



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 68.048/VR
van 12 november 2020

over

een voorontwerp van decreet ‘houdende instemming met de
overeenkomst tot beëindiging van bilaterale
investeringsverdragen tussen de lidstaten van de Europese Unie,
ondertekend te Brussel op 5 mei 2020’

Op 18 september 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister-president van de Vlaamse Regering en Vlaams minister van Buitenlandse Zaken, Cultuur, ICT en Facilitair Management verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot vijfenveertig dagen,^(*) een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet ‘houdende instemming met de overeenkomst tot beëindiging van bilaterale investeringsverdragen tussen de lidstaten van de Europese Unie, ondertekend te Brussel op 5 mei 2020’.

Het voorontwerp is door de verenigde kamers onderzocht op 27 en 29 oktober 2020. De verenigde kamers waren samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, voorzitter, Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH, Chantal BAMPS, Patrick RONVAUX en Christine HOREVOETS, staatsraden, en Greet VERBERCKMOES, griffier, en Esther CONTI, toegevoegd griffier.

De verslagen zijn uitgebracht door Dries VAN EECKHOUTTE, eerste auditeur, Tim CORTHAUT, auditeur, en Anne-Stéphanie RENSON, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 12 november 2020.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de verenigde kamers met toepassing van artikel 85bis.

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN DECREET

2.1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe om namens het Vlaamse Gewest in te stemmen met de Overeenkomst ‘tot beëindiging van bilaterale investeringsverdragen tussen de lidstaten van de Europese Unie, ondertekend te Brussel op 5 mei 2020’ (hierna: de Overeenkomst).

2.2. De Overeenkomst heeft tot doel om alle nog geldende bilaterale investeringsverdragen tussen de lidstaten van de Europese Unie te beëindigen, en om in dat verband in begeleidende- en overgangsmaatregelen te voorzien. Op die wijze beogen de drieëntwintig lidstaten die bij de Overeenkomst partij zijn tegemoet te komen aan de gevolgen van het arrest *Achmea* van het Hof van Justitie van de Europese Unie, waarin wordt geoordeeld dat het bij investeringsverdragen opgezette systeem van arbitrage onverenigbaar is met de artikelen 267 en 344 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), aangezien arbitrageprocedures tussen een lidstaat en een investeerder ertoe leiden dat geschillen die betrekking hebben op het recht van de Europese Unie (hierna: EU-recht) worden onttrokken aan een rechter die de bevoegdheid heeft om geschillen voor te leggen aan het Hof van Justitie.² Reeds eerder had het Hof van Justitie geoordeeld dat - niettegenstaande lidstaten de mogelijkheid hebben om onderling internationale overeenkomsten te sluiten in aangelegenheden die niet vallen binnen de exclusieve bevoegdheden van de Europese Unie³ - inhoudelijke bepalingen van internationale overeenkomsten tussen lidstaten niet langer kunnen worden toegepast indien ze strijdig worden bevonden met het EU-recht, en evenmin op basis van artikel 351 VWEU kunnen worden gehandhaafd.⁴

2.3. De Overeenkomst bevat vier afdelingen.

Afdeling 1 bevat een aantal definities, onder meer van de begrippen “arbitrageprocedures”, “beëindigde arbitrageprocedures”, “aanhangige arbitrageprocedures” en “nieuwe arbitrageprocedures” (artikel 1 van de Overeenkomst).

¹ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² HvJ 6 maart 2018, *Achmea*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, punten 31-60.

³ HvJ 27 november 2012, *Pringle*, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, punten 68-69.

⁴ HvJ 8 september 2009, *Budějovický Budvar*, C-478/07, ECLI:EU:C:2009:521, punten 98-99.

Afdeling 2 regelt de beëindiging van alle in bijlage A vermelde bilaterale investeringsverdragen, waarvan dertien verdragen ook betrekking hebben op België⁵ (artikel 2), en van mogelijke gevolgen van de horizonclausules⁶ van de in bijlage B vermelde bilaterale investeringsverdragen (artikel 3). Artikel 4, lid 1, bevestigt dat de arbitragebedingen in de betrokken bilaterale investeringsverdragen strijdig zijn met het EU-recht, en bijgevolg geen rechtsgrondslag kunnen bieden voor arbitrageprocedures vanaf de datum waarop de laatste van de partijen bij een bilateraal investeringsverdrag een lidstaat van de Europese Unie is geworden. De beëindiging van de investeringsverdragen en de horizonclausules wordt van kracht zodra de Overeenkomst voor de betrokken partijen bij een investeringsverdrag in werking treedt overeenkomstig artikel 16 ervan (artikel 4, lid 2).

Afdeling 3 bevat een aantal (overgangs-)bepalingen met betrekking tot nieuwe, beëindigde of nog aanhangige arbitrageprocedures. Arbitragebedingen in bilaterale investeringsverdragen kunnen niet meer als rechtsgrondslag dienen voor nieuwe arbitrageprocedures (artikel 5). Aan de vóór de datum van het arrest *Achmea* (6 maart 2018) beëindigde arbitrageprocedures wordt door de Overeenkomst geen afbreuk gedaan (artikel 6, lid 1). Arbitrageprocedures die vóór de datum van het arrest *Achmea* werden ingeleid, kunnen nog beëindigd worden via een minnelijke schikking (artikel 6, lid 2). Wat aanhangige procedures betreft, moeten de partijen bij de Overeenkomst het arbitragetribunaal informeren van de rechtsgevolgen van het arrest *Achmea* aan de hand van de modelverklaring opgenomen in bijlage C van de Overeenkomst, en de rechter voor wie de tenuitvoerlegging van een eerdere arbitrale uitspraak wordt gevorderd, verzoeken die uitspraak te vernietigen of te seponeren of zich te onthouden van de erkenning of de tenuitvoerlegging ervan (artikel 7). De artikelen 8, 9 en 10 bevatten overgangsmatregelen met betrekking tot aanhangige arbitrageprocedures, die het in bepaalde gevallen mogelijk moeten maken dat een lidstaat en een investeerder het geschil met de tussenkomst van een facilitator kunnen schikken op een met het EU-recht verenigbare wijze (artikel 9), of dat een investeerder toegang krijgt tot de nationale rechtbanken voor het instellen van een vordering onder nationaal of EU-recht, en dus niet onder het recht van het betrokken investeringsverdrag.

Afdeling 4 bevat slotbepalingen die betrekking hebben op de depositaris (artikel 11), de bijlagen (artikel 12), de uitsluiting van voorbehouden (artikel 13), de geschillenbeslechting tussen de partijen, met inbegrip van de mogelijkheid om een geschil overeenkomstig artikel 273 VWEU voor te leggen aan het Hof van Justitie (artikel 14), de bekrachtiging, goedkeuring of aanvaarding (artikel 15), de inwerkingtreding (artikel 16), de voorlopige toepassing (artikel 17) en de authentieke teksten (artikel 18).

⁵ Die verdragen zijn door België in naam van de *Belgische-Luxemburgse Economische Unie* gesloten, overeenkomstig artikel 31 van de Overeenkomst ‘tot oprichting van de Belgisch-Luxemburgse Economische Unie’, ondertekend te Brussel op 25 juli 1921.

⁶ Een horizonclausule is elke bepaling in een bilateraal investeringsverdrag “die gedurende een verdere periode de bescherming verlengt van investeringen die vóór de datum van beëindiging van dat verdrag zijn gedaan” (artikel 1, punt 7), van de Overeenkomst). De investeringsverdragen waarbij België partij is, bevatten evenwel geen dergelijke bepalingen.

BEVOEGDHEID

3.1. De Werkgroep gemengde verdragen, ingesteld bij het samenwerkingsakkoord van 8 maart 1994 tussen de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten ‘over de nadere regelen voor het sluiten van gemengde verdragen’, heeft op 19 november 2018 het gemengd karakter van de overeenkomst vastgesteld, en geoordeeld dat daarbij zowel de bevoegdheden van de federale overheid als die van de gewesten aan bod komen.⁷

Die bevoegdheidskwalificatie werd ook aangevoerd met betrekking tot de inhoudelijk vergelijkbare investeringsbeschermingsovereenkomst tussen de Europese Unie en haar lidstaten, enerzijds, en de Republiek Singapore, anderzijds. In het advies over het desbetreffende voorontwerp van instemmingsdecreet van het Vlaams Gewest, merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, dienaangaande echter het volgende op:

“3.3. (...). De bepalingen van de overeenkomst hebben niet enkel betrekking op het bevorderen van de buitenlandse handel, maar brengen verregaande verplichtingen mee voor alle overheden met betrekking tot de manier waarop zij buitenlandse investeringen in België zullen behandelen in het kader van hun bevoegdheden. De door de overeenkomst vereiste bescherming van Singaporese investeringen vereist dan ook dat de Vlaamse Gemeenschap zich ten aanzien van die investeringen naar de overeenkomst richt, zowel wat haar regelgevend optreden betreft, als met betrekking tot de uitoefening van haar instrumentele bevoegdheden. Bijgevolg moeten ook de gemeenschappen met die overeenkomst instemmen.”⁸

3.2. In de thans voorliggende Overeenkomst worden de betrokken bilaterale investeringsverdragen en horizonclausules beëindigd (afdeling 2 van de Overeenkomst) en worden in dat verband begeleidende- en overgangsregelingen vastgesteld waarbij ook nieuwe rechten en verplichtingen, zowel procedureel- als materieelrechtelijk, in het leven worden geroepen (afdeling 3 van de Overeenkomst).

Aangenomen moet worden dat uit de betrokken bilaterale investeringsverdragen ook bepaalde verplichtingen voortvloeien ten aanzien van de gemeenschappen, meer bepaald wat betreft de wijze waarop zij de investeringen die onder deze verdragen vallen in het kader van hun eigen bevoegdheden behandelen. De gemeenschappen zullen zich bijgevolg ook, zowel wat hun regelgevend optreden betreft als met betrekking tot de uitoefening van hun instrumentele bevoegdheden, moeten richten naar het (overgangs-)recht dat thans, met betrekking tot de beëindiging van die bilaterale investeringsverdragen, in de vorm van een autonome overeenkomst tot stand wordt gebracht.

⁷ Het verslag van de Werkgroep gemengde verdragen werd stilzwijgend bevestigd door de Interministeriële Conferentie voor het Buitenlands Beleid, zoals bevestigd in de brief van de Minister van Buitenlands Zaken en van Defensie van 3 maart 2020 aan de Minister-president van de Vlaamse Regering.

⁸ Adv.RvS 65.244/VR van 19 maart 2019 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 3 juli 2020 ‘houdende instemming met de investeringsbeschermingsovereenkomst tussen de Europese Unie en haar lidstaten, enerzijds, en de Republiek Singapore, anderzijds, ondertekend te Brussel op 19 oktober 2018’, punt 3.3 (*Parl.St.* VI.Parl. 2019-20, nr. 347/1, (25), 29).

3.3. In het licht van het voorgaande moet dan ook worden geconcludeerd dat de Overeenkomst een “dubbel gemengd” verdrag is, waarmee niet enkel de federale overheid en de gewesten, maar ook de gemeenschappen moeten instemmen.

VORMVEREISTEN

4. Overeenkomstig artikel 31, lid 2, van de Overeenkomst ‘tot oprichting van de Belgisch-Luxemburgse Economische Unie’, ondertekend te Brussel op 25 juli 1921, dient het Groothertogdom Luxemburg te worden gehoord, vooraleer de Overeenkomst wordt gesloten. Er dient over te worden gewaakt dat aan dit vormvereiste wordt voldaan.

ONDERZOEK VAN DE OVEREENKOMST

De beëindiging van de bilaterale investeringsverdragen

5. Overeenkomstig artikel 4, lid 2, van de Overeenkomst wordt een in bijlage A vermeld bilateraal investeringsverdrag beëindigd op de datum dat de Overeenkomst voor beide partijen bij dat verdrag in werking treedt. Dat heeft tot gevolg dat de beëindiging van de dertien door België gesloten bilaterale investeringsverdragen wellicht niet op eenzelfde datum zal plaatshebben. Aangezien het op die wijze voor rechtsonderhorigen moeilijk te achterhalen valt wanneer een bepaald investeringsverdrag wordt beëindigd, zal hierover tijdig moeten worden geïnformeerd via het *Belgisch Staatsblad*.

De beëindiging van de arbitrageclausules

6. In artikel 4, lid 1, van de Overeenkomst wordt uitdrukkelijk bevestigd dat de arbitragebedingen strijdig zijn met het EU-recht, dat zij bijgevolg geen toepassing kunnen vinden, en dat zij vanaf de datum waarop de laatste van de twee partijen bij een bilateraal investeringsverdrag een lidstaat is geworden van de Europese Unie geen rechtsgrondslag meer kunnen bieden voor arbitrageprocedures.

Aangezien de gevolgen van het arrest *Achmea* door het Hof van Justitie niet werden beperkt in de tijd, dient dat arrest geacht te worden *ex tunc* uitwerking te hebben. Bedoelde arbitragebedingen dienen dan ook, in beginsel,⁹ buiten toepassing te worden gelaten vanaf de datum waarop het EU-recht op de twee bij een bilateraal investeringsverdrag betrokken partijen van toepassing is geworden. Artikel 4, lid 1, van de Overeenkomst, dat in dat opzicht slechts declaratieve werking heeft, doet dan ook uit zichzelf geen probleem rijzen.

De regeling van nieuwe, beëindigde en aanhangige arbitrageprocedures

7. Artikel 5 van de Overeenkomst bepaalt dat arbitragebedingen niet als rechtsgrondslag kunnen dienen voor *nieuwe arbitrageprocedures*. Nieuwe arbitrageprocedures

⁹ Zie hierna, opmerking 8.

zijn procedures die worden ingeleid vanaf 6 maart 2018 (artikel 1, punt 6), van de Overeenkomst).

Artikel 5 van de Overeenkomst beoogt bijgevolg retroactief een formeel verbod in te voeren om vanaf 6 maart 2018 nog nieuwe arbitrageprocedures in te leiden op grond van nog geldende arbitragebedingen. Die bepaling is evenwel slechts tegenstelbaar aan rechtsonderhorigen vanaf het ogenblik dat de Overeenkomst ten aanzien van de bij een bepaald investeringsverdrag betrokken verdragspartijen in werking treedt. Het arrest *Achmea* kan immers niet worden geacht dat verbod vanaf de voornoemde datum formeel tegenstelbaar te hebben gemaakt. Bijgevolg kunnen, niettegenstaande het arrest *Achmea*, sinds 6 maart 2018 *de facto* nog arbitrageprocedures worden ingeleid door investeerders, op grond van een in een investeringsverdrag opgenomen arbitragebeding, en dit tot wanneer de Overeenkomst ten aanzien van de verdragspartijen bij dat investeringsverdrag in werking is getreden en bekendgemaakt en dat verdrag zelf wordt beëindigd.

In dat verband dient ook te worden vastgesteld dat er in artikel 7 van de Overeenkomst wel degelijk mee rekening wordt gehouden dat vanaf 6 maart 2018 in voorkomend geval nog nieuwe arbitrageprocedures zullen worden ingeleid, aangezien de in artikel 7 opgenomen verplichtingen ten aanzien van de Overeenkomstsluitende partijen ook gelden in het geval van nieuwe arbitrageprocedures.

Vraag is dan ook welke (retroactieve) rechtsgevolgen precies worden beoogd met artikel 5 van de Overeenkomst. Vraag is ook waarom niet eveneens ten aanzien van nieuwe arbitrageprocedures in een overgangsregeling wordt voorzien, naar het voorbeeld van hetgeen het geval is voor aanhangige arbitrageprocedures (zie de artikelen 8, 9 en 10 van de Overeenkomst), nu op basis van een nog geldend investeringsverdrag en de daarin vervatte arbitragebedingen vanaf 6 maart 2018 in elk geval nog nieuwe procedures kunnen worden ingeleid en met die mogelijkheid uitdrukkelijk ook is rekening gehouden in artikel 7 van de Overeenkomst.

8. Artikel 6, lid 1, van de Overeenkomst bepaalt dat geen afbreuk wordt gedaan aan *beëindigde arbitrageprocedures* en dat deze procedures niet worden heropend. Beëindigde arbitrageprocedures zijn procedures die zijn geëindigd met een schikkingsovereenkomst of met een definitieve uitspraak die vóór 6 maart 2018 is gedaan en waarbij vóór die datum op regelmatige wijze aan de uitspraak uitvoering is gegeven of de uitspraak vóór de datum van inwerkingtreding van de Overeenkomst was geseponeerd of vernietigd (artikel 1, punt 4), van de Overeenkomst).

Gelet op het gegeven dat het EU-recht het belang van *res judicata* erkent, ook als dat tot gevolg heeft dat het EU-recht niet ten volle wordt toegepast,¹⁰ lijkt deze regeling in het licht van het tegemoetkomen aan de gevolgen van het arrest *Achmea*, te kunnen worden aanvaard.

¹⁰ HvJ 10 juli 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, § 60 : “Het Unierecht vereist dus niet dat een rechterlijke instantie uit principe terugkomt op haar in gezag van gewijsde gegane beslissing om rekening te houden met de uitlegging die het Hof na vaststelling van die beslissing aan een relevante bepaling van Unierecht heeft gegeven”.

9.1. De artikelen 8, 9 en 10 van de Overeenkomst bevatten een overgangsregeling voor *aanhangige arbitrageprocedures*. Aanhangige arbitrageprocedures zijn procedures die vóór 6 maart 2018 zijn ingeleid en die niet kunnen worden beschouwd als beëindigde procedures, ongeacht het stadium waarin ze zich bevinden op het ogenblik van de inwerkingtreding van de Overeenkomst (artikel 1, punt 5), van de Overeenkomst).

Artikel 8 van de Overeenkomst bepaalt de voorwaarden waaronder de overgangsmaatregelen bepaald in de artikelen 9 en 10 van de Overeenkomst van toepassing zijn.

Artikel 9 van de Overeenkomst voorziet voor de investeerder in de mogelijkheid om een verdragspartij bij een investeringsverdrag te verzoeken een schikkingsprocedure in te leiden, onder begeleiding van een onpartijdige facilitator, op voorwaarde dat de aanhangige arbitrageprocedure of de tenuitvoerlegging van een al verkregen uitspraak wordt opgeschort. Er wordt geen schikkingsprocedure ingeleid als het Hof van Justitie of een nationale rechter in een in kracht van gewijsde gegane beslissing heeft geoordeeld dat de maatregel die in de aanhangige arbitrageprocedure wordt bestreden, het EU-recht niet schendt. Hetzelfde geldt wanneer de Europese Commissie een definitief geworden besluit heeft vastgesteld waarin wordt geoordeeld dat de bestreden maatregel het Unierecht niet schendt. De inhoud van de beoogde schikking moet in overeenstemming zijn met het EU-recht.

Artikel 10 van de Overeenkomst voorziet in de mogelijkheid om de in een aanhangige arbitrageprocedure bestreden maatregel, middels de rechtsmiddelen waarin in het nationale recht wordt voorzien, voor te leggen aan een nationaal rechtcollege, voor zover de investeerder overeenkomstig artikel 10, lid 1, a), van de Overeenkomst de aanhangige arbitrageprocedure intrekt en afstand doet van alle rechten en vorderingen uit hoofde van het bilaterale investeringsverdrag. In de plaats kunnen enkel vorderingen worden ingesteld op grond van het nationale recht of het EU-recht, overeenkomstig artikel 10, §1, b), van de Overeenkomst.

9.2. De artikelen 9 en 10 van de Overeenkomst hebben tot gevolg dat een investeerder die een beroep doet op de in die artikelen bepaalde overgangsmaatregelen, afstand moet doen van de toepassing van de procedurele regels waarin het investeringsverdrag voorziet, terwijl op grond van artikel 10 van de Overeenkomst de investeerder bovendien afstand moet doen van de materiële rechten en vorderingen die voor hem uit dat verdrag voortvloeien.

Vraag is of voor die inperking van de rechten van investeerders een redelijke verantwoording voorhanden is en of die inperking in overeenstemming kan worden geacht met bepaalde grondwettelijke en verdragsrechtelijke normen.

9.3. In het arrest-Achmea is het Hof van Justitie van oordeel dat een scheidsgerecht dat bij een bilaterale investeringsovereenkomst opgericht is, niet beschouwd kan worden als een “rechterlijke instantie van een der lidstaten” in de zin van artikel 267 VWEU, en dus niet bevoegd is om aan het Hof een prejudiciële verwijzing voor te leggen (punt 49 van het arrest). Het Hof van Justitie heeft geconcludeerd dat, wegens de aard van scheidsgerichten en de bevoegdheden die daaraan opgedragen worden, “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 op grond waarvan 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 waarvan deze lidstaat zich ertoe heeft verbonden de bevoegdheid te aanvaarden” (punt 60 van het arrest). Bijgevolg kunnen de desbetreffende procedurele bepalingen in die verdragen in beginsel niet langer worden toegepast gelet op de strijdigheid ervan met het EU-recht. Dat gevolg van het arrest *Achmea* kan een voldoende verantwoording bieden voor het buiten toepassing laten, in de bij de Overeenkomst tot stand gebrachte overgangsregeling met betrekking tot aanhangige arbitrageprocedures, van de desbetreffende procedurele bepalingen van de investeringsverdragen.

Aangezien echter de gevolgen van het arrest *Achmea* zich beperken tot de procedurele bepalingen van de investeringsverdragen, kan dat arrest op zichzelf geen verantwoording bieden voor het buiten toepassing laten van andere bepalingen van die verdragen, waaronder die welke een grondslag vormen voor het uitoefenen door de investeerder van bepaalde rechten of het instellen van bepaalde vorderingen. Uit het negende lid van de preambule van de Overeenkomst dient weliswaar te worden afgeleid dat het niet de bedoeling is van de partijen bij de Overeenkomst om de materiële rechten vervat in de bilaterale investeringsverdragen in het gedrang te brengen. Het beginsel van non-discriminatie is een dergelijk recht in hoofde van de investeerder, dat vervat is in elk door België gesloten bilateraal investeringsverdrag en dat het voorwerp zou uitmaken van het internationaal gewoonterecht.¹¹ Het valt echter te betwijfelen of de overgangsregeling zoals die thans is voorzien in de Overeenkomst wel degelijk beantwoordt aan de voornoemde intentieverklaring van de overeenkomstsluitende partijen, nu in die regeling uitdrukkelijk is voorzien dat afstand moet worden gedaan van de rechten en vorderingen uit hoofde van het investeringsverdrag.

9.4.1. Het voorzien in de verplichting voor de investeerder, in het kader van de overgangsregeling opgenomen in artikel 10 van de Overeenkomst, om afstand te doen van de vorderingen die hij op grond van het investeringsverdrag kan doen gelden, lijkt op gespannen voet te staan met het recht op eigendom gewaarborgd door artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Het eigendomsbegrip in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM omvat ook vorderingen waarvan de eiser kan stellen dat hij ten minste een “legitieme verwachting” heeft op het daadwerkelijk verkrijgen van een eigendomsrecht.¹² In dat verband stelde het Grondwettelijk Hof reeds het volgende:

“Artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol houdt geen recht in om eigendom te verwerven (EHRM, 13 juni 1979, *Marckx* t. België, § 50; 28 september 2004, *Kopecký* t. Slovakije, § 35). Weliswaar kunnen in bepaalde omstandigheden gefundeerde verwachtingen met betrekking tot de verwezenlijking van toekomstige eigendomsaanspraken onder de bescherming van de vermelde verdragsbepaling vallen. Dat veronderstelt evenwel dat er sprake is van een rechtens afdwingbare aanspraak en dat een voldoende basis bestaat in het nationaal recht alvorens een rechtsonderhorige zich op een legitieme verwachting kan beroepen. De loutere hoop om het genot van eigendom te

¹¹ Zie bv. M. BOSSUYT en J. WOUTERS, *Grondlijnen van internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 865-867.

¹² EHRM 28 september 2004, *Kopecký* t. Slovakije, § 35.

verkrijgen, maakt geen dergelijke legitieme verwachting uit (EHRM, 28 september 2004, *Kopecný t. Slovakije*, § 35).”¹³

Vorderingsrechten die gebaseerd zijn op reële schade en een realistische basis hebben in rechte, zijn patrimoniale rechten die door het recht op eigendom zoals neergelegd in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM worden beschermd.¹⁴

Tenzij er alsnog voor de beperking van het recht op eigendom die bij artikel 10 van de Overeenkomst wordt ingevoerd een redelijke en afdoende verantwoording kan worden gegeven, lijkt voornoemd artikel, voor zover het investeerders ertoe dwingt om afstand te doen van hun vorderingen uit hoofde van een investeringsverdrag, een niet te verantwoorden inperking van het recht op eigendom in te houden.

9.4.2. In de mate dat de partijen bij de Overeenkomst kunnen worden geacht op te treden ter uitvoering van het EU-recht,¹⁵ kan het sluiten van de Overeenkomst ook binnen het toepassingsgebied van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, zoals bepaald in artikel 51 ervan, vallen. De toepasselijkheid van het Handvest op de uitvoering van de Overeenkomst wordt overigens uitdrukkelijk bevestigd door de partijen bij de voorliggende Overeenkomst.¹⁶ Aangezien het Handvest eveneens het recht op eigendom beschermt (artikel 17, lid 1) en dat beschermingsniveau overeenkomstig artikel 52, lid 3, van het Handvest niet lager mag liggen dan het beschermingsniveau onder het EVRM, moet worden aangenomen dat de Overeenkomst, in de mate dat deze op gespannen voet staat met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, ook op gespannen voet staat met artikel 17, lid 1, van het Handvest.

9.5. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat voor de overgangsregeling voor aanhangige arbitrageprocedures waarin wordt voorzien in de Overeenkomst, in de mate dat deze regeling impliceert dat investeerders afstand moeten doen van de materiële rechten en vorderingen die zij uit hoofde van een bilateraal investeringsverdrag kunnen doen gelden (artikel 10 van de Overeenkomst), geen verantwoording kan worden geboden door het arrest *Achmea*, en dat de verplichting om afstand te doen van de vorderingen uit hoofde van dat verdrag bovendien op gespannen voet staat met het recht op eigendom gewaarborgd door artikel 16 van de Grondwet, artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17, lid 1, van het Handvest van de Grondrechten.

9.6. Er moet tot slot worden benadrukt dat er weliswaar een Unierechtelijke verplichting is om tegemoet te komen aan het arrest *Achmea*, maar dat er geen verplichting is om dit te doen op de wijze zoals voorzien in de Overeenkomst. De voorrang van het Unierecht gaat immers niet zo ver dat dit ten koste kan gaan van het waarborgen van de grondrechten.¹⁷

¹³ GwH 20 oktober 2016, nr. 134/2016, B.15.

¹⁴ Zie in die zin bv. EHRM 6 oktober 2005, *Maurice t. Frankrijk*, §§ 63-70.

¹⁵ Ermee rekening houdend dat de Overeenkomst, hoewel geen Uniehandeling, wordt gesloten om tegemoet te komen aan het arrest *Achmea* van het Hof van Justitie.

¹⁶ Zie de elfde paragraaf van de preambule bij de Overeenkomst.

¹⁷ HvJ 3 mei 2005, *Berlusconi e.a.*, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270, punten 75-78.

Voorlopige toepassing van de Overeenkomst

10. Artikel 17 van de Overeenkomst maakt het mogelijk dat de Overeenkomst voorlopig wordt toegepast wanneer beide partijen bij een bilateraal investeringsverdrag hiertoe besluiten.

In verband met de voorlopige toepassing van verdragen merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, in advies 53.064/VR¹⁸ het volgende op:

“Krachtens artikel 167, § 3, van de Grondwet hebben verdragen eerst gevolg nadat zij de instemming van de betrokken Parlementen hebben verkregen.¹⁹

Met een voorlopige toepassing van het zetelakkoord wordt vooruitgelopen op de instemming ermee van het Vlaams Parlement en wordt het Parlement voor de keuze gesteld ofwel de voorlopige toepassing te bekrachtigen, ofwel, in geval van niet-instemming, de Belgische Staat tegenover de medeondertekenaar van de Overeenkomst in een delicate positie te plaatsen. Dat is een beperking op het recht van het Vlaams Parlement om vrij te oordelen of het al dan niet zijn instemming kan verlenen.

Bovendien is het zo dat, ook al zou de instemming van het Vlaams Parlement tot gevolg hebben dat het eerder tot stand gekomene wordt bevestigd, de overeenkomst in het interne recht geen gevolg kan hebben alvorens die instemming is gegeven, hetgeen tot moeilijkheden kan leiden. Dat is enkel niet het geval zo er voor een verdragsconforme toepassing in de praktijk reeds binnen het bestaande juridische kader een voldoende grondslag voorhanden is.

Bij gebreke aan een regeling in het Belgische recht voor de voorlopige toepassing van internationale verdragen, kan het hanteren van het instrument van voorlopige toepassing tot praktische en juridische moeilijkheden aanleiding geven. In elk geval verdient het aanbeveling de parlementaire instemmingsprocedure zo snel als mogelijk op te starten en te voltooien (...).”

De voornoemde opmerking geldt *mutatis mutandis* ook met betrekking tot de voorliggende Overeenkomst.

¹⁸ Adv.RvS 53.064/VR van 6 mei 2013 over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest ‘tot instemming met het akkoord tussen het Koninkrijk België en de Europese Unie over de voorrechten en immuniteiten van het Secretariaat van de Parlementaire Assemblée van de Unie voor de Mediterrane Regio, ondertekend in Brussel op 10 juli 2012’, opmerking 3.2.

¹⁹ Voetnoot 4 van het aangehaalde advies: Alhoewel artikel 67, § 3, van de Grondwet enkel betrekking heeft op de verdragen waarin aangelegenheden worden geregeld die uitsluitend tot de gemeenschaps- en gewestbevoegdheid behoren, geldt de erin opgenomen regel, gelet op de onderlinge samenhang tussen de paragrafen 2 tot 4 van dat artikel, eveneens ten aanzien van de gemengde verdragen.

ONDERZOEK VAN HET VOORONTWERPArtikel 1

11. Rekening houdend met hetgeen hiervoor is opgemerkt met betrekking tot de bevoegdheid, zal in artikel 1 van het voorontwerp melding ervan moeten worden gemaakt dat het decreet ook een gemeenschapsaangelegenheid regelt.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME