 344 of the TFEU, '*Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided therein*'. It is contended that this means no other court can settle disputes that are totally or partially governed by EU law. It may be countered, however, that the exclusive jurisdiction of the CJEU only applies to state-to-state disputes and does not extend to investor-state disputes.

A third issue relates to the centrality of the CJEU. Even if it is not a violation of Article 344 of the TFEU for arbitrators

to settle investor-state disputes under intra-EU BITs, the problem is that those arbitrators will often have to take into account EU law when adjudicating the cases, and they will not raise preliminary questions to the CJEU through the mechanism regulated in Article 267 of the TFEU. This undermines the central role that the CJEU is expected to play to unify the interpretation of EU law. Assuming this is a problem, how can it be resolved? Can the CJEU depart from its own case law, which does not, as a rule, permit arbitrators to refer questions to the Court and allow investor-state arbitrators, by way of exception, to do so? It is difficult, however, to consider investor-state arbitral tribunals to be tribunals '*of a Member State*' for the purposes of Article 267 of the TFEU. It is particularly difficult to accept this interpretation when the arbitral body that is involved has been set up under the ICSID framework; in this case, the arbitration is anchored in public international law and is therefore not seated in any domestic legal system.

It will be interesting to see how the CJEU responds to these matters when it hands down its judgment in the *Achmea* case.

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**

El estatus problemático de los tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros de la Unión Europea

▼ **Víctor Ferreres**

Derecho público

Durante mucho tiempo, el Derecho de la Unión Europea (“UE”) y el Derecho del arbitraje han vivido aislados el uno del otro. En la actualidad, sin embargo, existe una fuerte conexión entre ellos, así como potenciales tensiones. Uno de los puntos de fricción se produce en el campo del Derecho de protección de las inversiones extranjeras.

Numerosos Estados de todo el mundo han suscrito tratados bilaterales de inversión (“TBI”) que establecen garantías sustantivas para los inversores extranjeros. Dichos tratados suelen contener cláusulas que permiten a los inversores iniciar procedimientos arbitrales contra los gobiernos receptores de la inversión, si estos incumplen las mencionadas garantías.

Los Estados miembros de la UE han suscrito numerosos TBI. Algunos de esos tratados los han celebrado con Estados terceros, mientras que otros los han concluido con Estados miembros de la UE (o con Estados que han ingresado en la UE con posterioridad) (“TBI intracomunitario”). Es este último tipo de TBI el que plantea los principales problemas jurídicos. En efecto, se ha sostenido que los TBI intracomunitarios entran en conflicto con el Derecho de la UE. De hecho, la Comisión Europea ha iniciado procedimientos de infracción contra Estados miembros que son partes de TBI intracomunitarios. Por otro lado, en el caso *Achmea* (antes *Eureko*), el Tribunal Supremo alemán ha planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) sobre esta controvertida materia (asunto C284/16, pendiente de resolución).

¿Cuáles son las objeciones que se han esgrimido contra los TBI intracomunitarios? Un primer problema se refiere al principio que prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad (consagrado en el artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o “TFUE”). Se ha argumentado que este principio se ve vulnerado cuando dos Estados miembros, a través de un tratado bilateral, conceden a los correspondientes nacionales más derechos que los que disfrutaban los nacionales de otros Estados miembros de la UE. Solamente un tratado multilateral ratificado por todos los Estados miembros permitiría superar esta objeción. Suponiendo que, en efecto, los TBI producen una discriminación contraria al Derecho de la UE, se plantea entonces el interrogante de si los árbitros han de entender que los TBI deben dejarse de lado, por la superior autoridad del Derecho de la UE, o si, por el contrario, deben seguir siendo aplicados mientras no sean formalmente revocados. A propósito de esta cuestión, en el caso *Eureko* (*Eureko BV c. República Eslovaca*, Caso CPA nº 2008-13, laudo de 26 de octubre de 2010), por ejemplo, el tribunal arbitral sostuvo que los derechos que los inversores invocaban en virtud del correspondiente TBI resultaban operativos, aún en el supuesto de que se estimara que el TBI contravenía el Derecho de la UE.

Una segunda cuestión tiene que ver con la competencia exclusiva del TJUE. En virtud del artículo 344 del TFUE: "[l]os Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos". Se ha sostenido que ello significa que únicamente el TJUE puede resolver las controversias regidas total o parcialmente por el Derecho de la UE. Ahora bien, cabe contraargumentar que la jurisdicción exclusiva del TJUE sólo abarca las controversias entre Estados, y no se extiende a las controversias entre inversores y Estados.

Un tercer problema se refiere a la centralidad del TJUE. Aunque no se considere una violación del artículo 344 del TFUE el hecho de que los tribunales arbitrales resuelvan controversias entre inversores y Estados al amparo de TBI intracomunitarios, el problema es que, con frecuencia, esos tribunales arbitrales tienen que aplicar el Derecho de la UE al decidir los casos, pero no pueden plantear cuestiones preliminares al TJUE a través del mecanismo regulado en el artículo 267 del TFUE. Con ello se socava el papel central que se supone que debe desempeñar el TJUE, a los efectos de unificar la interpretación del Derecho de la UE. Suponiendo que esto sea un problema, ¿qué se podría hacer para resolverlo? Concretamente, ¿podría el TJUE apartarse de su propia jurisprudencia, que, por regla general, no permite a los árbitros remitir preguntas al TJUE, y permitir tal cosa, a título excepcional, en los litigios entre inversores y Estados? Este cambio jurisprudencial resultaría problemático. Es difícil considerar que los tribunales arbitrales, cuando resuelven controversias basadas en TBI, constituyen tribunales "de un Estado miembro" a los efectos del artículo 267 del TFUE. Es particularmente difícil aceptar esta interpretación cuando el órgano arbitral involucrado ha sido creado en el marco del Convenio del CIADI, pues en ese caso el arbitraje está asentado en el Derecho internacional público y, por lo tanto, no tiene su sede en ningún ordenamiento jurídico interno.

Será interesante ver qué respuesta dará el TJUE a estas cuestiones cuando emita su decisión en el asunto *Achmea*.