



KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN

FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID

Academiejaar 2016-2017

Directe buitenlandse investeringen na het Verdrag van Lissabon: waar staan we nu?

Promotor: Prof. dr. W. DEVROE

Begeleider: P. JANSEN

Masterscriptie, ingediend door
Lentle Dana NIJS
bij het eindexamen voor de graad
van
MASTER IN DE RECHTEN



KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN

FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID

Academiejaar 2016-2017

Directe buitenlandse investeringen na het Verdrag van Lissabon: waar staan we nu?

Promotor: Prof. dr. W. DEVROE

Begeleider: P. JANSEN

Masterscriptie, ingediend door
Lentle Dana NIJS
bij het eindexamen voor de graad
van
MASTER IN DE RECHTEN

Samenvatting

Het aanbreken van de 21^e eeuw bracht de wereld een ongeziene golf van enthousiasme over globalisatie en integratie die werd gegoten in de vorm van regionale handels- en integratieovereenkomsten. Zulke overeenkomsten zijn gegroeid, zowel qua aantal als omvang, met meer hoofdstukken en bepalingen die een diepere economische samenwerking tussen de partijen nastreven. Directe buitenlandse investeringen en het wegnemen van barrières hiertegen staat de laatste jaren centraal in de onderhandelingen van grote vrijhandelsakkoorden.

Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 zijn directe buitenlandse investeringen expliciet onder de gemeenschappelijke handelspolitiek komen te vallen. Artikel 207 VWEU stelt nl. dat de gemeenschappelijke handelspolitiek nu ook de directe buitenlandse investeringen inhoudt, waardoor de Unie hier exclusief bevoegd voor werd. Deze masterproef tracht een overzicht te geven van de draagwijdte van deze nieuwe bepalingen en hoe ze zich verhouden tot de vier vrijheden van de Unie d.m.v. het bestuderen van het huidige wetgevend kader en rechtspraak van het Hof van Justitie. Verder wordt belicht wat de invloed is van de nieuwe competentie voor de Unie voor investeringen op de huidige bilaterale verdragen van de lidstaten met derde landen en op de vrijhandelsakkoorden.

Uit het onderzoek is gebleken dat hoewel directe buitenlandse investeringen sinds het Verdrag van Lissabon onder de gemeenschappelijke handelspolitiek vallen, er nog onduidelijkheden overblijven over de draagwijdte en betekenis van art. 207 VWEU. Dit heeft tot gevolg dat hoewel de Unie aanzienlijke delen van een vrijhandelsakkoord kan besluiten, er geen sprake is van een eengemaakte stem op vlak van het investeringsbeleid.

Inhoudsopgave

Inleiding	1
§1. Situering van het onderwerp	1
§2. Probleemstelling en onderzoeksvraag	3
§3. Onderzoeksmethode	4
Hoofdstuk I. Handelsbeleid na het Verdrag van Lissabon	5
§1. Het Europese handelsbeleid: inleiding	5
§2. Gemeenschappelijke handelspolitiek	10
1. Algemeen	10
2. Rechtspraak	12
3. Impliciete bevoegdheden.....	20
4. Rechtspraak	22
5. Codificatie	24
Hoofdstuk II. Directe buitenlandse investeringen	28
§1. Exclusieve bevoegdheid voor de Unie	28
§2. Definitie van directe buitenlandse investeringen	31
1. Portefeuillebeleggingen.....	34
2. Beschermen van investeringen	39
§3. Relatie tussen de vier vrijheden en DBI.....	41
1. Vrij verkeer van kapitaal	42
§4. Art. 207 VWEU en interne bevoegdheidsverdeling.....	45
Hoofdstuk III. Bilaterale investeringsovereenkomsten	50
§1. Algemeen	50
§2. Na het Verdrag van Lissabon	51
1. Overgangsverordening nr. 1219/2012.....	53
2. Rechtspraak	54
§3. Onduidelijkheden over exclusiviteit.....	55
Hoofdstuk IV. Vrijhandelsakkoorden	58
§1. Algemeen: opkomst van gemengde verdragen	58
§2. Wat staat er in een FTA?.....	62
§3. Advies 2/15: maakt het Hof een einde aan de onduidelijkheden?	64
1. Inleiding	64
2. Conclusie advocaat-generaal.....	66
§4. Analyse CETA	69
1. Algemeen	69
2. Investerings in CETA: apart investeringshoofdstuk	72

3. Conclusie.....	78
4. Problematiek gemengde overeenkomsten: suggesties in de rechtsleer	79
Conclusie.....	82
§1. Antwoord op onderzoeksvragen.....	82
1. Subvragen.....	82
2. Hoofdvraag.....	83
§2. Resterende vraagstukken.....	83
Bibliografie.....	85
Wetgeving	85
Rechtspraak	86
Rechtsleer	87
Boeken.....	87
Artikels en bijdragen	89

Lijst van afkortingen

CETA	EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
TPP	Trans-Pacific Partnership
EUSFTA	EU-Singapore Free Trade Agreement
GHP	Gemeenschappelijke handelspolitiek
DBI	Directe buitenlandse investeringen
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
ISDS	Investor-State Dispute Settlement
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
BIT	Bilateral investment treaty
PTA	Preferential trade agreement
AG	Advocaat-generaal
IMF	International Monetary Fund
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
HvJ	Hof van Justitie
FTA	Free trade agreement
WHO	Wereldhandelsorganisatie

Inleiding

§1. Situering van het onderwerp

GROEIEND BELANG INVESTERINGEN – Het aanbreken van de 21^e eeuw bracht de wereld een ongeziene golf van enthousiasme over globalisatie en integratie die werd gegoten in de vorm van regionale handels- en integratieovereenkomsten. Zulke overeenkomsten zijn gegroeid, zowel qua aantal als omvang, met meer hoofdstukken en bepalingen die een diepere economische samenwerking tussen de partijen nastreven. Directe buitenlandse investeringen en het wegnemen van barrières hiertegen staat de laatste jaren centraal in de onderhandelingen van grote integratieovereenkomsten zoals het Transatlantic Trade and Investment Partnership (hierna: TTIP) en de Trans-Pacific Partnership (hierna: TPP).¹

DIRECTE BUITENLANDSE INVESTERINGEN EXCLUSIEF - Op 7 juli 2010 publiceerde de Europese Commissie een werk over het toekomstig Europees internationaal investeringsbeleid.² Op dezelfde dag maakte het een voorstel voor een verordening tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten tussen lidstaten en derde landen.³ Dit was een reactie op de veranderingen inzake bevoegdheden die tot stand kwamen door het Verdrag van Lissabon.⁴ Artikel 207 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) stelt namelijk dat de gemeenschappelijke handelspolitiek nu ook de directe buitenlandse investeringen (hierna: DBI) inhoudt.⁵ Deze

¹ J. E. ANDERSON, M. LARCH en Y. YOTOV, “Trade Liberalization, Growth, and FDI: A Structural Estimation Framework, onuitg. verhandeling, <http://www.etsg.org/ETSG2016/Papers/052.pdf> (1) 1; S. SCHACHERER, “TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation – Resolving Investor – State Disputes under Mega-regionals”, *Journal of International Dispute Settlement* 2016, (628) 628.

² Med. (Comm.) over Europa 2020: Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, 3 april 2010, COM(2010)2020, 12; Med. (Comm.) aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's - Naar een algemeen Europees internationaal investeringsbeleid, 10 juli 2010, COM(2010)343 def; J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1527; F. HOFFMEISTER en G. ALEXANDRU, “A First Glimpse of Light on the Emerging Invisible EU Model BIT”, *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (379) 381.

³ Verord.Comm. nr. 1219/2012, 12 december 2012 tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten tussen lidstaten en derde landen, *Pb.L.* 20 december 2012, afl. 351, 40; Voorstel (Comm.) van verordening tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten tussen lidstaten en derde landen, 10 juli 2010, COM(2010)344 def.; J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1527.

⁴ Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap van 13 december 2007, *BS* 19 februari 2009, 15.048; J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1535.

⁵ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1527; J. CHAISSE, “Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment—How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global

bevoegdheid is exclusief voor de Europese Unie (hierna: Unie), zoals omschreven in art. 3, lid 1, e VWEU.⁶ Dit houdt in dat de Unie internationale overeenkomsten in domeinen onder de gemeenschappelijke handelspolitiek mag sluiten.⁷ In tegenstelling tot het handelsbeleid, dat sinds de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap een supranationale bevoegdheid is, waren DBI tot het Verdrag van Lissabon deel van het nationaal beleid van de lidstaten.⁸

PROBLEMATIEK - De overdracht van exclusieve bevoegdheid voor DBI naar de Unie omvat een aantal problemen die belicht dienen te worden. Een eerste aspect is het effect op de huidige overeenkomsten van de lidstaten. Zij hebben namelijk een groot aantal bilaterale en multilaterale overeenkomsten (hierna: BIT's) gesloten inzake investeringen, waarvan de geldigheid eventueel in het gedrang kan komen.⁹ De Commissie heeft voor deze problematiek een overgangsprocedure ingesteld waardoor de overeenkomsten kunnen blijven bestaan.¹⁰ Het tweede aspect beslaat de gevolgen voor toekomstige investeringsovereenkomsten: het is onduidelijk of de bevoegdheid van de Unie voor DBI zich uitbreidt tot alle materies die worden gedekt door deze overeenkomsten.¹¹ Hoewel de Commissie zich deze mening toedraagt in het

Regime?", *Journal of International Economic Law* 2012, (51) 52; S. HINDELANG en N. MAYDELL, "The EU's Common Investment Policy – Connecting the Dots" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (1) 1.

⁶ Zie art. 3, lid 1, e VWEU; G. BONO, "The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon" in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 29; J. BISCHOFF, "Just A Little Bit Of "Mixity"? The Eu's Role In The Field Of International Investment Protection Law", *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1527; A. DE LUCA, "New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty: Investment Liberalization vs. Investment Protection?" in K. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, New York, Oxford University Press, 2012, (165) 166; S. FINA en G. LENTNER, "The Scope of the EU's Investment Competence after Lisbon", *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 421; D. KLEIMANN en G. KUBEK, "The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15", *EUI Working Papers* 2016, (1) 5.

⁷ T. DOLLE en B. G. SIMOES, "Mixed Feelings about "Mixed Agreements" and CETA's Provisional Application", *EJRR* 2016, (617) 617; G. M. LENTNER, "A Uniform European Investment Policy?: The Unwritten EU Model BIT", *Journal of Law and Administrative Sciences* 2014, (156) 156.

⁸ S. MEUNIER, "China and the foreign investment rules in the EU", *Journal of European Public Policy* 2014, (996) 997.

⁹ J. BISCHOFF, "Just A Little Bit Of "Mixity"? The EU's Role In The Field Of International Investment Protection Law", *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1527; J. CHAISSE, "Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment—How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?", *Journal of International Economic Law* 2012, (51) 53, S. MEUNIER, "China and the foreign investment rules in the EU", *Journal of European Public Policy* 2014, (996) 997.

¹⁰ J. BISCHOFF, "Just A Little Bit Of "Mixity"? The EU's Role In The Field Of International Investment Protection Law", *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1527; P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 66.

¹¹ J. BISCHOFF, "Just A Little Bit Of "Mixity"? The EU's Role In The Field Of International Investment Protection Law", *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1527; A. DE LUCA, "New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty: Investment Liberalization vs. Investment Protection?" in K. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, New York,

voorstel¹², is er onduidelijkheid in de rechtsleer.¹³ Een laatste aspect is hoe deze exclusieve bevoegdheid inzake DBI zich verhoudt tot de andere bepalingen in het VWEU, men denke maar aan vrijheid van kapitaal zoals vervat in artikel 63, lid 1 VWEU.

§2. Probleemstelling en onderzoeksvraag

ONDERZOEK – In deze thesis wordt de draagwijdte van de nieuwe bepalingen van het Verdrag van Lissabon onderzocht. Het blijkt dat er onduidelijkheid heerst rond (1) de definitie en (2) wat de relatie is met andere bepalingen van het VWEU. Als eerste wordt het handelsbeleid voor en na het Verdrag van Lissabon besproken, dit met inbegrip van rechtspraak en courante theorieën in de rechtsleer. Dit eerste hoofdstuk wordt opgedeeld in een analyse van de gemeenschappelijke handelspolitiek en de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en lidstaten. In het volgende hoofdstuk wordt enerzijds de omvang van het begrip “DBI” belicht en anderzijds en de relatie tot de interne markt besproken. Het volgende luik belicht de impact op heersende BIT’s, en hun draagwijdte, waarna in het laatste hoofdstuk de opkomst van brede FTA’s wordt belicht. Hierbij zal een kort overzicht komen van hoe deze vrijhandelsakkoorden worden onderhandeld, welke bevoegdheidsvraagstukken er kunnen worden ontwaard, en welke inhoud zulk akkoord heeft aan de hand van een analyse van CETA.

MAATSCHAPPELIJKE RELEVANTIE - De exclusieve bevoegdheid voor directe buitenlandse investeringen heeft een enorme impact op de bevoegdheden van de lidstaten zelf. De vragen die hier rijzen zijn de volgende: (1) is de Commissie bevoegd, of hebben de Raad en de lidstaten ook nog een stem? (2) wat zijn de gevolgen als de lidstaten niet akkoord zijn? Een goed begrip van hoe de bepaling inzake directe buitenlandse investeringen in de rechtsleer en rechtspraak onthaald werd, kan ons een beeld geven hoe in de toekomst vrijhandelsakkoorden zullen worden onderhandeld en op welke problemen er kan gestoten worden.

ONDERZOEKSVRAGEN - De hoofdvraag is als volgt: wat is de institutionele en constitutionele

Oxford University Press, 2012, (165) 166; A. DE MESTRAL, “The Lisbon Treaty and the Expansion of EU Competence over Foreign Direct Investment” in K. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy, 2009-2010*, New York, Oxford University Press, 2010, (365) 390.

¹² Voorstel (Comm.) van verordening tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten tussen lidstaten en derde landen, 10 juli 2010, COM(2010)344 def, overw. 3; J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1528; A. DE LUCA, “New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty: Investment Liberalization vs. Investment Protection?” in K. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, New York, Oxford University Press, 2012, (165) 170.

¹³ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1528.

impact van het Unierecht op directe buitenlandse investeringen voor lidstaten en de Unie? De subvragen, die onontbeerlijk zijn om een antwoord te kunnen bieden op de hoofdvraag, luiden als volgt: (1) Wat zijn directe buitenlandse investeringen en hoe worden ze gereguleerd in het hoofdstuk over de gemeenschappelijke handelspolitiek? (2) Welke bepalingen in het VWEU raken aan directe buitenlandse investeringen? (3) Wat is de inhoud en draagwijdte van deze bepalingen en hoe verhouden ze zich tot elkaar? (4) Hoe is de verdeling van bevoegdheden onder de Unie-instellingen en de lidstaten en welk effect heeft dit op het sluiten van vrijhandelsakkoorden?

§3. Onderzoeksmethode

De bronnen van deze masterproef zijn het Verdrag van Lissabon en de relevante bepalingen voor directe buitenlandse investeringen, met een nadruk op de doelstellingen van de bepalingen. Hieraan dienen ook de relevante verordeningen worden gekoppeld – men denke bijvoorbeeld aan de overgangsbepalingen voor BIT's – en eventuele rechtspraak; dit in combinatie met rechtsleer over de bevoegdheden van de Europese Unie. De vigerende en onderhandelde vrijhandelsakkoorden van de Unie dienen ook als bron: dit om aan glimp te geven van hoe het investeringsbeleid in de praktijk tot uiting komt.

De subvragen zijn allen beschrijvend en in het algemeen wordt gesteund op een combinatie van de volgende soorten van interpretatie: (1) een systematische interpretatie van de verschillende bronnen, nl. wat de plaats is van de bepalingen in het rechtssysteem, (2) een rechtshistorische interpretatie, waar de bestaansredenen zal worden onderzocht in de rechtspraak, (3) een teleologische interpretatie, een belangrijk aspect waar zal worden belicht wat de daadwerkelijke doelstelling was van de wetgever, (4) een jurisprudentiële interpretatie, waar de focus zal gelegd worden op de vage concepten rond DBI en de rechtspraak van het Hof van Justitie en (5) een interpretatie op basis van rechtsleer, dit wat betreft de onduidelijkheden in de wetgeving en rechtspraak. Deze combinatie dient om een zo duidelijk en helder mogelijk beeld te geven van de resultaten. Er wordt bewust niet voor rechtsvergelijking gekozen, in dit werk lijkt dit niet noodzakelijk om de onderzoeksvragen op te lossen.

De subvragen kunnen verder ook als verklarend worden aanzien, en zullen zowel intern-functioneel als extern worden benaderd. Er zal worden gepoogd te belichten welke elementen van het rechtssysteem invloed hebben uitgeoefend, en of er verklaringen te vinden zijn op niet-juridische vlakken. De hoofdvraag daarentegen is een evaluerende vraag: er gaat worden onderzocht wat de impact was van het Unierecht op directe buitenlandse investeringen.

Hoofdstuk I. Handelsbeleid na het Verdrag van Lissabon

§1. Het Europese handelsbeleid: inleiding

INLEIDING - De Unie is sinds het Verdrag van Rome voorstander van een open internationaal handelsstelsel en heeft zich actief ingezet voor de integratie van alle landen in de wereldeconomie, onder meer door het geleidelijk elimineren van belemmeringen voor de internationale handel. Directe buitenlandse investering is een belangrijk aspect van economische ontwikkeling, bijgevolg is een regelgeving op Europees vlak onvermijdelijk. Deze regelgeving is met het Verdrag van Lissabon aanzienlijk veranderd.¹⁴

EVOLUTIE SINDS 1958 - De Europese Gemeenschap riep een douane-unie in het leven om o.a. een gemeenschappelijk invoerstelsel te ontwikkelen voor ingevoerde goederen uit derde landen.¹⁵ De gemeenschappelijke handelspolitiek van de Unie vertrekt van een gemeenschappelijk buitentarief dat zonder meer voor alle lidstaten geldt. Waar ten tijde van de ondertekening van het Verdrag van Rome de economie en de buitenlandse handel van de Unie toegespitst was op de productie van en de handel in industrieproducten, vormt de dienstensector nu de grootste bron van werkgelegenheid in de Unie en is het een belangrijk onderdeel geworden van haar internationale handelsbetrekkingen.¹⁶ Deze evolutie werd na de onderhandelingen van de Uruguay Ronde in het kader van de GATT duidelijk geïllustreerd door de oprichting van de Wereldhandelsorganisatie (hierna: WHO). Om de gewijzigde aard van het handelsverkeer het hoofd te bieden omvat de WHO-handelsbesprekingen betreffende producten, diensten en intellectuele eigendom.

EUROPEES INVESTERINGSBELEID – De Commissie schetste op 7 juli 2010 haar idee van een Europees internationaal investeringsbeleid in een mededeling getiteld “*Towards a comprehensive European international investment policy*”.¹⁷ De Commissie formuleerde “*openness to investment*” door middel van de progressieve afschaffing van restricties als een

¹⁴ P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 2.

¹⁵ Y.-D. KANG, “EU’s Global Europe Initiative and Korea-EU FTA”, *Korea University Law Review* 2010, (47) 48; X, *De gemeenschappelijke handelspolitiek*, <http://eurlex.europa.eu/legalcontent/NL/TXT/?uri=URISERV%3Aa20000> (consultatie 5 oktober 2016).

¹⁶ M. CREMONA, “A Policy of Bits and Pieces? The Common Commercial Policy after Nice”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2002, (61) 62.

¹⁷ Med. (Comm.) aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio’s, 7 juli 2010, COM (2010)343 def; F. HOFFMEISTER en G. ALEXANDRU, “A First Glimpse of Light on the Emerging Invisible EU Model BIT”, *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (379) 381; A. REINISCH, “Putting the Pieces Together ... An EU Model BIT?”, *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (679) 681; P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 2.

toetssteen van een gemeenschappelijk internationaal investeringsbeleid.¹⁸ Verder wordt dit beleid gepresenteerd als een belangrijk complement voor Europa's interne agenda voor competitiviteit en creatie van jobs.¹⁹

De Lissabon-strategie²⁰, die in 2005 werd vernieuwd om de activiteiten van de Unie te richten op het realiseren van economische groei, was eerder al aangevuld door de mededeling “*Communication on Global Europe*” uit 2006.²¹ In die mededeling heeft de Commissie een strategie uiteengezet voor het creëren van zakelijke mogelijkheden voor Europese bedrijven in een globaliserende economie door de opening van markten van derde landen.²² De Global Europe-handelsstrategie maakte een einde aan de LAMY-doctrine van 1999 volgens dewelke de Unie niet zou onderhandelen over nieuwe regionale handelsakkoorden zolang de Doha-ronde gaande is, wat inhield dat er meer multilaterale handelsronden zouden komen in plaats van bilaterale FTA's.²³

GEMEENSCHAPPELIJK INTERNATIONAAL INVESTERINGSBELEID: EUROPA 2020 - Het voorgestelde gemeenschappelijk internationaal investeringsbeleid is expliciet gekoppeld aan de opvolger van de Lissabonstrategie: de Europa 2020-strategie.²⁴ Tegen de achtergrond van de financiële en economische crisis schetst dit voorstel een strategie om een hoog niveau van werkgelegenheid, productiviteit en sociale cohesie in de Unie te bereiken.²⁵ In de nieuwe strategie worden de externe handelsbetrekkingen van de EU als katalysator voor groei en

¹⁸ P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the field of Foreign Direct Investment*, Londen, Hart Publishing, 2014, 67.

¹⁹ P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 2.

²⁰ Med. (Comm.) aan de Europese voorjaarsraad - Samen werken aan werkgelegenheid en groei - Een nieuwe start voor de Lissabonstrategie, 2 februari 2005, COM(2005)24 def; Med. (Comm.) aan de Europese Raad - Een agenda voor de burger - Concrete resultaten voor Europa, 10 mei 2006, COM(2006)211 def.

²¹ Med. (Comm.) aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's - Europa als wereldspeler - Wereldwijd concurreren - Een bijdrage aan de EU-strategie voor groei en werkgelegenheid, 4 oktober 2006, COM(2006)567 def; Y.-D. KANG, “EU's Global Europe Initiative and Korea-EU FTA”, *Korea University Law Review* 2010, (47) 47; P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 2.

²² P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 3.

²³ S. GSTÖHL en D. HANF, “The EU's Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context”, *European Law Journal* 2014, (733) 734; Y.-D. KANG, “EU's Global Europe Initiative and Korea-EU FTA”, *Korea University Law Review* 2010, (47) 52; G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia's veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 4.

²⁴ Commission Communication, ‘Europe 2020: a strategy for smart, sustainable and inclusive growth’, COM(2010)2020, 3 March 2010, Brussels; P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 3.

²⁵ S. GSTÖHL en D. HANF, “The EU's Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context”, *European Law Journal* 2014, (733) 734; P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 3.

werkgelegenheid sterker benadrukt, en wordt erkend dat het interne en het externe beleid van de EU meer op elkaar moet worden afgestemd. Europa 2020 stelt drie prioriteiten: (1) slimme groei: voor een op kennis en innovatie gebaseerde economie, (2) duurzame groei: voor een groenere, competitievere economie waarin efficiënter met hulpbronnen wordt omgesprongen en (3) inclusieve groei: voor een economie met veel werkgelegenheid en sociale en territoriale cohesie.²⁶

De drie prioriteiten staan niet op zichzelf: ze zullen moeten worden ondersteund met diverse maatregelen op nationaal-, Europees- en internationaal niveau. Zo moet op basis van de dienstenrichtlijn een open interne dienstenmarkt tot stand worden gebracht. Door onverkorte toepassing van de dienstenrichtlijn zou de handel in commerciële diensten met 45% kunnen groeien en zouden de DBI met 25% kunnen toenemen, waardoor het bbp tussen 0,5% en 1,5% zou stijgen.²⁷ De DBI behelzen duidelijk een belangrijke rol in het groeiproces.²⁸

Het gemeenschappelijk internationaal investeringsbeleid wordt verondersteld bij te dragen aan deze doelstellingen door het stimuleren van niet-Unie-investeringen in de interne markt en door het creëren van mogelijkheden voor Uniebedrijven om te investeren in derde landen.²⁹ Deze voorstellen reflecteren het belang van DBI voor de Europese economie.³⁰

VRIJHANDELSAKKOORDEN - Na de impasse in de multilaterale onderhandelingen in het kader van de WHO over de ontwikkelingsagenda van Doha moest de Unie op zoek naar alternatieve manieren om betere toegang tot de markten van derde landen te waarborgen.³¹ In dit verband is een nieuwe generatie alomvattende vrijhandelsakkoorden (hierna: FTA) geïntroduceerd, die veel verder gaan dan reducties van heffingen en de handel in goederen en ook WHO-

²⁶ Med. (Comm.) over Europa 2020: Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, 3 april 2010, COM (2010)2020 def, 12.

²⁷ Med. (Comm.) over Europa 2020: Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, 3 april 2010, COM (2010)2020 def, 13.

²⁸ P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 3.

²⁹ F. HOFFMEISTER, en G. ALEXANDRU, "A First Glimpse of Light on the Emerging Invisible EU Model BIT", *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (379) 382; P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 3.

³⁰ P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 3.

³¹ M. BUNGENBERG, "The Division of Competences Between the EU and Its Member States" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 32; V. D'ERMAN, "Comparative Intergovernmental Politics: CETA Negotiations between Canada and the EU", *Politics and Governance* 2016, (90) 96; S. GSTÖHL en D. HANF, "The EU's Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context", *European Law Journal* 2014, (733) 733; Y.-D. KANG, "EU's Global Europe Initiative and Korea-EU FTA", *Korea University Law Review* 2010, (47) 52; R. LEAL-ARCAS, "The European Union's Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon", *The Journal of World Investment & Trade* 2010, (463) 468.

plusbepalingen omvatten, nl. bepalingen die verder gaan dan wat al omsloten is op WHO-niveau.³² Het eerste FTA van de nieuwe generatie werd gesloten met Zuid-Korea en wordt voorlopig toegepast sinds 1 juli 2011.³³ Momenteel zijn er onderhandelingen met de Verenigde Staten over TTIP en met Japan over een FTA. Op 30 oktober 2016 werd het Comprehensive Economic and Trade Agreement (hierna: CETA) tussen Canada en de Unie ondertekend. Dit verdrag wordt *infra* uitgebreid besproken op vlak van bevoegdheidsverdelingen tussen de Unie en de lidstaten.

FTA ALS BREDE OVEREENKOMST - FTA's zijn vaak niet meer "puur", maar zijn bredere internationale overeenkomsten en preferentiële vrijhandelsakkoorden (hierna: PTA) geworden en bevatten vaak regels over de bevordering en bescherming van investering.³⁴ Deze trend volgend staan investeringen op de agenda van de WHO sinds de WTO Singapore Conference in 1996 en werd het later opgenomen in de ministeriele verklaring van Doha.³⁵ Om het sluiten van zulke akkoorden te vergemakkelijken werden de exclusieve bevoegdheden van de Unie versterkt door het uitbreiden van de werkingssfeer van de gemeenschappelijke handelspolitiek.³⁶ In het licht van de Doha-ronde was het noodzakelijk dat de bevoegdheid voor DBI Unie-exclusief werd: dit zou er voor zorgen dat de Unie in staat werd om akkoorden omtrent investeringen te sluiten in het kader van deze onderhandelingen.³⁷

VOOR LISSABON: INVESTERING ALS GEDEELDE BEVOEGDHEID - Voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon was investering een gedeelde bevoegdheid tussen de lidstaten en

³² M. BUNGENBERG, "The Division of Competences Between the EU and Its Member States" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 31; S. GSTÖHL en D. HANF, "The EU's Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context", *European Law Journal* 2014, (733) 734; H. HORN, P. C. MAVROIDIS en A. SAPIR, *Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements*, Brussel, Bruegel, 2009, 4; G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia's veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 4.

³³ Y.-D. KANG, "EU's Global Europe Initiative and Korea-EU FTA", *Korea University Law Review* 2010, (47) 47.

³⁴ S. FINA en G. M. LENTNER, "The Scope of the EU's Investment Competence after Lisbon", *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 421; F. HOFFMEISTER, "The European Union's common commercial policy a year after Lisbon" in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (83) 86; Y.-D. KANG, "EU's Global Europe Initiative and Korea-EU FTA", *Korea University Law Review* 2010, (47) 47.

³⁵ M. BUNGENBERG, "The Division of Competences Between the EU and Its Member States" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 31.

³⁶ G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia's veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 4; G. M. LENTNER, "A Uniform European Investment Policy?: The Unwritten EU Model BIT", *Journal of Law and Administrative Sciences* 2014, (156) 156.

³⁷ S. FINA en G. LENTNER, "The Scope of the EU's Investment Competence after Lisbon", *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 426.

de Europese Commissie.³⁸ De Commissie onderhandelde akkoorden inzake investeringen in diensten en andere aspecten van investeringsliberalisering.³⁹ De lidstaten onderhandelden hun eigen bilaterale investeringsakkoorden die de voorwaarden en condities voor investeringen vastleggen (zie *infra*, hoofdstuk twee).⁴⁰

Het Verdrag van Rome bevatte reeds bepalingen inzake DBI van derde landen; deze hadden echter enkel betrekking op het toelaten van nieuwe investeringen.⁴¹ Het Verdrag van Maastricht breidde het toepassingsgebied van vrijheid van kapitaal uit tot relaties met derde landen.⁴² Art. 57, lid 2 EG (nu art. 64, lid 2 VWEU) gaf aan de Unie de toestemming om maatregelen vast te stellen betreffende het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen.⁴³ Deze bevoegdheid behelsde niet enkel interne wetgeving, maar ook het sluiten van verdragen met derde landen onder de AETR-doctrine die *infra* verder wordt besproken.⁴⁴

NA LISSABON: DBI EXPLICIET DEEL VAN GEMEENSCHAPPELIJKE HANDELSPOLITIEK - Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 zijn directe buitenlandse investeringen expliciet onder de gemeenschappelijke handelspolitiek komen te vallen. Waar het Verdrag van Nice de werkingssfeer uitbreidde naar handel in diensten en de handelsaspecten van intellectuele eigendom, werd met de nieuwe bepalingen de omvang wat betreft externe handelsbetrekkingen vervolledigd.⁴⁵ Overeenkomstig artikel 3 VWEU is de Unie exclusief bevoegd op het gebied van de gemeenschappelijke handelspolitiek.⁴⁶ Dit houdt in dat enkel de Unie op dat gebied wetgevend kan optreden en juridisch bindende handelingen kan

³⁸ S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 425; R. LEAL-ARCAS, “The European Union’s Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon”, *The Journal of World Investment & Trade* 2010, (463) 468.

³⁹ S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 425; N. MAYDELL, “The European Community’s Minimum Platform in Investment or the Trojan Horse of Investment Competence” in A. REINISCH en C. KNAHR (eds.), *International Investment Law in Context*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2008, (73) 92.

⁴⁰ A. GIDI, *Chinese buitenlandse investeringen: discours en beleid in de Europese politieke instellingen en lidstaten*, onuitg. masterproef Politieke en Sociale Wetenschappen UGent, 2013, 51.

⁴¹ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1535.

⁴² *Ibid.*

⁴³ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1535; S. HINDELANG en N. MAYDELL, “The EU’s Common Investment Policy – Connecting the Dots” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (1) 6.

⁴⁴ J. KARL, “The competence for foreign direct investment”, *Journal of World Investment & Trade* 2005, (413) 414 – 415.

⁴⁵ P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 2 – 5.

⁴⁶ R. LEAL-ARCAS, “The European Union’s Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon”, *The Journal of World Investment & Trade* 2010, (463) 492.

vaststellen.⁴⁷ Overeenkomstig artikel 2 VWEU kunnen de lidstaten zulks slechts zelf doen als zij daartoe door de Unie gemachtigd zijn. De Unie heeft belang bij het beheren van de externe handelsbetrekkingen, waaronder ook de directe buitenlandse investeringen vallen: de gemeenschappelijke handelspolitiek is daardoor een van de belangrijkste instrumenten van de Unie voor de betrekkingen met derde landen.⁴⁸

§2. Gemeenschappelijke handelspolitiek

1. Algemeen

HISTORIE: VAN ART. 133 EG TOT ART. 207 VWEU - Sinds het Verdrag van Rome is de externe handelspolitiek van de Unie voornamelijk een Uniebevoegdheid.⁴⁹ De gemeenschappelijke handelspolitiek was oorspronkelijk gebaseerd op art. 113 van het Verdrag van Rome, daarna art. 133 EG:

*De gemeenschappelijke handelspolitiek wordt gegrond op eenvormige beginselen, met name wat betreft de tariefwijzigingen, het sluiten van tarief- en handelsakkoorden, het eenvormig maken van liberalisatiemaatregelen, de uitvoerpolitiek, alsmede de handelspolitieke beschermingsmaatregelen, waaronder de te nemen maatregelen in geval van dumping en subsidies.*⁵⁰

Art. 133 EG vereist geen raadpleging van het Europees Parlement, de onderhandelingen voor internationale overeenkomsten worden gevoerd door de Commissie en aangenomen in de Raad met gekwalificeerde meerderheid.⁵¹ Aangezien art. 131 EG duidelijk stelt dat de gemeenschappelijke handelspolitiek gelieerd is met het opstarten van een douane-unie, wat

⁴⁷ D. LEYS, "EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the European Court of Justice End the Controversy?", *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 267.

⁴⁸ N. LAVRANOS, "Naar een nieuw EU-investeringsbeleid", *NtEr* 2013, (185) 185.

⁴⁹ S. BILLIET, "From GATT to the WTO: The Internal Struggle for External Competences in the EU", *Journal of Common Market Studies* 2006, (899) 899; V. D'ERMAN, "Comparative Intergovernmental Politics: CETA Negotiations between Canada and the EU", *Politics and Governance* 2016, (90) 95; Y.-D. KANG, "EU's Global Europe Initiative and Korea-EU FTA", *Korea University Law Review* 2010, (47) 48; M. RHINARD en M. KAEDING, "The International Bargaining Power of the European Union in 'Mixed' Competence Negotiations: The Case of the 2000 Cartagena Protocol on Biosafety", *JCMS* 2006, (1023) 1024.

⁵⁰ G. BONO, "The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon" in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 17; L. HOLGAARD en R. HOLGAARD, "The External Powers of the European Community", *RETTID* 2001, (108) 112; Y.-D. KANG, "EU's Global Europe Initiative and Korea-EU FTA", *Korea University Law Review* 2010, (47) 48.

⁵¹ M. CREMONA, "A Policy of Bits and Pieces? The Common Commercial Policy after Nice", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2002, (61) 62.

enkel de handel in goederen omvat volgens art. 23 EG, was het onduidelijk of handel in diensten ook onder art. 133 EG valt.⁵² Advies 1/94 handelt over dit vraagstuk en wordt *infra* verder besproken. Het Verdrag van Amsterdam van 1997 voegde iets toe aan het artikel: volgens lid 7 kan de Raad kan op voorstel van de Commissie besluiten de gemeenschappelijke handelspolitiek uit te breiden naar nieuwe gebieden, wat ook gebeurde in het Verdrag van Lissabon, waarna de relevante bepalingen te vinden zijn in artt. 206 en 207 VWEU.⁵³

EXCLUSIEF VOOR DE UNIE - De gemeenschappelijke handelspolitiek is een exclusieve bevoegdheid van de Unie, en houdt volgens artikel 207 VWEU de volgende zaken in: handel in goederen en diensten, uitgezonderd transport, handelsaspecten van intellectuele eigendom en directe buitenlandse investeringen.⁵⁴ De exclusiviteit van de gemeenschappelijke handelspolitiek werd versterkt door het Verdrag van Lissabon, art. 3, lid 1, e VWEU stelt nl. duidelijk dat de GHP onder de exclusieve bevoegdheden van de Unie valt.⁵⁵ Dit is consistent met Advies 1/75 dat stelde dat lidstaten geen gedeelde bevoegdheden hebben met de Unie in de GHP (zie *infra*).⁵⁶ Verder stelt artikel 207, lid 4 VWEU dat bij het onderhandelen van

⁵² Art. 23 EG: *De Gemeenschap is gegrondvest op een douane-unie welke zich uitstrekt over het gehele goederenverkeer en welke zowel het verbod medebrengt van in- en uitvoerrechten en van alle heffingen van gelijke werking in het verkeer tussen de lidstaten onderling als de invoering van een gemeenschappelijk douanetarief voor hun betrekkingen met derde landen*; M. CREMONA, "A Policy of Bits and Pieces? The Common Commercial Policy after Nice", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2002, (61) 63; F. HOFFMEISTER, "The European Union's common commercial policy a year after Lisbon" in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (83) 83.

⁵³ M. CREMONA, "A Policy of Bits and Pieces? The Common Commercial Policy after Nice", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2002, (61) 64.

⁵⁴ G. BONO, "The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon" in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 16; A. DIMOPOULOS, "The Common Commercial Policy After Lisbon: Establishing Parallelism Between Internal and External Economic Relations?", *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 2008, (101) 106; S. FINA en G. LENTNER, "The Scope of the EU's Investment Competence after Lisbon", *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 425; S. GSTÖHL en D. HANF, "The EU's Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context", *European Law Journal* 2014, (733) 736; Y.-D. KANG, "EU's Global Europe Initiative and Korea-EU FTA", *Korea University Law Review* 2010, (47) 58; D. LEYS, "EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the European Court of Justice End the Controversy?", *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 267.

⁵⁵ G. BONO, "The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon" in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 29; J. BISCHOFF, "Just A Little Bit Of 'Mixity'?: The EU's Role In The Field Of International Investment Protection Law", *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1534; S. GSTÖHL en D. HANF, "The EU's Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context", *European Law Journal* 2014, (733) 736; D. LEYS, "EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the European Court of Justice End the Controversy?", *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 267.

⁵⁶ D. KLEIMANN, D. en G. KUBEK, "The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15", *EUI Working Papers* 2016, (1) 6; D. LEYS, "EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the European Court of Justice End the Controversy?", *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 267.

akkoorden op het gebied van DBI, de Raad in bepaalde gevallen unaniem zal besluiten.⁵⁷ Dit doet vermoeden dat de Unie eveneens exclusief bevoegd is om akkoorden over DBI te sluiten.⁵⁸

2. Rechtspraak

ADVIES 1/75: GEMEENSCHAPPELIJKE HANDELSPOLITIEK EXCLUSIEF – Advies 1/75 van 11 november 1975 handelt over de bevoegdheden van de Unie en lidstaten op het gebied van de gemeenschappelijke handelspolitiek.⁵⁹ Het Hof stelde dat de gemeenschappelijke handelspolitiek werd ingevoerd met het oog op de werking van de interne markt, waar aandacht uitging naar het afstemmen van de bijzondere belangen van de lidstaten.⁶⁰ Indien de lidstaten ook bevoegd zijn voor de gemeenschappelijke handelspolitiek zou dit er toe kunnen leiden dat ze in hun buitenlandse betrekkingen hun eigen belangen nastreven, wat niet zou overeenstemmen met de doelstellingen van de Unie.⁶¹ Een gedeelde bevoegdheid was geen optie volgens het Hof: het stelde dat het in elk geval uitgesloten is dat lidstaten een gedeelde bevoegdheid hebben bij het sluiten van overeenkomsten die raken of kunnen raken aan de gemeenschappelijke handelspolitiek.⁶² Voortaan zou de Commissie exclusief bevoegd zijn voor de externe delen van de GHP, de lidstaten zijn niet bevoegd om regelgevende handelingen te treffen die de GHP kan beïnvloeden, dit ook als de Unie zelf geen nog geen maatregelen heeft genomen.⁶³

ADVIES 1/78: UITBREIDING GEMEENSCHAPPELIJKE HANDELSPOLITIEK - Op 13 november 1978 werd het Hof van Justitie verzocht door de Commissie over haar bevoegdheid om een

⁵⁷ S. GSTÖHL en D. HANF, “The EU’s Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context”, *European Law Journal* 2014, (733) 737; D. LEYS, “EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the European Court of Justice End the Controversy?”, *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 267.

⁵⁸ D. LEYS, “EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the European Court of Justice End the Controversy?”, *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 267.

⁵⁹ Advies 1/75, Advies uitgebracht krachtens artikel 228 van het EEG-Verdrag, *ECR* 1975, 1355, ECLI:EU:C:1975:145; P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 14.

⁶⁰ Advies 1/75, Advies uitgebracht krachtens artikel 228 van het EEG-Verdrag, *ECR* 1975, 1363; P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 15.

⁶¹ Advies 1/75, Advies uitgebracht krachtens artikel 228 van het EEG-Verdrag, *ECR* 1975, 1364; P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 15; R. HOLDGAARD, *External Relations Law of the European Community*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, 29; L. HOLGAARD en R. HOLGAARD, “The External Powers of the European Community”, *RETTID* 2001, (108) 123.

⁶² P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 15.

⁶³ Advies 1/75, Advies uitgebracht krachtens artikel 228 van het EEG-Verdrag, *ECR* 1975, 1355; M. BUNGENBERG, “Going Global? The EU Common Commercial Policy after Lisbon” in C. HERRMANN en J. TERHECHTE (eds.), *European Yearbook of International Economic Law* 2010, Berlijn, Springer, (123) 130; P.-A. FRIELINGS-DORF, *Shared or Exclusive? – The External Competence of the EU in Regard to TRIPs*, onuitg. masterproef Lund University 2008, 12.

internationale overeenkomst betreffende natuurlijk rubber te sluiten.⁶⁴ Volgens de Commissie viel de overeenkomst onder art. 113 EEG en dus onder de gemeenschappelijke handelspolitiek. De Raad stelde dat er echter elementen te vinden waren die niet onder dit artikel en de exclusieve bevoegdheid van de Commissie vielen, en stelde dat de overeenkomst met zowel de Unie als de lidstaten moest worden gesloten.

In overweging 43 zegt het Hof dat het duidelijk is dat *“een coherente handelspolitiek niet te verwezenlijken zou zijn indien de Gemeenschap haar bevoegdheid niet ook zou kunnen uitoefenen ten aanzien van een categorie overeenkomsten die, naast de traditionele handelsakkoorden, een belangrijke rol zullen krijgen in de regeling van het internationale economische verkeer.”*

Een effectieve gemeenschappelijke handelspolitiek is volgens haar niet meer mogelijk als de Unie niet over actiemiddelen zou beschikken. Hoewel ten tijde van het Verdrag van Rome alles in het teken stond van liberalisering, omvat het doel van de gemeenschappelijke handelspolitiek ook handelsregulering.⁶⁵ Ze besluit dat de opsomming in art. 113 EEG als niet-exhaustief moet worden beschouwd.⁶⁶ In overweging 49 wordt verduidelijkt dat hoewel de structurering van de economische banden met derde landen gevolgen kunnen hebben voor bepaalde sectoren van het economisch beleid, dit geen reden is om deze onderwerpen uit te sluiten van de werkingssfeer van art. 113 EEG.⁶⁷

Het Hof besloot dat de bevoegdheid onder art. 113 EEG zich ook uitstrekt tot de internationale overeenkomst waarvan sprake, maar dat de Unie enkel exclusief bevoegd is als enkel zij de lasten ter financiering van de buffervoorraad van natuurlijk rubber draagt, in het andere geval

⁶⁴ Advies 1/78, Advies van het Hof van 4 oktober 1979 uitgebracht krachtens artikel 228, lid 1, tweede alinea, van het EEG-Verdrag, ECR 1979, 2871, ECLI:EU:C:1979:224; R. HOLDGAARD, *External Relations Law of the European Community*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, 29; L. HOLGAARD en R. HOLGAARD, “The External Powers of the European Community”, *RETTID* 2001, (108) 124.

⁶⁵ Advies 1/78, Advies van het Hof van 4 oktober 1979 uitgebracht krachtens artikel 228, lid 1, tweede alinea, van het EEG-Verdrag, ECR 1979, 2871, ECLI:EU:C:1979:224, overweging 44; S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 432; W. SHAN en S. ZHANG, “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, *The European Journal of International Law* 2011, (1049) 1062.

⁶⁶ Advies 1/78, Advies van het Hof van 4 oktober 1979 uitgebracht krachtens artikel 228, lid 1, tweede alinea, van het EEG-Verdrag, ECR 1979, 2871, ECLI:EU:C:1979:224, overweging 45; R. HOLDGAARD, *External Relations Law of the European Community*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, 30.

⁶⁷ R. HOLDGAARD, *External Relations Law of the European Community*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, 31.

moeten ook de lidstaten aan de overeenkomst deelnemen.⁶⁸ In overweging 44 en 45 stelt het Hof dat de gemeenschappelijke handelspolitiek niet beperkt mag worden tot het gebruik van slechts die instrumenten die enkel de traditionele aspecten van de buitenlandse handel beïnvloeden: het is derhalve een dynamisch concept.⁶⁹

ADVIES 1/94: EXPLICIET EN EXTERN VOOR GATS - Tijdens de onderhandeling van de WHO-overeenkomst rees de vraag of de expliciete exclusieve bevoegdheden verleend aan de Unie onder artikel 133 EG betrekking hebben op de aangelegenheden inzake investering zoals bepaald door GATS.⁷⁰ Volgens artikel I, lid 2, c verstaat men nl. onder handel in diensten ook diensten geleverd door een dienstverlener van een lid, via een commerciële aanwezigheid op het grondgebied van elk ander lid.⁷¹ De Commissie en sommige auteurs waren van mening dat de bevoegdheden van de Unie onder artikel 133 EG ook betrekking hadden op kwesties betreffende de toelating van DBI, wat de Commissie in een centrale positie zou plaatsen.⁷² De meeste lidstaten waren het oneens met de brede interpretatie van art. 133 EG: acht lidstaten stuurden een conclusie naar het Hof waarin ze de interpretatie van de Commissie verwerpen.⁷³ Volgens de Raad vielen deze zaken niet onder de gemeenschappelijke handelspolitiek en dus buiten de exclusieve bevoegdheid van de Unie.⁷⁴ Het Hof van Justitie wees de visie van de Commissie af in Advies 1/94.⁷⁵ Hoewel ze de grensoverschrijdende levering van diensten

⁶⁸ Advies 1/78, Advies van het Hof van 4 oktober 1979 uitgebracht krachtens artikel 228, lid 1, tweede alinea, van het EEG-Verdrag, *ECR* 1979, 2920; L. HOLGAARD en R. HOLGAARD, “The External Powers of the European Community”, *RETTID* 2001, (108) 125.

⁶⁹ Advies 1/78, Advies van het Hof van 4 oktober 1979 uitgebracht krachtens artikel 228, lid 1, tweede alinea, van het EEG-Verdrag, *ECR* 1979, 2871, ECLI:EU:C:1979:224, overwegingen 34-36; M. BUNGENBERG, “Going Global? The EU Common Commercial Policy after Lisbon” in C. HERRMANN en J. TERHECHTE (eds.), *European Yearbook of International Economic Law* 2010, Berlijn, Springer, (123) 131; S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 432; G. VAN DER LOO en R. A. WESSEL, “The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions”, *Common Market Law Review* 2017, (1) 15.

⁷⁰ S. BILLIET, “From GATT to the WTO: The Internal Struggle for External Competences in the EU”, *Journal of Common Market Studies* 2006, (899) 902; J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1535;

⁷¹ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1536.

⁷² S. BILLIET, “From GATT to the WTO: The Internal Struggle for External Competences in the EU”, *Journal of Common Market Studies* 2006, (899) 902; J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1536; L. HOLGAARD en R. HOLGAARD, “The External Powers of the European Community”, *RETTID* 2001, (108) 134.

⁷³ S. BILLIET, “From GATT to the WTO: The Internal Struggle for External Competences in the EU”, *Journal of Common Market Studies* 2006, (899) 902.

⁷⁴ S. BILLIET, “From GATT to the WTO: The Internal Struggle for External Competences in the EU”, *Journal of Common Market Studies* 2006, (899) 902; M. CREMONA, “A Policy of Bits and Pieces? The Common Commercial Policy after Nice”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2002, (61) 63.

⁷⁵ Advies 1/94, Bevoegdheid van de Gemeenschap om internationale akkoorden op het gebied van diensten en bescherming van de intellectuele eigendom te sluiten, *ECR* 1994, 5267, ECLI:EU:C:1994:384; J. BOURGEOIS,

vergelijkbaar achtte tot de handel in goederen en dus ook acht te worden gedekt onder het dynamische concept van de gemeenschappelijke handelspolitiek kan hetzelfde niet gezegd worden van de andere drie wijzen van verlening van diensten die door GATS worden gedekt, nl. (1) consumptie in het buitenland, (2) commerciële aanwezigheid en (3) de aanwezigheid van natuurlijke personen.⁷⁶

In het geval van grensoverschrijdende dienstverrichting wordt de dienst verricht door een in een bepaald land gevestigde dienstverrichter ten behoeve van een in een ander land gevestigde ontvanger. Er is geen verplaatsing van de dienstverrichter naar het land van de ontvanger, noch, omgekeerd, verplaatsing van de ontvanger naar het land van de dienstverrichter. Deze situatie vertoont dus wel enige gelijkenis met goederenverkeer, waarvan buiten kijf staat, dat het tot het gebied van de gemeenschappelijke handelspolitiek in de zin van het Verdrag behoort. Er is derhalve geen enkele bijzondere reden om een dergelijke dienstverrichting niet onder het begrip gemeenschappelijke handelspolitiek te brengen.

Dit geldt niet voor de drie andere door het GATS bestreken wijzen van dienstverrichting, te weten de gebruikmaking van diensten in het buitenland, de commerciële aanwezigheid en de aanwezigheid van natuurlijke personen.⁷⁷

Het Hof besloot dat de Unie en de lidstaten beiden bevoegd waren om zowel GATS als het Trips-verdrag te sluiten, wat de overeenkomsten gemengd maakte.⁷⁸ De lidstaten reageerden

“The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94: An Echternach Procession”, *Common Market Law Review* 1995, (763) 764; J. CHAISSE, “Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment—How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?”, *Journal of International Economic Law* 2012, (51) 60; T. COTTIER, “Towards a Common External Economic Policy of the European Union” in M. BUNGENBERG en C. HERRMANN (eds.), *Common Commercial Policy after Lisbon*, New York, Springer, 2013, (3) 8; A. DIMOPOULOS, “The Common Commercial Policy After Lisbon: Establishing Parallelism Between Internal and External Economic Relations?”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 2008, (101) 104; R. LEAL-ARCAS, “The European Union’s Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon”, *The Journal of World Investment & Trade* 2010, (463) 469.

⁷⁶ Advies 1/94, Bevoegdheid van de Gemeenschap om internationale akkoorden op het gebied van diensten en bescherming van de intellectuele eigendom te sluiten, ECR 1994, 5267, overweging 44; J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1536; L. HOLGAARD en R. HOLGAARD, “The External Powers of the European Community”, *RETTID* 2001, (108) 135.

⁷⁷ Advies 1/94, Bevoegdheid van de Gemeenschap om internationale akkoorden op het gebied van diensten en bescherming van de intellectuele eigendom te sluiten, ECR 1994, 5267, ECLI:EU:C:1994:384, overweging 44 en 45.

⁷⁸ M. BUNGENBERG, “Going Global? The EU Common Commercial Policy after Lisbon” in C. HERRMANN en J. TERHECHTE (eds.), *European Yearbook of International Economic Law* 2010, Berlijn, Springer, (123) 131; S. BILLIET, “From GATT to the WTO: The Internal Struggle for External Competences in the EU”, *JCMS* 2006, (899) 903; J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1536; S. BILLIET, “From GATT to the WTO: The

pragmatisch: ze gaven na deze uitspraak de Commissie de toestemming om in hun naam te onderhandelen; zo konden ze hun collectieve invloed maximaliseren.⁷⁹ LEAL-ARCAS stelt dat door deze erkenning van de lidstaten in domeinen waar de Unie geen *de jure* exclusieve bevoegdheid had, deze toch nog *de facto* werd erkend.⁸⁰ Met de uitspraak kwam er een breuk in de rechtspraak waarin de gemeenschappelijke handelspolitiek werd geïnterpreteerd als zijnde onder de exclusieve bevoegdheid van de Unie.⁸¹ Echter, recent is er in 2 arresten, Daiichi Sankyo en Commissie t/ Raad, terug een ommekeer gekomen; het Hof zag hier geen graten in exclusiviteit in de GHP post-Lissabon, zijnde bij het gehele Trips-verdrag en het meeste van GATS.⁸²

ADVIES 2/92: GHP ENKEL OVER VESTIGINGSVOORWAARDEN - In 1994 werd het Hof om een advies verzocht over de bevoegdheid van de Unie of een van haar instellingen om deel te nemen aan het derde herziene besluit van de Raad van de Organisatie voor economische samenwerking en ontwikkeling (hierna: OESO) betreffende de nationale behandeling van buitenlandse ondernemingen, wat resulteerde in Advies 2/92.⁸³ De Commissie was van mening dat de Unie bevoegd was op basis van de doctrine van impliciete bevoegdheden⁸⁴ en dat haar externe optreden haar basis vond in interne regels.⁸⁵

Het Hof verduidelijkte dat de bevoegdheden onder de gemeenschappelijke handelspolitiek

Internal Struggle for External Competences in the EU”, *Journal of Common Market Studies* 2006, (899) 903; M. CREMONA, “A Policy of Bits and Pieces? The Common Commercial Policy after Nice”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2002, (61) 63; P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 34; D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 13; J. LARIK, “No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy in Daiichi Sankyo and Commission v. Council (Conditional Access Convention)”, *Common Market Law Review* 2015, (779) 779.

⁷⁹ R. LEAL-ARCAS, “The European Union's Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon”, *The Journal of World Investment & Trade* 2010, (463) 469; T. TAKACS, “Situating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (negotiations) in European Union Common Policy”, *Legal Issues of Economic Integration* 2016, (341) 347.

⁸⁰ R. LEAL-ARCAS, “The European Union's Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon”, *The Journal of World Investment & Trade* 2010, (463) 474.

⁸¹ P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 11 – 25; J. LARIK, “No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy in Daiichi Sankyo and Commission v. Council (Conditional Access Convention)”, *Common Market Law Review* 2015, (779) 779.

⁸² J. LARIK, “No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy in Daiichi Sankyo and Commission v. Council (Conditional Access Convention)”, *Common Market Law Review* 2015, (779) 779 -780.

⁸³ Advies 2/92, Bevoegdheid van de Gemeenschap of een van zijn instellingen om deel te nemen aan het derde herziene besluit van de OESO betreffende de nationale behandeling, *ECR* 24 maart 1995, 525, ECLI:EU:C:1995:83; P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 34; L. HOLGAARD en R. HOLGAARD, “The External Powers of the European Community”, *RETTID* 2001, (108) 138.

⁸⁴ Zie *infra* voor uitgebreide uitleg over impliciete bevoegdheden.

⁸⁵ L. HOLGAARD en R. HOLGAARD, “The External Powers of the European Community”, *RETTID* 2001, (108) 139.

enkel van tel zijn als het gaat om de vestigingsvoorwaarden voor buitenlandse ondernemingen in handel tussen lidstaten en derde landen: in overweging 24 stelt ze dat de regel van nationale behandeling (*infra* verder besproken) zoals omvat in het besluit hoofdzakelijk betrekking heeft op de voorwaarden waaronder de buitenlandse ondernemingen deelnemen aan het economisch verkeer *binnen* de lidstaten. De deelname van zulke ondernemingen na toetreding valt volgens het Hof onder de regels van de interne markt, en niet die van de gemeenschappelijke handelspolitiek, waardoor ook de lidstaten bevoegd zijn.⁸⁶ Wat de impliciete bevoegdheden betreft, oordeelde ze dat exclusieve externe bevoegdheid enkel aanwezig is wanneer er gemeenschappelijke regels kunnen aangetast worden.⁸⁷

DAIICHI SANKYO: BREUK MET ADVIES 1/94 – Op 18 juli 2013 deed het Hof van Justitie in het Daiichi Sankyo-arrest uitspraak over de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten wat betreft het Trips-verdrag gesloten in het raam van de WHO en de draagwijdte van het begrip “gemeenschappelijke handelspolitiek”.⁸⁸ In de zaak verzocht het farmaceutisch bedrijf Daiichi Sankyo het Griekse DEMO Anonimos om de productie van een generiek product met hun gepatenteerde actieve stof te stoppen d.m.v. een vordering tot staking.⁸⁹ De eerste vraag die zich stelde was wie bevoegd is voor de interpretatie van de relevante bepalingen van het Trips-verdrag, *in casu* artikel 27, en welke rechtbank, op Unieniveau of nationaal, zich hierover kan uitspreken.⁹⁰ De tweede vraag die kan ontwaard worden is welk deel van de overeenkomst onder de GHP valt, en of er nog een deel overblijft waar de lidstaten primaire bevoegdheid over hebben.⁹¹

⁸⁶ Advies 2/92, Bevoegdheid van de Gemeenschap of een van zijn instellingen om deel te nemen aan het derde herziene besluit van de OESO betreffende de nationale behandeling, *ECR* 1995, 521, overweging 25; P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 15; C. SÖDERLUND, “Intra-EU BIT investment protection and the EC Treaty”, *Journal of International Arbitration* 2007, (455) 461.

⁸⁷ Advies 2/92, Bevoegdheid van de Gemeenschap of een van zijn instellingen om deel te nemen aan het derde herziene besluit van de OESO betreffende de nationale behandeling, *ECR* 1995, 521, overweging 31; L. HOLGAARD en R. HOLGAARD, “The External Powers of the European Community”, *RETTID* 2001, (108) 139.

⁸⁸ HvJ 18 juli 2013, nr. C-141/11, ECLI:EU:C:2013:520; HvJ 18 juli 2013 en 22 oktober 2013, *RW* 2014-15, 194, noot Y. TANGHE.

⁸⁹ HvJ 18 juli 2013 en 22 oktober 2013, *RW* 2014-15, 194, noot Y. TANGHE; J. LARIK, “No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy in Daiichi Sankyo and Commission v. Council (Conditional Access Convention)”, *Common Market Law Review* 2015, (779) 781.

⁹⁰ J. LARIK, “No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy in Daiichi Sankyo and Commission v. Council (Conditional Access Convention)”, *Common Market Law Review* 2015, (779) 781.

⁹¹ HvJ 18 juli 2013 en 22 oktober 2013, *RW* 2014-15, 194, noot Y. TANGHE; J. LARIK, “No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy in Daiichi Sankyo and Commission v. Council (Conditional Access Convention)”, *Common Market Law Review* 2015, (779) 781.

In Advies 1/94 oordeelde het Hof dat de sluiting van het Trips-verdrag tot de bevoegdheid van zowel de Unie als de lidstaten behoorde; om die reden verzocht de Griekse rechter het Hof om een prejudiciële beslissing over de vraag of deze bepaling tot de exclusieve bevoegdheid van de Unie behoort. Een groot aantal lidstaten adviseerden het Hof vast te houden aan de uitleg in Advies 1/94, en steunden hierbij op de bestaande rechtspraak over gedeelde bevoegdheden. De Commissie daarentegen steunde op haar interpretatie van artikel 207 VWEU: sinds het Verdrag van Lissabon omvat dit artikel nu ook de “handelsaspecten van intellectuele eigendom”.⁹² Aangezien het Trips-verdrag in haar geheel ook tot de handelsaspecten van intellectuele eigendom relateert, valt het volledig onder de gemeenschappelijke handelspolitiek.⁹³ De interveniërende lidstaten argumenteerden dat het merendeel van regels in deze overeenkomst vervat, waaronder ook artikel 27, enkel indirect betrekking hebben op de internationale handel. Dit houdt in dat ze onder de gedeelde bevoegdheden van de interne markt vallen.⁹⁴

Het Hof verduidelijkt in haar arrest eerst de bevoegdheidsverdeling en werkingssfeer van de GHP. Het beklemtoont dat door de veranderingen doorgevoerd door het Verdrag van Lissabon, de vroegere rechtspraak met betrekking tot het Trips-verdrag, waaronder Advies 1/94, niet meer relevant is om te bepalen in hoeverre de overeenkomst binnen het toepassingsgebied van de GHP gebracht kan worden.⁹⁵ Eerst wijst het Hof erop dat, aangezien de gemeenschappelijke handelspolitiek krachtens art. 3, lid 1, e VWEU gesitueerd moet worden in het raam van het externe optreden van de Unie, dit beleid betrekking heeft op het handelsverkeer met derde landen en niet op de handel binnen de interne markt.⁹⁶ Ten slotte verwijst het Hof in overweging 52 naar haar vaste rechtspraak op grond waarvan *“een Uniehandeling onder de gemeenschappelijke handelspolitiek valt wanneer zij specifiek ziet op het internationale handelsverkeer doordat zij in wezen tot doel heeft de handel te bevorderen, te vergemakkelijken of te regelen en daarop een rechtstreeks en onmiddellijk effect heeft.”*⁹⁷

⁹² G. BONO, “The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 16.

⁹³ HvJ 18 juli 2013, nr. C-141/11, ECLI:EU:C:2013:520, overweging 43.

⁹⁴ HvJ 18 juli 2013, nr. C-141/11, ECLI:EU:C:2013:520, overweging 44; J. LARIK, “No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy in Daiichi Sankyo and Commission v. Council (Conditional Access Convention)”, *Common Market Law Review* 2015, (779) 782 – 783.

⁹⁵ HvJ 18 juli 2013, nr. C-141/11, ECLI:EU:C:2013:520, overweging 43; HvJ 18 juli 2013 en 22 oktober 2013, RW 2014-15, 194, noot Y. TANGHE; J. LARIK, “No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy in Daiichi Sankyo and Commission v. Council (Conditional Access Convention)”, *Common Market Law Review* 2015, (779) 783.

⁹⁶ HvJ 18 juli 2013, nr. C-141/11, ECLI:EU:C:2013:520, overweging 50.

⁹⁷ HvJ 18 juli 2013, nr. C-141/11, ECLI:EU:C:2013:520, overweging 52.

Het Hof merkt op dat art. 207 VWEU uitdrukkelijk ziet op de handelsaspecten van intellectuele eigendom en dat uit de regels van de het Trips-verdrag blijkt dat dit verdrag een specifieke band heeft met het internationale handelsverkeer.⁹⁸ Het bestaan van deze specifieke band wettigt de conclusie dat deze overeenkomst onder de gemeenschappelijke handelspolitiek valt.⁹⁹ Ook de bepalingen in de overeenkomst inzake het bestaan, de reikwijdte en de gebruikmaking van intellectuele eigendomsrechten, waaronder artikel 27, vallen hieronder. Het Trips-verdrag die als een gemengde overeenkomst tot stand is gekomen, valt door dit arrest in haar geheel onder de gemeenschappelijke handelspolitiek en daarmee onder de exclusieve bevoegdheid van de Unie.¹⁰⁰

COMMISSIE T/ RAAD: BEVESTIGING – Op 4 september 2014 deed het Hof van Justitie nogmaals uitspraak over de externe bevoegdheid van de Unie in het arrest Commissie t/ Raad en bevestigde ze de conclusie uit *Daiichi Sankyo*.¹⁰¹ In dit arrest was een bevoegdheidsgeschil over het onderhandelen van een internationale overeenkomst over de naburige rechten van omroeporganisaties aan de orde.¹⁰² Het Hof oordeelde opnieuw in het voordeel van een uitbreiding van de werkingssfeer van de gemeenschappelijke handelspolitiek, deze maal over handel in diensten en dus buiten de WHO-context.¹⁰³

De Raad en vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten hadden een gezamenlijk besluit aangenomen dat zowel de Commissie als de lidstaten machtigt om de overeenkomst te onderhandelen, elk met betrekking tot die aspecten die binnen hun bevoegdheid vallen. De Commissie was echter van mening dat de lidstaten geen rol kunnen spelen in die onderhandelingen, aangezien de naburige rechten van omroeporganisaties op grond van art. 3, lid 2 VWEU binnen het domein van de exclusieve bevoegdheid van de EU vallen en stelde bij het Hof een beroep tot nietigverklaring van het gezamenlijk besluit in.¹⁰⁴ Dit gaf het Hof voor

⁹⁸ HvJ 18 juli 2013, nr. C-141/11, ECLI:EU:C:2013:520, overweging 52.

⁹⁹ *Ibid.* overweging 56.

¹⁰⁰ D. KLEIMANN, D. en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU the Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 13.

¹⁰¹ HvJ 4 september 2014, C-114/12, RW 2015, nr. 7, 276, noot Y. TANGHE; D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU the Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 13, J. LARIK, “No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy in *Daiichi Sankyo* and *Commission v. Council*”, *Common Market Law Review* 2015, (779) 787.

¹⁰² J. LARIK, “No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy in *Daiichi Sankyo* and *Commission v. Council* (Conditional Access Convention)”, *Common Market Law Review* 2015, (779) 781.

¹⁰³ *Ibid.* 787.

¹⁰⁴ HvJ 4 september 2014, nr. C-114/12, ECLI:EU:C:2014:2151, overweging 44.

het eerst sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon de mogelijkheid om zich uit te spreken over de draagwijdte van de impliciete exclusieve bevoegdheid van de EU zoals vervat in art. 3, lid 2 VWEU. Het Hof oordeelde dat de inhoud van de onderhandelingen in grote mate handelde over gemeenschappelijke regels van de Unie en dat deze onderhandelingen gemeenschappelijke regels van de Unie kunnen aantasten of de strekking ervan kunnen wijzigen.¹⁰⁵ Bijgevolg vallen die onderhandelingen onder de exclusieve bevoegdheid van de Unie.

CONCLUSIE - In Commissie t/ Raad verwijst het Hof meermaals naar het Daiichi Sankyo-arrest om haar redenering te ondersteunen.¹⁰⁶ Het lijkt er dus op dat het Hof de vereiste van een “specifieke band met het internationale handelsverkeer” consistent zal gaan hanteren om al dan niet te besluiten tot de toepasselijkheid van art. 207 VWEU. Het Hof formuleerde in deze twee zaken enkele concrete criteria op basis waarvan besloten kan worden tot een “specifieke band met het internationaal handelsverkeer”. In lijn met de vroegere rechtspraak is aan dit vereiste voldaan (1) wanneer de Unie het internationale handelsverkeer wenst te bevorderen en (2) wanneer voorzien wordt in een uitbreiding van de rechtsbescherming buiten het grondgebied van de Unie.¹⁰⁷ Het is niet duidelijk hoe breed deze vereiste precies geïnterpreteerd zal worden en welke rol er voor de lidstaten zal overblijven om zelf maatregelen te treffen in de verschillende domeinen van de gemeenschappelijke handelspolitiek.¹⁰⁸

3. Impliciete bevoegdheden

BEVOEGDHEIDSVERDELING – Volgens artikel 5, lid 2 VEU moet de Unie handelen binnen de limieten van de bevoegdheden haar toegekend door de lidstaten om de in de verdragen bepaalde doelstellingen te verwezenlijken, er is van *Kompetenz-Kompetenz* geen sprake.¹⁰⁹ De Unie erkende naast deze exclusieve bevoegdheden al snel het bestaan van “impliciete

¹⁰⁵ HvJ 4 september 2014, nr. C-114/12, ECLI:EU:C:2014:2151, overweging 102; J. LARIK, “No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy in Daiichi Sankyo and Commission v. Council (Conditional Access Convention)”, *Common Market Law Review* 2015, (779) 790.

¹⁰⁶ HvJ 4 september 2014, C-114/12, RW 2015, nr. 7, 276, noot Y. TANGHE.

¹⁰⁷ HvJ 18 juli 2013, nr. C-141/11, ECLI:EU:C:2013:520, overweging 51.

¹⁰⁸ HvJ 18 juli 2013 en 22 oktober 2013, RW 2014-15, noot YOLE TANGHE, (194) 196.

¹⁰⁹ G. BONO, “The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 15; S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU's Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 423; D. PORREZ, *De Doctrine van de Implied Powers in de EU Externe Betrekkingen*, onuitg. masterproef Universiteit Gent 2013, 5.

bevoegdheden”.¹¹⁰ Het leerstuk van de impliciete bevoegdheden is ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie en stond tot het Verdrag van Lissabon niet ingeschreven in een verdragsbepaling.¹¹¹

De Uniebevoegdheden worden afgegrensd volgens het beginsel van bevoegdheidstoedeling zoals omvat in artikel 5, lid 1 VEU.¹¹² Dit principe stelt dat bevoegdheden die niet aan de Unie worden toegewezen tot de residuaire bevoegdheid van de lidstaten behoren.¹¹³ De toegewezen bevoegdheden zijn omschreven in het VWEU, waarbij exclusieve bevoegdheden – waar enkel de Unie wetgevend mag optreden – worden onderscheiden van de niet-exclusieve.¹¹⁴ Uit het beginsel van bevoegdheidstoedeling volgt dat een Unieoptreden steeds moet steunen op een rechtsgrond in de verdragen.¹¹⁵ Een Unieoptreden kan uitdrukkelijk binnen het toepassingsgebied van een of meerdere specifieke dan wel algemene verdragsbepalingen vallen.¹¹⁶ Uit dergelijke uitdrukkelijk toegewezen bevoegdheid kunnen impliciete bevoegdheden worden afgeleid indien dit noodzakelijk is voor de efficiënte uitoefening van de uitdrukkelijk toegekende bevoegdheid.¹¹⁷

¹¹⁰ S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 423 – 424.

¹¹¹ S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 423; M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 294.

¹¹² M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 292- 293; D. PORREZ, *De Doctrine van de Implied Powers in de EU Externe Betrekkingen*, onuitg. masterproef Universiteit Gent 2013, 5.

¹¹³ Art. 4 (1) en 5 (2) VEU; HvJ 18 juli 2013 en 22 oktober 2013, RW 2014-15, 194, noot Y. TANGHE; D. KEYAERTS, “Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Hof van Justitie 2012 – 2013”, *Tijdschrift voor Wetgeving* 2014, (112) 112; M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 293.

¹¹⁴ M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 293.

¹¹⁵ B. HOOPS, “The Interpretation of Mixed Agreements in the EU after *Lesoochrandrske* zoskupenie”, *Hanse Law Review* 2014, (3) 4; M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 294.

¹¹⁶ M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 294.

¹¹⁷ B. HOOPS, “The Interpretation of Mixed Agreements in the EU after *Lesoochrandrske* zoskupenie”, *Hanse Law Review* 2014, (3) 4; D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 6; M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 294.

FLEXIBILITEITSCLAUSULE – Art. 352, lid 1 VWEU stelt dat indien een optreden van de Unie nodig is om een van de doelstellingen van de Unieverdragen te verwezenlijken zonder dat deze daar in de daartoe vereiste bevoegdheden voorzien, de Raad passende bepalingen kan vaststellen.¹¹⁸ Er dient echter een onderscheid gemaakt te worden tussen deze aanvullende bevoegdheidsgrond, ook flexibiliteitsclausule genoemd, en impliciete bevoegdheden: waar de flexibiliteitsclausule de afwezigheid van elke uitdrukkelijke of impliciete Uniebevoegdheid veronderstelt, worden impliciete bevoegdheden daarentegen afgeleid uit een uitdrukkelijke bevoegdheid.¹¹⁹

4. Rechtspraak

DE AETR-DOCTRINE: INTRODUCTIE IMPLICIETE BEVOEGDHEDEN - In het AETR-arrest van 31 maart 1971 oordeelde het Hof van Justitie dat de bevoegdheid van de Unie om internationale overeenkomsten te sluiten niet enkel van een uitdrukkelijke toekenning door Unieverdragen komt, maar ook kan voortvloeien uit andere bepalingen in de verdragen en uit handelingen verricht door de gemeenschapsinstellingen in het kader van deze bepalingen.¹²⁰ Het Hof stelde nl. dat de bevoegdheid om een verdrag te sluiten ook kan gebaseerd worden op impliciete bevoegdheden, deze voortvloeiend uit bepalingen die letterlijk gelezen enkel voorzien in interne wetgeving, dit in het bijzonder wanneer er al gemeenschappelijke regels zijn uitgevaardigd.¹²¹ Dit geeft aanleiding tot het AETR-effect: elke keer de Unie een interne maatregel neemt, breidt

¹¹⁸ B. HOOPS, “The Interpretation of Mixed Agreements in the EU after *Lesoochrandrske* zoskupenie”, *Hanse Law Review* 2014, (3) 4; M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 294-295; D. PORREZ, *De Doctrine van de Implied Powers in de EU Externe Betrekkingen*, onuitg. masterproef Universiteit Gent 2013, 5.

¹¹⁹ M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 295.

¹²⁰ HvJ 31 maart 1971, nr. C-22/70, ECLI:EU:C:1971:32, overweging 16; J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1535; T. COTTIER, “Towards a Common External Economic Policy of the European Union” in M. BUNGENBERG en C. HERRMANN (eds.), *Common Commercial Policy after Lisbon*, New York, Springer, 2013, (3) 8; S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 424; L. HOLGAARD en R. HOLGAARD, “The External Powers of the European Community”, *RETTID* 2001, (108) 115; M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 296; D. PORREZ, *De Doctrine van de Implied Powers in de EU Externe Betrekkingen*, onuitg. masterproef Universiteit Gent 2013, 17.

¹²¹ HvJ 31 maart 1971, nr. C-22/70, ECLI:EU:C:1971:32, overweging 17; J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1535; S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 424; M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 296.

ze haar exclusieve bevoegdheid m.b.t. tot die kwestie uit.¹²² Dit wordt aangehaald in overweging 17 en 18 van het arrest en later herhaald in overweging 77 van Advies 2/92: lidstaten verliezen het recht om jegens derde landen verplichtingen aan te gaan, al naargelang gemeenschappelijke regels worden ingevoerd die door deze verplichtingen zouden kunnen worden aangetast.¹²³

Het Hof verduidelijkt verder dat de impliciete bevoegdheid om een verdrag te sluiten exclusief hoort te zijn omdat elk initiatief buiten het kader van de gemeenschappelijke instellingen onverenigbaar is met de eenheid van de gemeenschappelijke markt en de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht, zoals omschreven in overweging 31.¹²⁴ De redenering van het Hof is als volgt: als deze bevoegdheid niet exclusief aan de Unie zou worden toegewezen zouden lidstaten door het sluiten van internationale overeenkomsten in staat zijn om gemeenschappelijke regels van de Unie aan te tasten of de strekking ervan te kunnen wijzigen.¹²⁵ In dit arrest werd m.a.w. voor het eerst een impliciete externe Uniebevoegdheid erkend.¹²⁶ Door het sluiten van vrijhandels- en associatieovereenkomsten heeft de Unie vervolgens gretig gebruik gemaakt van haar impliciete investeringsgerelateerde bevoegdheden.¹²⁷

ADVIES 1/76: IMPLICIET EN EXTERN ZONDER INTERNE REGELS – Het Hof van Justitie breidde in Advies 1/76 de erkenning van een impliciete externe bevoegdheid uit naar situaties waarin de Unie nog geen interne regels ter uitvoering van een gemeenschapsbevoegdheid heeft uitgevaardigd, dit in tegenstelling tot het AETR-arrest.¹²⁸ Het Hof verzachte echter en stelde

¹²² G. VAN DER LOO en R. A. WESSEL, “The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions”, *Common Market Law Review* 2017, (1) 15.

¹²³ HvJ 31 maart 1971, nr. C-22/70, ECLI:EU:C:1971:32, overweging 17 en 18; Advies 2/92, Bevoegdheid van de Gemeenschap of een van zijn instellingen om deel te nemen aan het derde herziene besluit van de OESO betreffende de nationale behandeling, ECR 24 maart 1995, 525, ECLI:EU:C:1995:83, overweging 77.

¹²⁴ M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 298; D. PORREZ, *De Doctrine van de Implied Powers in de EU Externe Betrekkingen*, onuitg. masterproef Universiteit Gent 2013, 17.

¹²⁵ HvJ 31 maart 1971, nr. C-22/70, ECLI:EU:C:1971:32, overweging 22; HvJ 4 september 2014, C-114/12, *Tijdschrift voor Wetgeving* 2015, nr. 7, 297, noot Y. TANGHE; M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 298.

¹²⁶ M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 296.

¹²⁷ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1535; J. CEYSENS, “Towards a common foreign investment policy?”, *LIEI* 2005, (259) 265 – 269.

¹²⁸ Advies 1/76, Advies van het hof van 26 april 1977 uitgebracht krachtens artikel 228, tweede alinea, van het EEG-Verdrag, ECR 1977, 741, ECLI:EU:C:1977:63, overweging 4; P.-A. FRIELINGS-DORF, *Shared or*

dat hoewel de bevoegdheid om de Unie jegens derde landen te binden impliciet voortvloeit uit de verdragsbepalingen welke de interne bevoegdheid vestigen, dit enkel zo is als de deelneming van de Unie noodzakelijk is voor de verwezenlijking van een van de doelstellingen van de Unie.¹²⁹ Dit advies vervolledigde de doctrine van “parallele bevoegdheden”: impliciete bevoegdheden zijn niet afhankelijk van het bestaan van interne regels en zijn niet beperkt tot gemeenschappelijke regels, maar betreffen daarentegen alle doelstellingen van de Unie.¹³⁰

5. Codificatie

CODIFICATIE IN HET VWEU – Art. 216 VWEU en art. 3, lid 2 VWEU codificeren de eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie, nl. de impliciete exclusieve bevoegdheid van de Unie.¹³¹

In de artikels staat als volgt:

Art. 3, lid 2 VWEU:

De Unie is tevens exclusief bevoegd een internationale overeenkomst te sluiten indien een wetgevingshandeling van de Unie in die sluiting voorziet, indien die sluiting noodzakelijk is om de Unie in staat te stellen haar interne bevoegdheid uit te oefenen of wanneer die sluiting gemeenschappelijke regels kan aantasten of de strekking daarvan kan wijzigen.

Art. 216 VWEU:

De Unie kan een overeenkomst met één of meer derde landen of internationale

Exclusive? – The External Competence of the EU in Regard to TRIPs, onuitg. masterproef Lund University 2008, 16; L. HOLGAARD en R. HOLGAARD, “The External Powers of the European Community”, *RETTID* 2001, (108) 120; M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 299.

¹²⁹ Advies 1/76, Advies van het hof van 26 april 1977 uitgebracht krachtens artikel 228, tweede alinea, van het EEG-Verdrag, ECR 1977, 741, ECLI:EU:C:1977:63, overweging 4; M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 300; D. PORREZ, *De Doctrine van de Implied Powers in de EU Externe Betrekkingen*, onuitg. masterproef Universiteit Gent 2013, 25.

¹³⁰ L. HOLGAARD en R. HOLGAARD, “The External Powers of the European Community”, *RETTID* 2001, (108) 122.

¹³¹ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1534; S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 424; S. HINDELANG en N. MAYDELL, “The EU’s Common Investment Policy – Connecting the Dots” in M. BUNGENBERG (ed.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (1) 15; B. HOOPS, “The Interpretation of Mixed Agreements in the EU after *Lesoochrandrske zoskupenie*”, *Hanse Law Review* 2014, (3) 4; M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 301.

organisaties sluiten wanneer de Verdragen daarin voorzien of wanneer het sluiten van een overeenkomst ofwel nodig is om, in het kader van het beleid van de Unie, een van de in de Verdragen bepaalde doelstellingen te verwezenlijken, of wanneer daarin bij een juridisch bindende handeling van de Unie is voorzien of wanneer zulks gemeenschappelijke regels kan aantasten of de strekking daarvan kan wijzigen.

De door de Unie gesloten overeenkomsten zijn verbindend voor de instellingen van de Unie en voor de lidstaten.”

EXCLUSIEVE EXTERNE BEVOEGDHEDEN – Art. 3, lid 2 VWEU werd geïntroduceerd door het Verdrag van Lissabon en stelt de voorwaarden waaronder bevoegdheden impliciet exclusief worden: nl. wanneer (1) een wetgevende handeling dit vraagt, (2) het noodzakelijk is voor de Unie om haar eigen bevoegdheden uit te oefenen¹³² en (3) een overeenkomst gemeenschappelijke regels kan wijzigen.¹³³ Art. 216 VWEU handelt over de externe bevoegdheden van de Unie: ze heeft expliciete externe bevoegdheden wanneer de Unieverdragen daarin voorzien en ze heeft impliciete externe bevoegdheden (1) wanneer het sluiten van een overeenkomst noodzakelijk is om een van de doelstellingen zoals omvat in de Unieverdragen te verwezenlijken of (2) wanneer de overeenkomst in staat is om Unierecht aan te tasten of de werkingssfeer ervan te veranderen.¹³⁴ Expliciete bevoegdheden zijn exclusief als de bepaling die aan de grondslag ligt uitdrukkelijk de exclusieve aard omschrijft.¹³⁵ Impliciete

¹³² Advies 1/76, Advies van het hof van 26 april 1977 uitgebracht krachtens artikel 228, tweede alinea, van het EEG-Verdrag, ECR 1977, 741, ECLI:EU:C:1977:63, overweging 3 en 4; HvJ 5 november 2002, nr. C-467/98, EU:C:2002:625, overweging 56: “*Wel heeft het Hof reeds geoordeeld dat de bevoegdheid van de Gemeenschap om internationale verbintenissen aan te gaan, niet alleen uitdrukkelijk door het Verdrag kan worden toegekend, maar ook impliciet uit de bepalingen van het Verdrag kan voortvloeien. Een dergelijke impliciete externe bevoegdheid bestaat niet alleen in alle gevallen waarin van de interne bevoegdheid reeds gebruik is gemaakt om maatregelen vast te stellen in het kader van de verwezenlijking van een gemeenschappelijk beleid, maar ook indien de interne communautaire maatregelen eerst worden vastgesteld in het kader van de sluiting en de tenuitvoerlegging van de internationale overeenkomst. Aldus kan de bevoegdheid om de Gemeenschap jegens derde landen te verbinden, impliciet voortvloeien uit de verdragsbepalingen die de interne bevoegdheid vestigen, voorzover de deelneming van de Gemeenschap aan de internationale overeenkomst noodzakelijk is ter verwezenlijking van een van de doelstellingen van de Gemeenschap*”; Advies 1/03 betreffende een verzoek om advies uit hoofde van artikel 300, lid 6, EG, op 5 maart 2003 ingediend door de Raad van de Europese Unie, EU:C:2006:81, overweging 36.

¹³³ Advies 1/75, Advies uitgebracht krachtens artikel 228 van het EEG-Verdrag, ECR 1975, 1355, ECLI:EU:C:1975:145, overweging 17; Advies 1/03 betreffende een verzoek om advies uit hoofde van artikel 300, lid 6, EG, op 5 maart 2003 ingediend door de Raad van de Europese Unie, EU:C:2006:81, overweging 44; T. DOLLE en B. G. SIMOES, “Mixed Feelings about « Mixed Agreements » and CETA’s Provisional Application”, *The European Journal of Risk Regulation* 2016, (617) 618; D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 6.

¹³⁴ B. HOOPS, “The Interpretation of Mixed Agreements in the EU after *Lesoochrandrske zoskupenie*”, *Hanse Law Review* 2014, (3) 4.

¹³⁵ B. HOOPS, “The Interpretation of Mixed Agreements in the EU after *Lesoochrandrske zoskupenie*”, *Hanse Law Review* 2014, (3) 4.

bevoegdheden zijn exclusief als volgens artikel 3 VWEU de onderliggende interne bevoegdheid exclusief is.¹³⁶ Alle andere bevoegdheden toegekend aan de Unie zijn gedeeld, de lidstaten kunnen deze echter niet uitoefenen als de Unie er reeds gebruik van heeft gemaakt.¹³⁷ Deze test is fundamenteel dezelfde als deze in de AETR-doctrine: de bevoegdheden die aan de Unie worden gegeven volgens art. 216, 1 VWEU voor niet-DBI zijn niet exclusief, maar gedeeld zoals omvat in art. 4, 1 VWEU.¹³⁸

WISSELWERKING TUSSEN BEIDE ARTIKELS - De wisselwerking tussen deze artikels roept een aantal vragen op: nl. hoeveel verder gaat art. 216 VWEU op vlak van bevoegdheden dan art. 3, lid 2 VWEU?¹³⁹ HINDELANG en MAYDELL volgen het standpunt dat art. 216 VWEU de Unie externe bevoegdheid geeft die enkel exclusief wordt als de voorwaarden van art. 3, lid 2 VWEU zijn vervuld. Dit houdt in dat art. 216 VWEU bijna altijd exclusieve bevoegdheid garandeert, aangezien de betekenis van beide artikels quasi identiek is.¹⁴⁰

Externe bevoegdheid is enkel niet-exclusief “*wanneer het sluiten van een overeenkomst ofwel nodig is om, in het kader van het beleid van de Unie, een van de in de Verdragen bepaalde doelstellingen te verwezenlijken.*” Volgens HINDELANG en MAYDELL is dit het enige deel van art. 216 VWEU dat niet onder art. 3, lid 2 VWEU valt omdat “*een van de in de Verdragen bepaalde doelstellingen*” verschilt van in het andere artikel geschreven “*interne bevoegdheid*”, wat twee verschillende juridische begrippen zijn in het verdrag.¹⁴¹ Op basis hiervan kunnen we concluderen dat beide artikels samen zowel exclusieve als gedeelde bevoegdheden aan de Unie geven.¹⁴²

CONCLUSIE: IMPLICIETE EXCLUSIEVE BEVOEGDHEID VOOR LISSABON – De impliciete exclusieve bevoegdheid voor Lissabon had de volgende kenmerken: er is impliciete

¹³⁶ D. PORREZ, *De Doctrine van de Implied Powers in de EU Externe Betrekkingen*, onuitg. masterproef Universiteit Gent 2013, 50.

¹³⁷ G. DE BAERE, “International negotiations post Lisbon: A case study of the Union’s external environmental policy” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (97) 98; B. HOOPS, “The Interpretation of Mixed Agreements in the EU after *Lesoochrandske zoskupenie*”, *Hanse Law Review* 2014, (3) 5; D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 6.

¹³⁸ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1534.

¹³⁹ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1534.

¹⁴⁰ S. HINDELANG en N. MAYDELL, “The EU’s Common Investment Policy – Connecting the Dots” in M. BUNGENBERG (ed.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (1) 14.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*

bevoegdheid als (1) de Unie al interne regels had vastgesteld in een bepaald domein¹⁴³, (2) als de materie grotendeels onder het Unierecht valt met een perspectief van bijkomende interne harmonisatie, (3) het expliciet is bevestigd in de secundaire wetgeving en (4) het noodzakelijk is om effectief gebruik te maken van de interne bevoegdheden.¹⁴⁴ Impliciete bevoegdheden inzake externe betrekkingen kunnen aanvaard worden in de twee volgende gevallen: (1) wanneer de Unie ter uitvoering van een expliciet toegekende bevoegdheid interne regels heeft uitgevaardigd die aangetast zouden kunnen worden indien de lidstaten ter zake internationale overeenkomsten zouden kunnen sluiten en (2) wanneer dit noodzakelijk is voor de doeltreffende uitoefening van een uitdrukkelijk toegekende bevoegdheid.¹⁴⁵

Hoewel de Unie op vlak van DBI *impliciete* externe bevoegdheden had voor het Verdrag van Lissabon – waar ze ook gebruik van maakte – waren deze bevoegdheden gelimiteerd tot vragen omtrent de toelating tot de markt en behelsden ze niet de bescherming van investeringen na hun intrede.¹⁴⁶ De Unie bezat bijgevolg geen externe bevoegdheden voor de basisbepalingen van de BIT's: nl. de bescherming van reeds toegelaten investeringen.¹⁴⁷

¹⁴³ Advies 2/92, Bevoegdheid van de Gemeenschap of een van zijn instellingen om deel te nemen aan het derde herziene besluit van de OESO betreffende de nationale behandeling, ECR 24 maart 1995, 525, ECLI:EU:C:1995:83, overweging 6: “*De exclusieve externe bevoegdheid van de Gemeenschap vloeit niet ipso facto voort uit haar bevoegdheid om op intern vlak regels vast te stellen. De Lid-Staten verliezen het recht om, individueel of collectief optredend, jegens derde landen verplichtingen aan te gaan, slechts naar gelang van de totstandkoming van gemeenschappelijke regels die door deze verplichtingen zouden kunnen worden aangetast.*”

¹⁴⁴ S. HINDELANG en N. MAYDELL, “The EU’s Common Investment Policy – Connecting the Dots” in M. BUNGENBERG (ed.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (1) 14.

¹⁴⁵ B. HOOPS, “The Interpretation of Mixed Agreements in the EU after *Lesoochrandske* zoskupenie”, *Hanse Law Review* 2014, (3) 4-5; M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 301.

¹⁴⁶ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1536; T. COTTIER, “Towards a Common External Economic Policy of the European Union” in M. BUNGENBERG en C. HERRMANN (eds.), *Common Commercial Policy after Lisbon*, New York, Springer, 2013, (3) 8.

¹⁴⁷ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1536; F. HOFFMEISTER, “The European Union’s common commercial policy a year after Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (83) 86.

Hoofdstuk II. Directe buitenlandse investeringen

§1. Exclusieve bevoegdheid voor de Unie

BASISBEPALING IN HET VWEU - Art. 207, lid 1 VWEU is de basisbepaling voor directe buitenlandse investeringen.¹⁴⁸ Het geeft een overzicht van de gebieden die de gemeenschappelijke handelspolitiek omvatten, waaronder nu ook DBI valt:

De gemeenschappelijke handelspolitiek wordt gegrond op eenvormige beginselen, met name aangaande tariefwijzigingen, het sluiten van tarief- en handelsakkoorden betreffende handel in goederen en diensten, en de handelsaspecten van intellectuele eigendom, de directe buitenlandse investeringen, het eenvormig maken van liberaliseringsmaatregelen, de uitvoerpolitiek alsmede de handelspolitieke beschermingsmaatregelen, waaronder de te nemen maatregelen in geval van dumping en subsidies. De gemeenschappelijke handelspolitiek wordt gevoerd in het kader van de beginselen en doelstellingen van het externe optreden van de Unie.

Dit artikel handelt niet over buitenlandse investeringen in het algemeen, maar verwijst net als artt. 67 en 206 VWEU enkel naar directe investeringen.¹⁴⁹ De Commissie is nu de partij die BIT's onderhandelt, DBI in het buitenland beschermt, en inkomende DBI reguleert.¹⁵⁰ Dit houdt in dat sinds de inwerkingtreding van het Verdrag in Lissabon de Unie met een enkele stem spreekt op het gebied van investeringsbeleid.¹⁵¹

AFSCHAFFING VAN BEPERKINGEN EN EXCLUSIVITEIT - Art. 206 VWEU stelt dat de Unie streeft naar zowel de geleidelijke afschaffing van de beperkingen voor het internationale handelsverkeer en voor directe buitenlandse investeringen als de vermindering van de douane-

¹⁴⁸ HvJ 18 juli 2013 en 22 oktober 2013, RW 2014-15, 194, noot Y. TANGHE; CHAISSE, "Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment—How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?", *Journal of International Economic Law* 2012, (51) 57; V. D'ERMAN, "Comparative Intergovernmental Politics: CETA Negotiations between Canada and the EU", *Politics and Governance* 2016, (90) 95; T. DOLLE en B. G. SIMOES, "Mixed Feelings about "Mixed Agreements" and CETA's Provisional Application", *EJRR* 2016, (617) 617; S. MEUNIER, "China and the foreign investment rules in the EU", *Journal of European Public Policy* 2014, (996) 999; A. REINISCH, The Division of Powers Between the EU and Its Member States "After Lisbon" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (43) 44.

¹⁴⁹ A. REINISCH, "The Division of Powers Between the EU and Its Member States After Lisbon" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (43) 46.

¹⁵⁰ Y.-D. KANG, "EU's Global Europe Initiative and Korea-EU FTA", *Korea University Law Review* 2010, (47) 57 -58; S. MEUNIER, "China and the foreign investment rules in the EU", *Journal of European Public Policy* 2014, (996) 999.

¹⁵¹ S. MEUNIER, "China and the foreign investment rules in the EU", *Journal of European Public Policy* 2014, (996) 999.

en andere belemmeringen.¹⁵² Enkel de Unie mag regelgeving sluiten op het vlak van directe buitenlandse investeringen.¹⁵³ In lijn met het eerder Advies 1/75 van het Hof van Justitie waarin werd geoordeeld dat de lidstaten geen gedeelde competentie hebben met de Unie in aangelegenheden van de gemeenschappelijke handelspolitiek, zijn DBI onder de exclusieve bevoegdheden komen te vallen.¹⁵⁴

EENPARIGHEID VAN STEMMEN - Verder stelt art. 207, 4 VWEU het volgende:

Ten aanzien van de onderhandelingen over en de sluiting van akkoorden betreffende de handel in diensten en betreffende de handelsaspecten van intellectuele eigendom en betreffende buitenlandse directe investeringen besluit de Raad met eenparigheid van stemmen voor zover het akkoord bepalingen bevat die met eenparigheid van stemmen worden vastgesteld wat interne voorschriften betreft.

Het Verdrag van Lissabon heeft de rol van het Europees Parlement in de gemeenschappelijke handelspolitiek versterkt.¹⁵⁵ Het Parlement moet nu volgens art. 218, lid 6 VWEU haar goedkeuring geven aan alle FTA's voor de ratificatie door de Raad kan plaatsvinden.¹⁵⁶ Voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon werd het Parlement enkel geïnformeerd via

¹⁵² S. GSTÖHL en D. HANF, "The EU's Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context", *European Law Journal* 2014, (733) 736; A. REINISCH, "The Future Shape of EU Investment Agreements", *ICSID Review* 2013, (179) 179.

¹⁵³ A. REINISCH, "The Division of Powers Between the EU and Its Member States After Lisbon" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (43) 44.

¹⁵⁴ R. LEAL-ARCAS, "The European Union's Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon", *The Journal of World Investment & Trade* 2010, (463) 479.

¹⁵⁵ G. BONO, "The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon" in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 18; J. CHAISSE, "Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment—How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?", *Journal of International Economic Law* 2012, (51) 61; S. GSTÖHL en D. HANF, "The EU's Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context", *European Law Journal* 2014, (733) 734; F. HOFFMEISTER, "The European Union's common commercial policy a year after Lisbon" in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (83) 90; LAVRANOS, N., "New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 2010, (409) 424.

¹⁵⁶ G. BONO, "The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon" in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 18; T. COTTIER, "Towards a Common External Economic Policy of the European Union" in M. BUNGENBERG en C. HERRMANN (eds.), *Common Commercial Policy after Lisbon*, New York, Springer, 2013, (3) 10; F. HOFFMEISTER, "The European Union's common commercial policy a year after Lisbon" in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (83) 92; Y.-D. KANG, "EU's Global Europe Initiative and Korea-EU FTA", *Korea University Law Review* 2010, (47) 48 – 58; A. OTT, "The European Parliament's Role in EU Treaty-making", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2016, (1009) 1010.

de interinstitutionele praktijk.¹⁵⁷ Verder wordt er volgens art. 207, lid 4 VWEU met eenparigheid door de Raad besloten in de volgende domeinen: (1) handel in diensten, (2) handelsaspecten van intellectuele eigendom en (3) directe buitenlandse investeringen.¹⁵⁸ Deze hernieuwde rol van het Parlement en de vereiste voor eenparigheid wijst op een sterke samenwerking met de lidstaten.¹⁵⁹

GEEN EXPLICIETE LIMieten IN ART. 207 VWEU – Art. 207 VWEU op zich duidt geen expliciete limieten aan wat betreft de bevoegdheden voor DBI. De Unie heeft nood aan de bevoegdheid om alle aspecten van investeringen te beheren, zowel de promotie als bescherming ervan, dit om efficiëntieoverwegingen.¹⁶⁰ Deze verregerende overdracht van bevoegdheden dient om de positie van de Unie als onderhandelaar bij bilaterale en multilaterale investeringsovereenkomsten te versterken.¹⁶¹ BUNGENBERG stelt dat we het bewijs hiervan kunnen vinden in de grotere aanwezigheid van hoofdstukken rond investeringen in preferentiële handelsakkoorden; de Unie *an sich* heeft vaak een sterkere onderhandelingspositie dan de individuele lidstaten.¹⁶² Als vertegenwoordiger van alle lidstaten zal het betere voorwaarden kunnen verkrijgen voor Europese investeerders.¹⁶³

RELATIE MET ARTIKEL 345 VWEU – Artikel 345 VWEU stelt dat de Unieverdragen de

¹⁵⁷ A. OTT, “The European Parliament’s Role in EU Treaty-making”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2016, (1009) 1010.

¹⁵⁸ I. SMYTH, “EU external action after the entry into Force of the Lisbon Treaty: Coherence at last?” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (59) 63; A. REINISCH, “The Future Shape of EU Investment Agreements”, *ICSID Review* 2013, (179) 180.

¹⁵⁹ T. COTTIER, “Towards a Common External Economic Policy of the European Union” in M. BUNGENBERG en C. HERRMANN (eds.), *Common Commercial Policy after Lisbon*, New York, Springer, 2013, (3) 10.

¹⁶⁰ J. KARL, “The Competence for Foreign Direct Investment – New Powers for the European Union?”, *JWT&I* 2006, (413) 422; M. BUNGENBERG, “The Division of Competences Between the EU and Its Member States” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 36; M. BUNGENBERG, “Going Global? The EU Common Commercial Policy after Lisbon” in C. HERRMANN en J. TERHECHTE (eds.), *European Yearbook of International Economic Law* 2010, Berlijn, Springer, (123) 144.

¹⁶¹ M. BUNGENBERG, “The Division of Competences Between the EU and Its Member States” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 36.

¹⁶² A. DE LUCA, “New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty: Investment Liberalization vs. Investment Protection?” in K. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, New York, Oxford University Press, 2012, (165) 181.

¹⁶³ M. BUNGENBERG, “The Division of Competences Between the EU and Its Member States” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 36; J. KARL, “The Competence for Foreign Direct Investment – New Powers for the European Union?”, *JWT&I* 2006, (413) 425; A. DIMOPOULOS, “Creating an EU Investment Policy” in P. CARDWELL (ed.), *EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era*, Den Haag, T.M.C. Asser Press, (401) 404.

regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet laat.¹⁶⁴ De werkingssfeer van het artikel is onduidelijk, en er zijn verschillende meningen te vinden in de rechtsleer.¹⁶⁵ Het artikel sluit de uitbreiding van de nieuwe bevoegdheden naar de bescherming tegen onteigening niet uit; het artikel geeft de lidstaten nl. geen exclusieve bevoegdheid voor onteigening en wordt strikt geïnterpreteerd.¹⁶⁶ De werkingssfeer van art. 345 VWEU betreft enkel het recht van de lidstaten om privé-eigendom te nationaliseren of om het openbaar domein te privatiseren.¹⁶⁷ Dit enge toepassingsgebied is bijvoorbeeld erkend op het gebied van intellectuele eigendom en bescherming, waarbij het Hof van Justitie stelde dat de regeling van deze eigendomsrechten enkel op Unieniveau kan worden vastgesteld en niet onder artikel 345 VWEU valt.¹⁶⁸

Art. 345 VWEU betreft niet de vaststelling van de voorwaarden waaronder een onteigening zou kunnen plaatsvinden – de lidstaten mogen enkel beslissen of en wanneer er zal onteigend worden; bij BIT's zien we dat net deze voorwaarden vaak een substantieel onderdeel uitmaken van de overeenkomst.¹⁶⁹ De voorwaarden tot onteigening vallen bijgevolg niet onder art. 345 VWEU maar onder de werkingssfeer van art. 207 VWEU.¹⁷⁰

§2. Definitie van directe buitenlandse investeringen

INLEIDING – OESO definieert directe buitenlandse investeringen als zijnde een investering met

¹⁶⁴ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1543; S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 432.

¹⁶⁵ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1543.

¹⁶⁶ A. DIMOPOULOS, “Creating an EU Investment Policy” in P. CARDWELL (ed.), *EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era*, Den Haag, T.M.C. Asser Press, (401) 408.

¹⁶⁷ C. BROWN, “Changes in the Common Commercial Policy of the European Union After the Entry into Force of the Treaty of Lisbon: A Practitioner’s Perspective” in M. BUNGENBERG en C. HERRMANN (eds.), *Common Commercial Policy after Lisbon*, Berlijn, Springer, (163) 175; A. DIMOPOULOS, “The Common Commercial Policy After Lisbon: Establishing Parallelism Between Internal and External Economic Relations?”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 2008, (101) 116; S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 433.

¹⁶⁸ HvJ, C-92/92 en C-326/92 – Phil Collins, (1993) ECR I, 5155, overweging 22; C-30/90 – Commission t/ VK, ECR I, p. 829, overweging. 18; M. BUNGENBERG, “The Division of Competences Between the EU and Its Member States” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 37. S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 434.

¹⁶⁹ A. DIMOPOULOS, “The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing Parallelism between Internal and External Economic Relations?”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 2008, (101) 101; W. SHAN en S. ZHANG, “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, *The European Journal of International Law* 2011, (1049) 1063.

¹⁷⁰ M. BUNGENBERG, “The Division of Competences Between the EU and Its Member States” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 37; A. DIMOPOULOS, “The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing Parallelism between Internal and External Economic Relations?”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 2008, (101) 101; A. DIMOPOULOS, “Creating an EU Investment Policy” in P. CARDWELL (ed.), *EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era*, Den Haag, T.M.C. Asser Press, (401) 408.

als doel het verkrijgen van een duurzaam belang door een ingezeten entiteit in een economie – de directe investeerder – in een entiteit die zich bevindt in een andere economie dan die van de investeerder.¹⁷¹ Het duurzaam belang impliceert het bestaan van een lange-termijnrelatie tussen de directe investeerder en de onderneming en een aanzienlijke mate van invloed op het beheer van de onderneming.¹⁷² De directe investeringen omvatten zowel de initiële transactie tussen de twee entiteiten als alle daaropvolgende kapitaaltransacties tussen hen en tussen verbonden ondernemingen.¹⁷³ Het IMF geeft een minimumwaarde aan het duurzaam gehalte: het behelst een belang van meer dan 10 procent.¹⁷⁴

DEFINITIE IN EUROPESE REGELGEVING - Hier stuiten we op een probleem: er is geen definitie van DBI terug te vinden in het Verdrag van Lissabon of het VWEU.¹⁷⁵ Het is onduidelijk of directe buitenlandse investeringen refereert naar (1) “*provisions liberalizing investment*” of naar het meer algemene (2) “*provisions protecting investment*”.¹⁷⁶ Verder gebruiken de meeste vigerende BIT’s bredere termen zoals “investeringen” en “onderneming”.¹⁷⁷ Gelukkig refereert

¹⁷¹ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1530; S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 429; D. LEYS, “EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the European Court of Justice End the Controversy?”, *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 268; S. MEUNIER, “China and the foreign investment rules in the EU”, *Journal of European Public Policy* 2014, (996) 999.

¹⁷² A. REINISCH, The Division of Powers Between the EU and Its Member States “After Lisbon” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (43) 47.

¹⁷³ *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, 4^{de} ed., paragraaf 11.

¹⁷⁴ M. BUNGENBERG, “The Division of Competences Between the EU and Its Member States” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 35; A. REINISCH, The Division of Powers Between the EU and Its Member States “After Lisbon” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (43) 47; *International Monetary Fund, Balance of Payments Manual*, 5^{de} ed., 1993, paragraaf 362.

¹⁷⁵ G. BONO, “The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 29; M. BUNGENBERG, “The Division of Competences Between the EU and Its Member States” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 32; J. CHAISSE, “Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment—How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?”, *Journal of International Economic Law* 2012, (51) 57; S. FINA en G. M. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 427; A. REINISCH, The Division of Powers Between the EU and Its Member States “After Lisbon” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (43) 46.

¹⁷⁶ In deze thesis vertaald als liberaliseren en beschermen van investeringen respectievelijk; A. DIMOPOULOS, “Creating an EU Investment Policy” in P. CARDWELL (ed.), *EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era*, Den Haag, T.M.C. Asser Press, (401) 404; S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 432; D. LEYS, “EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the EU Court of Justice End the Controversy?”, *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 269.

¹⁷⁷ M. BUNGENBERG, “The Division of Competences Between the EU and Its Member States” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 35.

het Hof van Justitie telkens naar bijlage 1 van Richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 VWEU.¹⁷⁸ Hier kunnen we de volgende definitie vinden:

Alle investeringen welke door natuurlijke personen of door commerciële, industriële of financiële ondernemingen worden verricht en welke gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer enerzijds en de ondernemer of de onderneming anderzijds, voor wie de desbetreffende middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische activiteit. Dit begrip dient derhalve in de ruimste zin te worden opgevat.

Er moet opgemerkt worden dat deze definitie van DBI – hoewel sterk gelijkaardig aan de definitie van de OESO – niet genoeg duiding geeft over welke beleidsinstrumenten de Unie daadwerkelijk kan gebruiken.¹⁷⁹ Verder stelt LEYS dat deze definitie te restrictief is.¹⁸⁰ Hij stelt zich de vraag of buitenlandse portefeuillebeleggingen ook onder deze bevoegdheid vallen; dit zijn investeringen waarbij er geen vorm van controle over de onderneming wordt verkregen.¹⁸¹ Deze vraag is van belang omdat zowat alle BIT's tussen lidstaten en derde landen zowel over directe investeringen als portefeuillebeleggingen handelen. Met andere woorden: als de Unie enkel de bevoegdheid had om over DBI te handelen, zou het niet in staat zijn overeenkomsten te sluiten volgens de huidige standaarden.¹⁸² Er zijn verschillende standpunten te vinden over

¹⁷⁸ HvJ 16 maart 1999, nr. C-222/97, ECLI:EU:C:1999:143, overweging 20; HvJ 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation/Commissioners of Inland Revenue, nr. C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774; Richtl.Raad, nr. 88/361/EEC, 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag, *Pb.L.* 8 juli 1988, afl. 178, 5; Richtl.Raad, nr. 88/361/EEC, 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag, *Pb.L.* 8 juli 1988, afl. 178, 5; J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1538; S. FINA en G. M. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 429; A. REINISCH, The Division of Powers Between the EU and Its Member States “After Lisbon” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (43) 47.

¹⁷⁹ M. BUNGENBERG, “The Division of Competences Between the EU and Its Member States” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 35; J. KARL, “The Competence for Foreign Direct Investment – New Powers for the European Union?”, *JWT&I* 2006, (413) 421.

¹⁸⁰ D. LEYS, “EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the EU Court of Justice End the Controversy?”, *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 269.

¹⁸¹ S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 428; S. MEUNIER, “China and the foreign investment rules in the EU”, *Journal of European Public Policy* 2014, (996) 999; A. REINISCH, “Will the EU’s Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? – The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration”, *Journal of International Economic Law* 2016, 761 – 786.

¹⁸² S. HINDELANG en N. MAYDELL, “The EU’s Common Investment Policy – Connecting the Dots” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (1) 13.

deze kwestie.¹⁸³

1. Portefeuillebeleggingen

STANDPUNT COMMISSIE - De Commissie is van mening dat de Unie exclusieve bevoegdheid heeft om overeenkomsten te sluiten met betrekking tot *alle* aangelegenheden die verband houden met buitenlandse investeringen, dat wil zeggen zowel directe buitenlandse investeringen als portefeuillebeleggingen.¹⁸⁴ Het *supra* reeds besproken art. 3, lid 2 VWEU voorziet nl. in de exclusieve bevoegdheid van de Unie wanneer een regel vervat in een internationale overeenkomst gevolgen kan hebben voor gemeenschappelijke regels of de strekking daarvan kan wijzigen.¹⁸⁵ Volgens de Commissie heeft de Unie een impliciete exclusieve bevoegdheid voor aangelegenheden betreffende portefeuillebeleggingen, aangezien de beoogde regels, die zonder onderscheid ook op portefeuillebeleggingen van toepassing zullen zijn, gevolgen kunnen hebben voor de gemeenschappelijke regels inzake kapitaalverkeer zoals bedoeld in artikel 63 VWEU.¹⁸⁶

STANDPUNTEN RAAD, PARLEMENT EN LIDSTATEN - Dit argument wordt gesteund door de Raad, die benadrukt dat het investeringsbeleid van de Unie meer uitgewerkt zou moeten worden, en dan vooral op vlak van bevoegdheden.¹⁸⁷ Het Europees Parlement volgt de Commissie en de Raad, maar stelt dat speculatieve vormen van investeringen niet onder directe

¹⁸³ S. HINDELANG en N. MAYDELL, “The EU’s Common Investment Policy – Connecting the Dots” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (1) 12.

¹⁸⁴ C. BROWN, “Changes in the Common Commercial Policy of the European Union After the Entry into Force of the Treaty of Lisbon: A Practitioner’s Perspective” in M. BUNGENBERG en C. HERRMANN (eds.), *Common Commercial Policy after Lisbon*, New York, Springer, (163) 175.

¹⁸⁵ HvJ 4 september 2014, C-114/12, *Tijdschrift voor Wetgeving* 2015, 297, noot; S. HINDELANG en N. MAYDELL, “The EU’s Common Investment Policy – Connecting the Dots” in M. BUNGENBERG (ed.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (1) 14.

¹⁸⁶ Voorstel (Comm.) voor de verordening tot vaststelling van een kader voor een regeling van financiële aansprakelijkheid in verband met scheidsgerichten voor beslechting van geschillen tussen investeerders en staten bij internationale overeenkomsten waarbij de EU partij is, 21 juni 2012, COM(2012) 335 final - 2012/0163 (COD); C. BROWN, “Changes in the Common Commercial Policy of the European Union After the Entry into Force of the Treaty of Lisbon: A Practitioner’s Perspective” in M. BUNGENBERG en C. HERRMANN (eds.), *Common Commercial Policy after Lisbon*, Berlijn, Springer, (163) 175; F. HOFFMEISTER, “The European Union’s common commercial policy a year after Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (83) 85; D. LEYS, “EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the EU Court of Justice End the Controversy?”, *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 269.

¹⁸⁷ Concl.Raad 25 oktober 2010 on a comprehensive European international investment policy, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/117328.pdf; D. LEYS, “EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the EU Court of Justice End the Controversy?”, *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 269.

buitenlandse investeringen vallen.¹⁸⁸ De lidstaten, daarentegen, benadrukken dat portefeuillebeleggingen niet onder de term directe buitenlandse investeringen vallen.¹⁸⁹

STANDPUNT ACADEMICI - Volgens een aantal academici, waaronder BUNGENBERG en REINISCH, kunnen portefeuillebeleggingen niet onder art. 207 VWEU vallen aangezien men met het Verdrag van Lissabon de bevoegdheid van de Unie in directe buitenlandse investeringen wilde beperken en aangezien elke andere interpretatie de bewoording van het artikel zou ontkennen.¹⁹⁰ CHAISSE stelt het volgende: DBI werd gekozen als aparte term door de verdragsluitende partijen en kan niet als synoniem worden beschouwd voor het veel bredere “investeringen”, wat ook portefeuillebeleggingen inhoudt. DBI impliceert een controlerend aandeel in een onderneming, en portefeuillebeleggingen zijn volatieler, zoals een oudere Mededeling aanduidt.¹⁹¹ Bijgevolg behoren naar zijn mening zulke investeringen niet tot de nieuwe bevoegdheid van de Unie.¹⁹²

BUNGENBERG treedt deze mening toe en stelt dat DBI een duurzame band moeten bewerkstelligen of onderhouden tussen investeerder en onderneming.¹⁹³ Dit wordt onderstreept door een mededeling van de Commissie en de lidstaten aan de in 1996 opgerichte werkgroep

¹⁸⁸ Res.Europees Parlement nr. 2010/2203, 6 april 2011 over het toekomstig Europees internationaal investeringsbeleid, P7_TA(2011)0141, paragraaf 11; F. HOFFMEISTER, “The European Union’s common commercial policy a year after Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (83) 85; D. LEYS, “EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the EU Court of Justice End the Controversy?”, *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 269.

¹⁸⁹ D. LEYS, “EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the EU Court of Justice End the Controversy?”, *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 269; T. TAKACS, “Situating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (negotiations) in European Union Common Policy”, *Legal Issues of Economic Integration* 2016, (341) 348.

¹⁹⁰ J. BISCHOFF, “Just a Little BIT of 'Mixity'? The EU's Role in the Field of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1537; M. BUNGENBERG, “Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon” in C. HERRMANN en J. TERHECHTE (eds.), *European Yearbook of International Economic Law* 2010, New York, Springer, (123) 146; J. CHAISSE, “Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment—How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?”, *Journal of International Economic Law* 2012, (51) 58; D. LEYS, “EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the EU Court of Justice End the Controversy?”, *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 269; J. P. TERHECHTE, “Article 351 TFEU: The Principle of Loyalty and the Future Role of the Member States' Bilateral Investment Treaties” in C. HERRMANN en J. P. TERHECHTE (eds.), *European Yearbook Of International Economic Law* 2011, 79.

¹⁹¹ J. CHAISSE, “Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment—How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?”, *Journal of International Economic Law* 2012, (51) 58.

¹⁹² J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1537; J. CHAISSE, “Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment—How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?”, *Journal of International Economic Law* 2012, (51) 58.

¹⁹³ M. BUNGENBERG, “The Division of Competences Between the EU and Its Member States” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 36.

over handel en investeringen van de WHO:

*Foreign direct investment is the category of international investment that reflects the objective of a resident entity in one economy (direct investor) obtaining a lasting interest in an enterprise resident in another economy (direct investment enterprise). The two criteria incorporated in the notion of “lasting interest” are: the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and, the significant degree of influence that gives the direct investor an effective vice in the management of the enterprise.*¹⁹⁴

Het duurzame karakter wordt in deze mededeling sterk benadrukt: het vereist een (1) langdurige relatie tussen investeerder en onderneming en een (2) significante invloed in de werking.

HINDELANG en MAYDELL stellen het volgende: de Unie heeft de impliciete, niet-exclusieve, bevoegdheid om internationale overeenkomsten te sluiten waarin portefeuillebeleggingen vervat zitten. Bijgevolg zal de Unie door de exclusieve bevoegdheden voor DBI zoals vervat in artikel 207 VWEU en de impliciete gedeelde competentie voor niet-duurzame beleggingen in staat zijn om internationale overeenkomsten te sluiten volgens de standaarden die nu heersen in de vigerende BIT's, en dit zonder dat de lidstaten worden betrokken.¹⁹⁵ Volgens deze stelling zou de Unie perfect de enige partij kunnen zijn bij het sluiten van gemengde verdragen.¹⁹⁶

HOFFMEISTER daarentegen argumenteert dat portefeuillebeleggingen onder art. 207 VWEU vallen, en gebruikt hiervoor een *argumentum a maiore ad minus*.¹⁹⁷ Dit houdt in dat aangezien de “sterke vorm” van investeringen, DBI, onder de bevoegdheid vallen, minder duurzame investeringsvormen dit ook zullen doen.¹⁹⁸ Indien niet, zou dit het afsluiten van BIT's met zowel DBI als portefeuillebeleggingen bemoeilijken.¹⁹⁹ De auteur stelt dat een andere interpretatie averechts zou zijn aan de intentie van de opstellers van het Verdrag van Lissabon

¹⁹⁴ Communication from the EC and its Member States to the WTO Working Group on Trade and Investments, 16 april 2002, WT/WGTI/W/115, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/july/tradoc_111123.pdf, punt 8.

¹⁹⁵ S. HINDELANG en N. MAYDELL, “The EU’s Common Investment Policy – Connecting the Dots” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (1) 13.

¹⁹⁶ *Ibid.* 26-27.

¹⁹⁷ S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 430.

¹⁹⁸ S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 430.

¹⁹⁹ *Ibid.*

om de coherentie en efficiëntie van het extern beleid van de Unie te verhogen.²⁰⁰

FINA en LENTNER steunen op art. 3, lid 2 VWEU en stellen dat een exclusieve bevoegdheid voor portefeuillebeleggingen kan ook gevonden worden in art. 63 VWEU in combinatie met het eerstgenoemde artikel. Art. 63 VWEU stelt dat het kapitaalverkeer vrij zal zijn van beperkingen, waaronder ook portefeuillebeleggingen.²⁰¹ Artikel 3, lid 2 VWEU geeft exclusieve bevoegdheid aan de Unie wanneer regels in een internationale overeenkomst gemeenschappelijke regels kan aantasten of de strekking daarvan kan wijzigen zoals *supra* reeds uitgebreid besproken.²⁰² Portefeuillebeleggingen hebben reeds een geharmoniseerde regelgeving die zou worden aangetast door bepalingen vervat in investeringsovereenkomsten.²⁰³ Hieruit volgt volgens beide auteurs dat de Unie exclusief bevoegd is voor zulke beleggingen.²⁰⁴ Ze verwijzen ook naar de doctrine van impliciete bevoegdheden: ze stellen dat het Hof van Justitie waarschijnlijk zal oordelen dat portefeuillebeleggingen onder de impliciete externe bevoegdheden zullen vallen op grond van art. 63 VWEU.²⁰⁵

ARRESTEN OVER PORTEFEUILLEBELEGGINGEN - Het Hof van Justitie onderscheidde op 4 juni 2002 in de zaak Commissie/Portugal directe investeringen van portefeuillebeleggingen.²⁰⁶ In overweging 38 stelt het Hof dat kapitaalverkeer in de zin van artikel 63, lid 1 VWEU bestaat uit (1) directe investeringen, investeringen in de vorm van een deelneming in een onderneming door aandeelhouderschap die de mogelijkheid biedt om daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over een vennootschap, en (2) portefeuillebeleggingen, investeringen in de vorm van de verwerving van effecten op de kapitaalmarkt met als uitsluitend

²⁰⁰ S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 430.

²⁰¹ S. HINDELANG, *The free movement of capital and foreign direct investment: The Scope of Protection in EU Law*, New York, Oxford University Press, 2009, 24.

²⁰² Advies 1/75, Advies uitgebracht krachtens artikel 228 van het EEG-Verdrag, *ECR* 1975, 1355, ECLI:EU:C:1975:145, overweging 17; Advies 1/03 betreffende een verzoek om advies uit hoofde van artikel 300, lid 6, EG, op 5 maart 2003 ingediend door de Raad van de Europese Unie, EU:C:2006:81, overweging 44; T. DOLLE en B. G. SIMOES, “Mixed Feelings about « Mixed Agreements » and CETA’s Provisional Application”, *The European Journal of Risk Regulation* 2016, (617) 618; D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 6.

²⁰³ S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 431.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 431; A. REINISCH, “The EU on Investment Agreements in the European Union”, *Santa Clara Journal of International Law* 2014, (159) 161.

²⁰⁶ HvJ 4 juni 2002, nr. C-367/98 Commissie van de Europese Gemeenschappen/Portugese Republiek, ECLI:EU:C:2002:326.

doel te beleggen, zonder invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming te willen uitoefenen.²⁰⁷

Het Hof oordeelde later in het arrest van 13 november 2012 over FII Group Test Claimants, waarin het ook refereerde naar de definitie van DBI zoals omvat in bijlage 1 van Richtlijn 88/361/EEG, in overweging 181 het volgende:

*Blijkens deze lijst en de verklarende aantekeningen daarbij betreft het begrip directe investeringen alle investeringen welke door natuurlijke of rechtspersonen worden verricht en welke gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer en de onderneming waarvoor de desbetreffende middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische activiteit.*²⁰⁸

In de volgende overweging oordeelde het als volgt:

*Wat de deelnemingen in nieuwe of bestaande ondernemingen betreft, veronderstelt, zoals de verklarende aantekeningen bevestigen, het doel om duurzame economische betrekkingen te vestigen of te handhaven dat de aandelen een aandeelhouder, hetzij ingevolge de bepalingen van de nationale wetgeving op de vennootschappen, hetzij uit anderen hoofde de mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap.*²⁰⁹

Een investeerder moet bijgevolg een duurzame deelneming hebben in een onderneming van een ander land om als een directe investering te worden beschouwd in de zin van art. 64 VWEU.²¹⁰ Als het om een vennootschap gaat, moet de investeerder in staat zijn om daadwerkelijk deel te nemen in het bestuur van het bedrijf.²¹¹ Dit houdt in dat portefeuillebeleggingen niet onder deze

²⁰⁷ HvJ 4 juni 2002, nr. C-367/98 Commissie van de Europese Gemeenschappen/Portugese Republiek, ECLI:EU:C:2002:326, overweging 38.

²⁰⁸ HvJ 13 november 2012, nr. C-35/11, ECLI:EU:C:2002:326, overweging 181; J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1538.

²⁰⁹ HvJ 13 november 2012, nr. C-35/11, ECLI:EU:C:2002:326, overweging 182.

²¹⁰ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1538.

²¹¹ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1538; D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 13.

definitie kunnen vallen.²¹²

2. Beschermen van investeringen

OOK INVESTERINGSBESCHERMING EXCLUSIEF? - Omvat een impliciete exclusieve bevoegdheid in DBI ook het beschermen van investeringen na toetreding tot de markt?²¹³ Het vrijhandelsakkoord tussen de Unie en Singapore, waarvan de onderhandelingen werden afgerond in 2014, omvat ook beschermingsbepalingen, o.a. over indirecte onteigening en niet-discriminatie, waardoor deze vraag zeer pertinent is geworden.²¹⁴ De Commissie en auteurs zoals DIMOPOULOS en KARL geloven dat de referentie naar DBI in artikel 207 VWEU zowel het liberaliseren als het beschermen van investeringen omvat zoals omschreven in BIT's.²¹⁵ Aangezien Advies 1/78 stelt dat het doel van de gemeenschappelijke handelspolitiek ook handelsregulatie omvat, moet de nieuwe bevoegdheid ook van toepassing zijn op investeringsbescherming en regulatorie maatregelen, aldus FINA en LENTNER.²¹⁶

In haar mededeling op 7 juli 2010 stelde de Commissie dat art. 345 VWEU de harmonisatie van regelgevende bepalingen over eigendomskwesities niet uitsluit.²¹⁷ Het Hof van Justitie heeft verduidelijkt dat dit artikel de Unie niet tegenhoudt om maatregelen te nemen die een aantal aspecten van intellectuele eigendomsrechten harmoniseren.²¹⁸ Zo kunnen lidstaten de voorwaarden waaronder onteigening plaatsvindt niet vaststellen: ze hebben enkel de bevoegdheid om te besluten of en wanneer er onteigend wordt.²¹⁹ In dezelfde lijn moeten

²¹² G. BONO, "The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon" in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 17; M. BUNGENBERG, "The Division of Competences Between the EU and Its Member States" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 37; W. SHAN en S. ZHANG, "The Treaty of Lisbon: Half way toward a common investment policy", *EJIL* 2011, (1049) 1059.

²¹³ F. HOFFMEISTER, "The European Union's common commercial policy a year after Lisbon" in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (83) 85; S. FINA en G. LENTNER, "The Scope of the EU's Investment Competence after Lisbon", *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 432.

²¹⁴ F. HOFFMEISTER, "The European Union's common commercial policy a year after Lisbon" in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (83) 86.

²¹⁵ S. FINA en G. LENTNER, "The Scope of the EU's Investment Competence after Lisbon", *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 432.

²¹⁶ S. FINA en G. LENTNER, "The Scope of the EU's Investment Competence after Lisbon", *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 432 – 433; W. SHAN, en S. ZHANG, "The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy", *The European Journal of International Law* 2011, (1049) 1062.

²¹⁷ Med. (Comm.) aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, 7 juli 2010, COM (2010)343 def.

²¹⁸ S. FINA en G. LENTNER, "The Scope of the EU's Investment Competence after Lisbon", *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 432.

²¹⁹ Zie *supra* voor uitgebreide uitleg.

lidstaten zich houden aan minimumstandaarden van bescherming zoals omvat in artt. 49 en 63 VWEU.²²⁰

Andere auteurs, zoals BUNGENBERG, zijn overtuigd dat de Uniebevoegdheid in DBI niet alle aspecten van investeringsbescherming omvat – waaronder onteigening – en dat deze bij de lidstaten blijven volgens artt. 207, lid 6 en 345 VWEU.²²¹ REINISCH stelt dat artikel 206 VWEU handelt over de progressieve afschaffing van restricties op DBI: dit zou betekenen dat de gemeenschappelijke handelspolitiek zich vooral bekommert om de liberalisatie van investeringen.²²² Het Duitse Grondwettelijk Hof gaat in een arrest akkoord met de stelling dat de uitbreiding van de GHP met DBI aan de Unie exclusieve bevoegdheid in dit gebied schenkt.²²³ Het stelt echter dat DBI enkel investeringen inhoudt die een controlerend aandeel doen *verkrijgen* in een onderneming. De consequentie zijnde dat exclusieve bevoegdheid enkel bestaat voor zulke investeringen, terwijl overeenkomsten over investerings*bescherming* die verder gaan dan dat gemengd moeten worden besloten.²²⁴

OOK NA INTREDE NOG BEVOEGD - Het Hof van Justitie heeft consequent geoordeeld dat de bevoegdheid van de Unie voor de gemeenschappelijke handelspolitiek tevens verplichtingen omvat die van toepassing zijn na binnenkomst, ook wanneer lidstaten de mogelijkheid houden om interne regels vast te stellen.²²⁵ Er wordt dus algemeen erkend – zie o.a. Advies 1/94 – dat de bevoegdheid van de Unie op het gebied van de handel in goederen niet beperkt is tot

²²⁰ S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 432.

²²¹ M. BUNGENBERG, “The Division of Competences Between the EU and Its Member States” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 37.

²²² A. REINISCH, “Putting the Pieces Together ... An EU Model BIT?”, *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (679) 689.

²²³ S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 432.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ Voorstel (EP) voor een verordening tot vaststelling van een kader voor een regeling van financiële aansprakelijkheid in verband met scheidsgerichten voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten, die zijn ingesteld bij internationale overeenkomsten waarbij de Europese Unie partij is, 21 juni 2012, COM/2012/0335 final - 2012/0163 (COD); Advies 1/94, overweging 32 en 33: “*Volgens de Nederlandse regering dienen de Gemeenschap en de lidstaten tezamen aan de WTO-overeenkomst deel te nemen, daar de lidstaten over een eigen bevoegdheid beschikken op het gebied van de technische handelsbelemmeringen, niet alleen wegens het facultatieve karakter van sommige desbetreffende communautaire richtlijnen, maar ook omdat op dit gebied geen volledige harmonisatie bestaat of wordt nagestreefd. Dit argument kan niet worden aanvaard. De overeenkomst inzake technische handelsbelemmeringen moet worden geacht tot het terrein van de gemeenschappelijke handelspolitiek te behoren, omdat haar bepalingen enkel beogen te vermijden, dat technische voorschriften en normen alsmede procedures ter beoordeling van de conformiteit met dergelijke voorschriften en normen onnodige belemmeringen voor de internationale handel vormen.*”

grensbeschermingsmaatregelen, maar zich ook uitstrekt tot aangelegenheden na vestiging.²²⁶

CONCLUSIE - De Commissie gaat er van uit dat alle onderwerpen die worden gereguleerd in BIT's, waaronder bijvoorbeeld compensatie voor onteigening en meestbegunstigingsclausules, onder de nieuwe bevoegdheid vallen.²²⁷ Dit, samen met de analyse van de rechtsleer, leidt tot de conclusie dat de Unie op het domein van toetreding tot de markt en materiele standaarden van bescherming voor DBI in staat is om overeenkomsten te sluiten gelijkaardig aan de standaarden ingesloten in FTA's van de Verenigde Staten en BIT's.²²⁸ Portefeuillebeleggingen en andere vormen van investeringen daarentegen, zullen ondanks de uitbreiding van het toepassingsgebied van de gemeenschappelijke handelspolitiek niet onder het toepassingsgebied van de term DBI vallen.²²⁹

§3. Relatie tussen de vier vrijheden en DBI

De relatie tussen de vrijheid van kapitaal en vrijheid van vestiging en directe investeringen is nog ter discussie. Hoewel directe investeringen niet worden vermeld in art. 63 VWEU, wordt algemeen geaccepteerd dat het een subcategorie is van kapitaalverkeer.²³⁰ Door het feit dat de noties van vestiging en directe investeringen overlappen, valt de economische activiteit van zulke investeringen doorgaans onder de draagwijdte van art. 49 VWEU.²³¹

Om de relatie tussen de bepalingen rond directe buitenlandse investeringen en vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer te beoordelen, is het noodzakelijk te beginnen bij het overkoepelende aspect, nl. het optimaliseren van de interne markt. Dit begrip komt voor het eerst voor in artikel 3, lid 1 VWEU. De definitie valt o.a. te extraheren uit rechtspraak van het Hof van Justitie.

²²⁶ S. FINA en G. LENTNER, "The Scope of the EU's Investment Competence after Lisbon", *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 433; F. HOFFMEISTER, "The European Union's common commercial policy a year after Lisbon" in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (83) 85.

²²⁷ LAVRANOS, N., "New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2010, (409) 413.

²²⁸ J. KARL, "The Competence for Foreign Direct Investment – New Powers for the European Union?", *JWT&I* 2006, (413) 422.

²²⁹ M. BUNGENBERG, "The Division of Competences Between the EU and Its Member States" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 37.

²³⁰ S. HINDELANG en N. MAYDELL, "The EU's Common Investment Policy – Connecting the Dots" in M. BUNGENBERG (ed.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (1) 3.

²³¹ S. HINDELANG, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 82; S. HINDELANG en N. MAYDELL, "The EU's Common Investment Policy – Connecting the Dots" in M. BUNGENBERG (ed.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (1) 3.

1. Vrij verkeer van kapitaal

INLEIDING - Artikel 63 VWEU stelt als volgt:

In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden.

Dit artikel heeft niet enkel betrekking op de interne markt, maar op alle internationale kapitaalsbewegingen waar ten minste één partij lidstaat is van de Europese Unie.²³² De draagwijdte is bijgevolg veel breder dan louter de Unie.²³³ Dit heeft tot gevolg dat de rechtspraak van het Hof van Justitie relevant is voor zowel de lidstaten als voor derde landen.²³⁴ Artikel 63 VWEU kan dan ook, zoals bepaalde academici stellen, gezien worden als de meest geavanceerde en verrijkende maatregel in het VWEU in verband met relaties tot derde landen.²³⁵

VOOR LISSABON – De vrijheid van kapitaal kreeg betrekking op verkeer in kapitaal tussen lidstaten en derde landen bij de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam. Art. 56 TEC, nu art. 63 VWEU, realiseerde een unilaterale en onvoorwaardelijke liberalisatie van verkeer van kapitaal, directe investeringen inclusief.²³⁶ Volgens de Unierechtspraak zijn directe investeringen een subcategorie van kapitaal.²³⁷

ARTIKEL 64 VWEU – Het artikel stelt het volgende in lid 1:

Het bepaalde in artikel 63 doet geen afbreuk aan de toepassing op derde landen van beperkingen die op 31 december 1993 bestaan uit hoofde van het nationale recht of het recht van de Unie inzake het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen – met inbegrip van investeringen in onroerende goederen –, vestiging, het verrichten van financiële diensten of de toelating van waardepapieren tot

²³² N. LAVRANOS, , “New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 2010, (409) 412.

²³³ P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 31.

²³⁴ S. HINDELANG en N. MAYDELL, “The EU’s Common Investment Policy – Connecting the Dots” in M. BUNGENBERG (ed.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (1) 2.

²³⁵ A. DE LUCA, “New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty: Investment Liberalization vs. Investment Protection?” in K. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, New York, Oxford University Press, 2012, (165) 182.

²³⁶ S. HINDELANG, *The free movement of capital and foreign direct investment: The Scope of Protection in EU Law*, New York, Oxford University Press, 2009, 24.

²³⁷ A. DE LUCA, “New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty: Investment Liberalization vs. Investment Protection?” in K. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, New York, Oxford University Press, 2012, (165) 182; P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 25.

de kapitaalmarkten.

Lidstaten kunnen de beperkingen voor derde landen die op 31 december 1993 bestonden laten gelden.²³⁸ Deze bepalingen dienden om beperkingen op de toegang tot de markt en minder restrictieve bepalingen die discrimineren tegen buitenlandse ondernemingen van toepassing te laten, en werd in het voordeel van de lidstaten liberaal geïnterpreteerd door het Hof van Justitie.²³⁹ Verder blijkt uit het artikel dat de lidstaten de Commissie niet op de hoogte hoefden te brengen.²⁴⁰ De Commissie stelde in 2003 dat er nog een groot aantal zulke beperkingen op derde landen overblijven.²⁴¹ Voor het Verdrag van Lissabon konden lidstaten hun eigen beleid met betrekking tot markttoegang van DBI leiden. Bepaalde landen, bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk, hadden een “open deur”-beleid, anderen²⁴² besloten tot restricties.

De Commissie merkte in 2003 verder op dat het gebrek aan liberalisatie op bepaalde belangrijke economische sectoren aantoont dat (1) er een zekere terughoudendheid te vinden was om de aanwezigheid van derde landen in deze sectoren – onder andere post, spoorwegen, en ruimtevaart – te erkennen en dat (2) er toch nog restricties aanwezig waren op het nationaal niveau.²⁴³

ARTIKEL 49 VWEU – Dit artikel houdt het volgende in:

In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan

²³⁸ P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 29.

²³⁹ S. HINDELANG, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, New York, Oxford University Press, 2009, 276 – 291.

²⁴⁰ A. DE LUCA, “New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty: Investment Liberalization vs. Investment Protection?” in K. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, New York, Oxford University Press, 2012, (165) 183.

²⁴¹ Europese Commissie, *The EU economy: 2003 review*, Brussel, De Europese Boekhandel, 2004, 328.

²⁴² Een voorbeeld is Oostenrijk.

²⁴³ Europese Commissie, *The EU economy: 2003 review*, Brussel, De Europese Boekhandel, 2004, 328.; A. DE LUCA, “New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty: Investment Liberalization vs. Investment Protection?” in K. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, New York, Oxford University Press, 2012, (165) 183.

alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 54 VWEU, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.²⁴⁴

Artt. 49 VWEU en 63 VWEU hebben grotendeels dezelfde werkingssfeer, zeker wat betreft DBI.²⁴⁵ Echter, de materiële werkingssfeer van elke vrijheid ten opzichte van de andere vrijheden is onduidelijk. Een sterke stroming in de rechtsleer stelt dat de vrijheid van kapitaal nauw gerelateerd is met de andere vrijheden, met in het bijzonder vrijheid van vestiging. De laatste vrijheid moet beschouwd worden als overheersend over het vrije verkeer van kapitaal als de verwerving van aandelen aan de betrokken personen een definitieve controle geven op de besluiten van een bedrijf en een mogelijkheid op het bepalen van de activiteiten, net zoals in het geval van een directe investering. Een beperking op vrij verkeer van kapitaal is dan te vergelijken wanneer het een resultaat is van een beperking op de andere vrijheden.²⁴⁶ Meer nog, als deze beperkingen geen impact hebben op de andere vrijheden zullen ze als puur intern worden aanzien.²⁴⁷

BEPERKTE WERKINGSSFEER - Door de beperkte werkingssfeer van artikel 49 VWEU waarbij derde landen niet inbegrepen zijn - het Hof van Justitie ontkent hun bescherming - kan alleen artikel 63 VWEU gebruikt worden wanneer de omstandigheden van de zaak zowel onder artikel 49 als 63 VWEU kunnen vallen.²⁴⁸ Dit heeft ertoe geleid dat veel auteurs erop wijzen dat het Unierecht op dit gebied niet bepaald samenhangend is, daar het vrije verkeer van kapitaal beter beschermd lijkt te zijn dan het vrije recht op vestiging.²⁴⁹

GEDEELDE BEVOEGDHEID – Art. 4 VWEU stelt dat de Unie een met de lidstaten gedeelde bevoegdheid heeft in de gevallen waarin haar een bevoegdheid wordt toegeedeeld die buiten de

²⁴⁴ P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 25.

²⁴⁵ A. DE LUCA, “New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty: Investment Liberalization vs. Investment Protection?” in K. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, New York, Oxford University Press, 2012, (165) 184.

²⁴⁶ HvJ 28 januari 1992, nr. C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35.

²⁴⁷ A. DE LUCA, “New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty: Investment Liberalization vs. Investment Protection?” in K. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, New York, Oxford University Press, 2012, (165) 184.

²⁴⁸ P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 26.

²⁴⁹ A. DE LUCA, “New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty: Investment Liberalization vs. Investment Protection?” in K. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, New York, Oxford University Press, 2012, (165) 184.

in artt. 3 en 6 VWEU bedoelde gebieden valt.²⁵⁰ Meer bepaald staat in lid 2 van het eerstgenoemde artikel dat o.a. de interne markt – waaronder de bepalingen inzake vrijheid van kapitaal en vestiging – onder deze bevoegdheden valt.²⁵¹ De lidstaten mogen echter enkel bindende maatregelen op dit vlak nemen als de Unie haar bevoegdheden niet of niet meer uitoefent.²⁵² Daarnaast bestaan er parallelle bevoegdheden, dit is een categorie van gedeelde bevoegdheden waar de lidstaten altijd hun bevoegdheden kunnen blijven uitoefenen, ook al heeft de Unie op dat gebied opgetreden.²⁵³

§4. Art. 207 VWEU en interne bevoegdheidsverdeling

INLEIDING – De vraag die zich aandient na de analyse van de Uniebevoegdheden is op welke wijze de exclusiviteit voor DBI invloed kan uitoefenen op de bevoegdheid van de lidstaten om maatregelen te nemen in gebieden die onder de gedeelde bevoegdheden vallen, waaronder bijvoorbeeld het reguleren van vestiging. De nieuwe bevoegdheid voor DBI geeft nl. de noodzaak aan van het ontwikkelen van een verband tussen de externe handelingen van de Unie en de interne markt.²⁵⁴

ART 207, LID 6: BEVOEGDHEIDSVERDELING ONVERLET - Art. 207, lid 6 kan als oplossing dienen:

De uitoefening van de bij dit artikel verleende bevoegdheden op het gebied van de gemeenschappelijke handelspolitiek laat de afbakening van de bevoegdheden tussen de Unie en de lidstaten onverlet en leidt niet tot enige harmonisering van de wettelijke of bestuursrechtelijke regelingen van de lidstaten voor zover de Verdragen een dergelijke harmonisering uitsluiten.

Vooraf het eerste deel van de zin is relevant voor dit vraagstuk: het verduidelijkt dat het

²⁵⁰ G. BONO, “The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 15; D. PORREZ, *De Doctrine van de Implied Powers in de EU Externe Betrekkingen*, onuitg. masterproef Universiteit Gent 2013, 6.

²⁵¹ E. PAASIVIRTA, “The EU’s External Representation after Lisbon: New Rules, a New Era?” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (39) 45; P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 84.

²⁵² G. DE BAERE, “International negotiations post Lisbon: A case study of the Union’s external environmental policy” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (97) 98.

²⁵³ Zie *supra*, bespreking bij Advies 1/76; D. PORREZ, *De Doctrine van de Implied Powers in de EU Externe Betrekkingen*, onuitg. masterproef Universiteit Gent 2013, 7.

²⁵⁴ A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 96.

uitoefenen van bevoegdheden verleend onder art. 207 VWEU geen invloed zal hebben op de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en lidstaten en het geeft een grote beperking aan de omvang van de Uniebevoegdheden om DBI te reguleren.²⁵⁵ Door het zesde lid kan de Unie geen maatregelen treffen m.b.t. tot derde landen in gebieden waar haar bevoegdheid voor de interne markt beperkt is, m.a.w. wanneer de lidstaten hun bevoegdheid hiervoor hebben behouden.²⁵⁶ Beter gezegd: externe bevoegdheid kan niet aangewend worden om de limieten van de interne Uniebevoegdheden te overschrijden, zoals omschreven in artt. 4 en 5 VWEU.²⁵⁷ Zoals vermeld in art. 4 VWEU hoort de interne markt onder de gedeelde bevoegdheden.²⁵⁸ Dit sluit een omgekeerd AETR-effect uit waar impliciete interne bevoegdheden worden afgeleid van een expliciete externe bevoegdheid.²⁵⁹ Het artikel is geen afwijking van de leer ontwikkeld in het AETR-arrest en gecodificeerd in art. 3, lid 2 VWEU: deze doctrine creëert nl. enkel een parallelle bevoegdheid voor de Unie als er al een interne bevoegdheid bestond.²⁶⁰ WOUTERS, COPPENS en DE MEESTER wijzen erop dat het principe van parallellisme niet kan ondersteund worden door art. 207, lid 6 VWEU omdat het principe de vaststelling van een impliciete externe bevoegdheid inhoudt, en niet van een expliciete externe bevoegdheid.²⁶¹

GEEN BELEMMERING EXTERNE MAATREGELEN - Een gebrek aan interne regels is echter geen belemmering voor het aannemen van externe maatregelen: volgens de auteurs kent art. 207, lid

²⁵⁵ G. BONO, “The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 17; J. CEYSSENS, “Towards a Common Foreign Investment Policy? – Foreign Investment in the European Constitution”, *Legal Issues of Economic Integration* 2005, (259) 279; A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 96; S. FINA en G. M. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 425; F. HOFFMEISTER, “The European Union’s common commercial policy a year after Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (83) 96; M. KRAJEWSKI, “The Reform of the Common Commercial Policy” in A. BIONDI en P. EECKHOUT (eds.), *European Union Law after the Treaty of Lisbon*, Oxford, Oxford University Press, (292) 303.

²⁵⁶ A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 96.

²⁵⁷ A. DIMOPOULOS, “The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing Parallelism Between Internal and External Economic Relations”, *CYELP* 2008, (101) 118; M. KRAJEWSKI, “The Reform of the Common Commercial Policy” in A. BIONDI en P. EECKHOUT (eds.), *European Union Law after the Treaty of Lisbon*, Oxford, Oxford University Press, (292) 303; S. FINA en G. M. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 425.

²⁵⁸ D. PORREZ, *De Doctrine van de Implied Powers in de EU Externe Betrekkingen*, onuitg. masterproef Universiteit Gent 2013, 67.

²⁵⁹ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1542; M. KRAJEWSKI, “The Reform of the Common Commercial Policy” in A. BIONDI en P. EECKHOUT (eds.), *European Union Law after the Treaty of Lisbon*, Oxford, Oxford University Press, (292) 303; T. MYLLY, “Constitutional Functions of the EU’s Intellectual Property Treaties” in J. DREXL en H.R. RUSE-KHAN (eds.), *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better or Worse?*, Londen, Springer, 2014, (241) 250.

²⁶⁰ M. KRAJEWSKI, “The Reform of the Common Commercial Policy” in A. BIONDI en P. EECKHOUT (eds.), *European Union Law after the Treaty of Lisbon*, Oxford, Oxford University Press, (292) 303.

²⁶¹ W. SHAN en S. ZHANG, “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, *The European Journal of International Law* 2011, (1049) .

1 VWEU een expliciete externe bevoegdheid toe, zelfs wanneer er geen interne maatregelen werden getroffen.²⁶² Deze interpretatie vindt steun in het feit dat er onder art. 207, lid 4 VWEU geen eenparigheid wordt gevraagd wanneer er tot maatregelen onder de gemeenschappelijke handelspolitiek wordt besloten in de afwezigheid van interne maatregelen.²⁶³ Hierdoor kan de Unie voor DBI maatregelen treffen in zoverre het bevoegd is voor dat deel van de interne markt.²⁶⁴ De bepalingen leiden er niet toe dat de Unie, op een gebied waar ze intern maar over een gedeelde bevoegdheid beschikt, op het corresponderende gebied in de gemeenschappelijke handelspolitiek slechts een gedeelde bevoegdheid zou hebben: dit is in strijd zijn met de expliciete vermelding van de gemeenschappelijke handelspolitiek als exclusieve bevoegdheid in art. 3, lid 1, e VWEU.²⁶⁵ Dit zal echter enige medewerking vereisen bij het sluiten van een overeenkomst aangezien de lidstaten bepaalde delen zullen moeten implementeren.²⁶⁶

VERDUIDELIJING IN RECHTSLEER - Volgens DIMOPOULOS kan de Unie hierdoor maatregelen nemen in alle gebieden van de gemeenschappelijke handelspolitiek in zover ze bevoegd is om op te treden binnen het gebied van de interne markt, zelfs al heeft ze hierin nog niet gehandeld.²⁶⁷ Hij stelt verder dat de beperking zoals vervat in het zesde lid enkel van toepassing is op de interne implementatiebevoegdheid en niet de bevoegdheid om internationale overeenkomsten te onderhandelen en af te sluiten.²⁶⁸ BONO verduidelijkt dat in het artikel het woord “uitoefening” wordt gebruikt, wat inhoudt dat het bestaan van een brede bevoegdheid op zich niet raakt aan de gestelde beperking.²⁶⁹ Advocaat-generaal SHARPSTON geeft in haar conclusie bij advies 2/15 – *infra* uitgebreid besproken – aan dat het artikel enkel van toepassing is op de uitoefening van de bevoegdheden die de Unie verkrijgt onder art. 207, lid 1 VWEU.

²⁶² W. SHAN en S. ZHANG, “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, *The European Journal of International Law* 2011, (1049) 1063.

²⁶³ A. DIMOPOULOS, “The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing Parallelism Between Internal and External Economic Relations”, *CYELP* 2008, (101) 118; M. KRAJEWSKI, “The Reform of the Common Commercial Policy” in A. BIONDI en P. EECKHOUT (eds.), *European Union Law after the Treaty of Lisbon*, Oxford, Oxford University Press, (292) 304; W. SHAN en S. ZHANG, “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, *The European Journal of International Law* 2011, (1049) 1063.

²⁶⁴ A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 97.

²⁶⁵ D. PORREZ, *De Doctrine van de Implied Powers in de EU Externe Betrekkingen*, onuitg. masterproef Universiteit Gent 2013, 67.

²⁶⁶ T. MYLLY, “Constitutional Functions of the EU’s Intellectual Property Treaties” in J. DREXL en H.R. RUSEKHAN (eds.), *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better or Worse?*, Londen, Springer, 2014, (241) 251.

²⁶⁷ A. DIMOPOULOS, “The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing Parallelism Between Internal and External Economic Relations”, *CYELP* 2008, (101) 118.

²⁶⁸ *Ibid.* 118 – 119.

²⁶⁹ G. BONO, “The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 17.

Het kan bijgevolg de exclusieve bevoegdheid van de Unie niet aantasten.²⁷⁰

HOFFMEISTER geeft aan dat de bepaling dient als een soort waarschuwing: men mag niet al te licht over de interpretatie van de gemeenschappelijke handelspolitiek gaan.²⁷¹ Hij haalt een voorbeeld aan uit het gebied van investeringsbescherming, waar werd geargumenteed dat de Unie niet tot bepalingen over onteigening kan besluiten aangezien deze bepalingen de afbakening van de bevoegdheden onder art. 345 VWEU zouden aanpassen.²⁷²

GEEN HARMONISATIE ALS UITGESLOTEN – Het tweede deel van het zesde lid stelt dat de uitoefening van de bevoegdheden onder art. 207 VWEU niet zal leiden tot een harmonisatie van wetgevende of regulatoire bepalingen indien de Unieverdragen dit uitsluiten.²⁷³ Deze maatregel valt te verklaren vanuit de vrees dat het sluiten van vrijhandelsakkoorden kan leiden tot een ongewenste harmonisatie.²⁷⁴

CONCLUSIE - De bepaling zorgt er voor dat er een situatie wordt vermeden waar het treffen van maatregelen op het gebied van DBI een invloed heeft op de interne bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en haar lidstaten.²⁷⁵ Het sluiten van een verdrag door de Unie waarin bepalingen zijn vervat die ze niet zelf kan aannemen schept dus geen nieuwe interne bevoegdheden voor de Unie.²⁷⁶ Hierdoor mag er enkel worden besloten tot internationale overeenkomsten die niet vallen onder art. 207 VWEU als een andere bepaling van het VWEU de Unie deze bevoegdheid

²⁷⁰ Concl. advocaat-generaal, Verzoek om advies krachtens artikel 218, lid 11, VWEU, ingediend door de Europese Commissie, 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:992, overweging 106.

²⁷¹ F. HOFFMEISTER, “The European Union’s common commercial policy a year after Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (83) 86.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1541; “G. BONO, “The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 18; ; A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 97; S. FINA en G. M. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 425; C. PITSCHAS, “Economic Partnership Agreements and EU Trade Policy: Objectives, Competences, and Implementation” in J. DREXL en H.R. RUSE-KHAN (eds.), *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better or Worse?*, Londen, Springer, 2014, (209) 227.

²⁷⁴ F. HOFFMEISTER, “The European Union’s common commercial policy a year after Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (83) 87.

²⁷⁵ W. SHAN en S. ZHANG, “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, *The European Journal of International Law* 2011, (1049) 1063.

²⁷⁶ G. BONO, “The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 17.

heeft of als ze sprake kan maken op impliciete bevoegdheden.²⁷⁷ Als dit niet het geval is, moet de overeenkomst samen met de lidstaten worden gesloten.²⁷⁸

²⁷⁷ C. PITSCHAS, “Economic Partnership Agreements and EU Trade Policy: Objectives, Competences, and Implementation” in J. DREXL en H.R. RUSE-KHAN (eds.), *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better or Worse?*, Londen, Springer, 2014, (209) 226 - 227.

²⁷⁸ C. PITSCHAS, “Economic Partnership Agreements and EU Trade Policy: Objectives, Competences, and Implementation” in J. DREXL en H.R. RUSE-KHAN (eds.), *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better or Worse?*, Londen, Springer, 2014, (209) 227.

Hoofdstuk III. Bilaterale investeringsovereenkomsten

§1. Algemeen

GROEIEND AANTAL BIT'S - Een aspect dat dient besproken te worden om een goed beeld te krijgen van de impact van de nieuwe bevoegdheid onder art. 207 VWEU is het lot van de bilaterale overeenkomsten gesloten door lidstaten en derde landen voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. Deze overeenkomsten worden meer algemeen aangeduid met de term BIT's van het Engelse "*bilateral investment treaties*". In de literatuur is het onduidelijk hoe de exclusieve bevoegdheid voor DBI zich verhoudt tot BIT's.²⁷⁹

Hoewel nationale wetten en maatregelen nog steeds het meest concrete deel uitmaken van het juridisch kader omtrent DBI, wordt het huidige systeem meer en meer afhankelijk van internationale verdragen. JUILLIARD stelt dat deze "*treatification*" voor winnaars en verliezers heeft gezorgd.²⁸⁰ De winnaars zijn de BIT's, die een stijging kenden van minder dan 400 verdragen aan het einde van de jaren '90 tot meer dan 3000 in 2011.²⁸¹ De verliezers zijn het internationaal gewoonterecht en intern recht.²⁸² Na de ratificatie van het Verdrag van Nice bleef investering een van de gevoelige kwesties die onderworpen bleven aan de regels en procedures van het intergouvernementalisme, en was het nog geen deel van de gemeenschappelijke handelspolitiek.²⁸³ Hierdoor werden investeringen gedekt door een groot aantal van BIT's tussen lidstaten en derde landen, die toentertijd werden beschouwd als het belangrijkste hulpmiddel om investeringen tussen landen te bepalen.²⁸⁴ Momenteel is – zoals

²⁷⁹ T. COTTIER, "Towards a Common External Economic Policy of the European Union" in M. BUNGENBERG en C. HERRMANN (eds.), *Common Commercial Policy after Lisbon*, New York, Springer, 2013, (3) 9; LEYS, D., "EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the European Court of Justice End the Controversy?", *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 270.

²⁸⁰ J.W. SALACUSE, "The Treatification of International Investment Law", *Law and Business Review of the Americas* 2007, 155.

²⁸¹ M. BUNGENBERG, "The Division of Competences Between the EU and Its Member States" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 30; J. CHAISSE, "Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment—How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?", *Journal of International Economic Law* 2012, (51) 54.

²⁸² J. CHAISSE, "Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment—How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?", *Journal of International Economic Law* 2012, (51) 54.

²⁸³ J. CHAISSE, "Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment—How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?", *Journal of International Economic Law* 2012, (51) 57; P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 2.

²⁸⁴ T. BAERT, "The Euro-Mediterranean Agreements" in G. SAMPSON en S. WOOLCOCK (eds), *Regionalism, Multilateralism and Economic Integration: The Recent Experience*, New York, United Nations University Press, 2003, (100) 116; LAVRANOS, N., "New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2010, (409) 417.

supra reeds uitgebreid uitgelegd – DBI deel van de gemeenschappelijke handelspolitiek, wat gevolgen zal hebben voor de huidige BIT's.

WAT ZIJN BIT'S? – BIT's zijn internationale verdragen gebaseerd op internationaal recht die worden gesloten tussen twee staten met het doel van het promoten en bescherming van investeringen gedaan door investeerders met de nationaliteit van de verdragsluitende partijen.²⁸⁵ Het voornaamste doel van deze overeenkomsten is het aanmoedigen van investeringen door middel van o.a. een niet-discriminatoire behandeling, vrij verkeer van kapitaal en vergoedingen bij onrechtmatige onteigening.²⁸⁶ Dit doel hangt sterk samen met art. 63 VWEU, dat alle restricties op het vrij verkeer van kapitaal verbiedt. Verder reiken BIT's investeerders opties aan om disputen te beslechten, vaak in de vorm van internationale arbitrage.²⁸⁷ Hoewel er verschillen zijn tussen BIT's van de lidstaten, lijken de meeste op het OESO-Modelverdrag.²⁸⁸

§2. Na het Verdrag van Lissabon

GEEN BEVOEGDHEID MEER VOOR DE LIDSTATEN – Uit de nieuwe artikels *supra* besproken blijkt duidelijk dat de lidstaten niet langer de bevoegdheid hebben om BIT's te sluiten.²⁸⁹ Desalniettemin sloten Duitsland en Oostenrijk na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon nog zulke overeenkomsten.²⁹⁰ Beide landen stellen dat de Commissie toestemming gaf hieromtrent, wat door de Commissie als volgt werd genuanceerd: de toestemming behelst enkel het ondertekenen van overeenkomsten en niet hun inwerkingtreding. Voor de inwerkingtreding van deze BIT's zal er expliciete toestemming moeten worden gegeven, anders

²⁸⁵ LAVRANOS, N., "New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2010, (409) 413.

²⁸⁶ LAVRANOS, N., "New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2010, (409) 413.

²⁸⁷ S. MCCLAY, "Can It Lead from Behind? The European Union's Struggle to Catch Up in International Investment Policy Making in the Wake of the Lisbon Treaty", *Texas International Law Journal* 2016, (260) 267; W. SHAN en L. WANG, "The China-EU BIT and the Emerging 'Global BIT 2.0'", *ICSID* 2015, (260) 264.

²⁸⁸ S. MCCLAY, "Can It Lead from Behind? The European Union's Struggle to Catch Up in International Investment Policy Making in the Wake of the Lisbon Treaty", *Texas International Law Journal* 2016, (260) 267; A. REINISCH, "Putting the Pieces together ... an EU Model BIT?", *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (697) 697 – 698.

²⁸⁹ M. BUNGENBERG, "The Division of Competences Between the EU and Its Member States" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 38; M. BUNGENBERG, "Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon" in C. HERRMANN en J. TERHECHTE (eds.), *European Yearbook of International Economic Law 2010*, Berlijn, Springer, (123) 147; J. KARL, "The Competence for Foreign Direct Investment – New Powers for the European Union?", *JWT&I* 2006, (413) 413; A. DE MESTRAL, "The Lisbon Treaty and the Expansion of EU Competence over Foreign Direct Investment" in K. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy, 2009-2010*, New York, Oxford University Press, 2010, 365 – 370.

²⁹⁰ LEAL-ARCAS, R., "The European Union's Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon", *The Journal of World Investment & Trade* 2010, (463) 485.

is er sprake van een inbreuk op het Unierecht.²⁹¹

OVERGANGSBEPALINGEN TER NALEVING - De versterkte rol van de Unie houdt niet in dat de bilaterale verdragen tussen de lidstaten en derde landen zullen verdwijnen: op grond van het internationaal recht moeten ze nl. worden gerespecteerd.²⁹² Het VWEU bevat echter geen overgangsregelingen voor deze bilaterale overeenkomsten.²⁹³ Art. 351 VWEU stelt wel dat overeenkomsten voor toetreding gesloten zullen moeten worden aangepast indien er bepalingen ingaan tegen het Unierecht.²⁹⁴ In 2009 vaardigde het Hof van Justitie drie belangrijke arresten uit waarin het vaststelde dat bestaande BIT's die ingaan tegen het Unierecht zullen moeten worden aangepast of beëindigd.²⁹⁵ Dit illustreert niet alleen dat Unierecht in elk geval voorrang krijgt op eerdere verplichtingen van een lidstaat, maar ook het verlangen van het Hof om ervoor te zorgen dat geen internationaal hof of arbitrageorgaan de mogelijkheid krijgt om Unierecht te interpreteren of toe te passen, wat de exclusieve rechtsmacht van het Hof zou kunnen ondermijnen.²⁹⁶

De lidstaten zijn zoals eerder vermeld de bevoegdheid kwijt om hun overeenkomst te heronderhandelen, zelfs al zou dit schendingen van het Unierecht kunnen verhelpen. De oplossing in deze situatie luidt als volgt: (1) de Unie delegeert haar bevoegdheid aan de lidstaat om de BIT in kwestie aan te passen of (2) de BIT zal moeten worden beëindigd door de lidstaat.²⁹⁷

²⁹¹ M. BUNGENBERG, "The Division of Competences Between the EU and Its Member States" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 37.

²⁹² M. BURGSTALLER, "The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *European Yearbook of International Law*, Berlijn, Springer, 2011, (55) 67; L. PANTALEO, "Member States Prior Agreements and Newly EU Attributed Competence: What Lesson from Foreign Investment?", *European Foreign Affairs Review* 2014, (307) 309; W. SHAN en S. ZHANG, "The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy", *The European Journal of International Law* 2011, (1049) 1068.

²⁹³ M. BUNGENBERG, "The Division of Competences Between the EU and Its Member States" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 38.

²⁹⁴ T. COTTIER, "Towards a Common External Economic Policy of the European Union" in M. BUNGENBERG en C. HERRMANN (eds.), *Common Commercial Policy after Lisbon*, New York, Springer, 2013, (3) 10.

²⁹⁵ Waaronder HvJ 3 maart 2009, nr. C-249/06, ECLI:EU:C:2009:119.

²⁹⁶ N. LAVRANOS, "Protecting European Law from International Law", *EFA Rev.* 2010, (265) 282; N. LAVRANOS, "New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2010, (409) 411.

²⁹⁷ M. BUNGENBERG, "The Division of Competences Between the EU and Its Member States" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 39.

1. Overgangsverordening nr. 1219/2012

INLEIDING - Verordening nr. 1219/2012, die in januari 2013 in werking trad, dient om de bovenstaande situatie te verhelpen.²⁹⁸ De verordening limiteert zich niet tot de strikte definitie van DBI en houdt ook het beschermen van investeringen en portefeuillebeleggingen in.²⁹⁹ Niettemin stelt art. 1 zeer duidelijk dat de bevoegdheidsverdeling zoals omvat in het VWEU moet nageleefd worden.³⁰⁰ De verordening stelt verder dat de Unie lidstaten de toestemming mag geven in Unie-exclusieve gebieden op te treden.³⁰¹

EERDERE BIT'S - De lidstaten dienen volgens art. 2 van de verordening de Commissie in kennis te stellen van alle bilaterale investeringsovereenkomsten die zij voor 1 december 2009, of voor de datum van toetreding tot de Unie, indien dit later is, hebben ondertekend en die zij wensen van kracht te laten blijven.³⁰² Volgens art. 3 van de verordening blijven BIT's die de lidstaten voor 1 december 2009 met derde landen hebben gesloten van kracht en valt de ondertekening en sluiting van bilaterale investeringsverdragen binnen de exclusieve bevoegdheid van de Commissie.³⁰³ De lidstaten mogen overeenkomstig art. 2, lid 1, VWEU enkel juridisch bindende handelingen op dat gebied vaststellen wanneer zij daartoe door de Unie zijn gemachtigd.³⁰⁴

CONTROLE DOOR DE COMMISSIE - Artikel 2 stelt dat de Commissie, met het oog op de

²⁹⁸ F. BAETENS, "Determining International Responsibility Under the New Extra-EU Investment Agreements: What Foreign Investors in the EU Should Know," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2014, (1203) 1216; M. GOTZ, "Pursuing FDI Policy in the EU – Member States and Their Policy Space," *Journal of Economics and Political Economy* 2015, (290) 298; R. GOMMEL, *Investing into North African Solar Power*, Londen, Springer, 2015, 142; F. HOFFMEISTER, "The European Union's common commercial policy a year after Lisbon" in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (83) 85; S. MCCLAY, "Can It Lead from Behind? The European Union's Struggle to Catch Up in International Investment Policy Making in the Wake of the Lisbon Treaty", *Texas International Law Journal* 2016, (260) 268; LEYS, D., "EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the European Court of Justice End the Controversy?", *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 270; P. STRIK, *Shaping the Single European Market in the field of Foreign Direct Investment*, Londen, Hart Publishing, 2014, 137.

²⁹⁹ D. LEYS, "EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the European Court of Justice End the Controversy?", *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 270 -271.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² L. PANTALEO, "Member States Prior Agreements and Newly EU Attributed Competence: What Lesson from Foreign Investment", *European Foreign Affairs Review* 2014, (307) 310.

³⁰³ M. BURGSTALLER en A. ZAROWNA, "Possible Ramifications of the UK's EU Referendum on Intra- and Extra-EU BITs", *Journal of International Arbitration* 2016, (565) 570; A. DIMOPOULOS, "The Involvement of the EU in Investor-State Dispute Settlement: A Question of Responsibilities," *Common Market Law Review* 2014, (1671) 1674; R. GOMMEL, *Investing into North African Solar Power*, Londen, Springer, 2015, 143; L. PANTALEO, "Member States Prior Agreements and Newly EU Attributed Competence: What Lesson from Foreign Investment", *European Foreign Affairs Review* 2014, (307) 308.

³⁰⁴ M. BURGSTALLER en A. ZAROWNA, "Possible Ramifications of the UK's EU Referendum on Intra- and Extra-EU BITs", *Journal of International Arbitration* 2016, (565) 570.

geleidelijke vervanging van aangemelde bilaterale investeringsovereenkomsten, kan beoordelen of een of meer bepalingen van die overeenkomsten een ernstige belemmering vormen voor de onderhandeling over of de sluiting door de Unie van bilaterale investeringsovereenkomsten met derde landen. In artikel 10 staat het volgende:

Voor zover het om investeringen gaat, wordt de Commissie op de hoogte gehouden van de voortgang en de resultaten die worden geboekt in de verschillende stadia van de onderhandelingen om een bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomst te wijzigen of te sluiten, en kan zij verzoeken aan de onderhandelingen inzake investeringen tussen de lidstaat en het derde land deel te nemen.

Hoewel een lidstaat volgens de verordening de machtiging kan krijgen om een bilaterale overeenkomst te wijzigen, zal de Commissie dus toch op de hoogte worden gehouden, en een zekere controle kunnen uitoefenen.³⁰⁵ De lidstaten hebben uitgebreid gebruik gemaakt van de bepalingen van de verordening waardoor de meeste van hun BIT's nog van kracht zijn.³⁰⁶

2. Rechtspraak

ARREST EXTRA-EU BIT'S: NOODZAAK COMPTABILITEIT UNIERECHT – Het Hof van Justitie deed op 3 maart 2009 uitspraak over extra-EU BIT's, d.i. BIT's die met derde landen worden gesloten.³⁰⁷ Volgens het publiek internationaal recht blijven extra-EU BIT's in werking als ze werden gesloten voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, maar moeten ze verenigbaar zijn met het Unierecht (zie *supra*).³⁰⁸ De Commissie vroeg *in casu* aan het Hof om te oordelen dat Oostenrijk haar verplichtingen onder art. 351 VWEU niet had voldaan door niet de gepaste stappen te nemen om incoherenties met het VWEU weg te nemen; dit wat betreft de bepalingen over overdracht van kapitaal vervat in BIT's met een aantal niet-EU landen, gesloten voor haar toetreding tot de Unie.³⁰⁹ Elke overeenkomst bevatte een bepaling waaronder elke

³⁰⁵ R. GOMMEL, *Investing into North African Solar Power*, Londen, Springer, 2015, 143.

³⁰⁶ A. DIMOPOULOS, "The Involvement of the EU in Investor-State Dispute Settlement: A Question of Responsibilities", *Common Market Law Review* 2014, (1671) 1711.

³⁰⁷ HvJ 3 maart 2009, nr. C-205/06, C:2009:102:TOC; F. S. BENYON, *Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 99; P. KOUTRAKOS, "Case C-205/06, Commission v. Austria, judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 March 2009, not yet reported; Case C-249/06, Commission v. Sweden", *Common Market Law Review* 2009, (2059) 2059.

³⁰⁸ M. BURGSTALLER en A. ZAROWNA, "Possible Ramifications of the UK's EU Referendum on Intra- and Extra-EU BITs", *Journal of International Arbitration* 2016, (565) 570.

³⁰⁹ F. S. BENYON, *Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 99; P. KOUTRAKOS, "Case C-205/06, Commission v. Austria, judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 March 2009, not yet reported; Case C-249/06, Commission v. Sweden", *Common Market Law Review* 2009, (2059) 2062.

partij aan de investeerders van de andere partij de vrije overdracht toelaat van betalingen die verband houden met een investering.³¹⁰ Volgens de Commissie ondermijnden deze bepalingen de mogelijkheid van de Unie om beperkingen te stellen op deze overdracht.³¹¹ De afwezigheid van enige referentie naar het recht van Oostenrijk om beperkingen aan te brengen maakt het moeilijk of zelfs onmogelijk voor de lidstaat om te voldoen aan de verplichtingen van het Unierecht: deze incompatibiliteit hield voor de Commissie dan ook een schending in van art. 351, lid 2 VWEU.³¹²

Volgens Oostenrijk kon bij afwezigheid van een restrictieve Uniemaatregel een inbreukprocedure niet worden gebruikt aangezien de vermeende niet-nakoming hypothetisch is.³¹³ Het Hof trad de Commissie echter toe en oordeelde dat door de afwezigheid van zulk een bepaling en door de ontoereikendheid van voorgestelde interpretatiemethodes of onderhandelingsmogelijkheden Oostenrijk de krachtens artikel 321, lid 2 VWEU op haar rustende verplichtingen niet nagekomen is.³¹⁴

§3. Onduidelijkheden over exclusiviteit

NIET ALLE ASPECTEN EXCLUSIEF - LAVRANOS wijst in zijn werk op een onduidelijkheid over de bevoegdheden van de Unie in bepaalde materies gereguleerd in BIT's. Hij stelt dat het twijfelachtig is of alle elementen die in BIT's worden geregeld en samenhangen met het investeringsbeleid voortaan *volledig* tot de exclusieve bevoegdheid van de Unie zijn gaan behoren.³¹⁵ Er zijn een aantal nationale aspecten te vinden in deze overeenkomsten die – hoewel ze door het Unierecht worden gerespecteerd – niet met het Verdrag van Lissabon zijn

³¹⁰ F. S. BENYON, *Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 100.

³¹¹ P. KOUTRAKOS, “Case C-205/06, Commission v. Austria, judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 March 2009, not yet reported; Case C-249/06, Commission v. Sweden”, *Common Market Law Review* 2009, (2059) 2062.

³¹² F. S. BENYON, *Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 100.

³¹³ F. S. BENYON, *Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 100; P. KOUTRAKOS, “Case C-205/06, Commission v. Austria, judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 March 2009, not yet reported; Case C-249/06, Commission v. Sweden”, *Common Market Law Review* 2009, (2059) 2062; L. PANTALEO, “Member States Prior Agreements and Newly EU Attributed Competence: What Lesson from Foreign Investment”, *European Foreign Affairs Review* 2014, (307) 310.

³¹⁴ F. S. BENYON, *Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 100-101; ; L. PANTALEO, “Member States Prior Agreements and Newly EU Attributed Competence: What Lesson from Foreign Investment”, *European Foreign Affairs Review* 2014, (307) 310.

³¹⁵ M. BUNGENBERG, “The Division of Competences Between the EU and Its Member States” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 41.

overgeheveld naar de bevoegdheden van de Unie.³¹⁶ De voorbeelden die LAVRANOS aangeeft zijn aspecten rondom het eigendomsrecht, zoals onteigening en nadeelcompensatie, geschillenbeslechting en de internationale vertegenwoordiging en aansprakelijkheid van een lidstaat.³¹⁷ De meeste BIT's behelzen niet alleen DBI, maar ook portefeuillebeleggingen en hun bescherming.³¹⁸ Toekomstige overeenkomsten van de Unie die alle vormen van investeringen omvatten zullen hierdoor niet onder de volledige exclusieve bevoegdheid, zoals vervat in art. 207 VWEU, vallen en kunnen tijdens de onderhandelingen moeilijkheden opleveren betreffende de bevoegdheidsverdeling.³¹⁹

Het blijft bijgevolg twijfelachtig dat de Unie exclusief bevoegd is voor alle materies in de huidige BIT's. Hoewel de Commissie stelt dat BIT's onder de exclusieve bevoegdheden vallen, houdt ze er geen rekening mee dat enkel DBI onder de werkingssfeer van art. 207 VWEU komen.³²⁰ BISCHOFF komt tot de volgende conclusie: de bevoegdheid om het investeringsbeleid uit te tekenen onder het genoemde artikel is eerder gelimiteerd.³²¹ Hoewel de Unie enkel DBI mag reguleren, kunnen de overblijvende materies in een BIT toch onder haar bevoegdheid vallen met toepassing van artikel 216, lid 1 VWEU, volgens dewelke de Unie overeenkomsten mag sluiten wanneer het noodzakelijk is om een van de doelen uit de Unieverdragen te verwezenlijken of wanneer het aan de gemeenschappelijke regels kan raken.³²² Artikel 3, lid 2 VWEU stelt de criteria voor het exclusief worden van deze bevoegdheden. De bevoegdheden volgens art. 216, lid 1 VWEU voor niet-directe investering zijn echter niet exclusief, maar gedeeld met de lidstaten.³²³ Verder is de Unie niet bevoegd om

³¹⁶ A. DE LUCA, "New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty: Investment Liberalization vs. Investment Protection?" in K. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, New York, Oxford University Press, 2012, (165) 195.

³¹⁷ LAVRANOS, N., "Naar een nieuw EU-investeringsbeleid", *NtEr* 2013, (185) 186.

³¹⁸ A. REINISCH, The Division of Powers Between the EU and Its Member States "After Lisbon" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (43) 48.

³¹⁹ G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia's veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 5.

³²⁰ Voorstel (Comm.) voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsovereenkomsten tussen lidstaten en derde landen, 7 juli 2010, COM(2010)344 def.

³²¹ J. BISCHOFF, "Just A Little Bit Of "Mixity"? The EU's Role In The Field Of International Investment Protection Law", *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1534.

³²² *Ibid.*

³²³ M. BUNGENBERG, "The Division of Competences Between the EU and Its Member States" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 42; ³²³ A. REINISCH, The Division of Powers Between the EU and Its Member States "After Lisbon" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (43) 50.

maatregelen te nemen die onder art. 345 VWEU vallen.³²⁴ (Voor uitgebreide analyse over deze 3 artikels, zie *supra*.) Dit leidt tot de eerder vermeldde conclusie dat de Unie niet in staat is om investeringsovereenkomsten te sluiten zonder medewerking van de lidstaten.³²⁵

VAN NAUWE BIT'S NAAR BREDE EN GEMENGDE FTA'S – Zelfs als het Hof van Justitie een brede interpretatie aan de nieuwe bevoegdheden geeft, zullen toekomstige handels- en investeringsverdragen hoogstwaarschijnlijk gemengde verdragen worden, aldus CHAISSE.³²⁶ En daarbij zullen toekomstige overeenkomsten van de Unie – zelfs al handelen ze enkel over investeringsbescherming – onderhandeld en geratificeerd worden als gemengde verdragen omwille van twee redenen: (1) portefeuillebeleggingen gebruiken verschillende indirecte financiële mechanismen en vallen buiten artikel 207 VWEU en de exclusieve bevoegdheid van de Unie en (2) artikel 345 VWEU stelt dat verdragen op geen enkele manier afbreuk mogen doen aan de regels aangaande eigendomsbezit van de lidstaten.³²⁷ Zo zullen enkele aspecten van onteigening een bevoegdheid blijven van de lidstaten.³²⁸ Een andere limiet is te vinden in de regels omtrent de besluitvorming aangezien toekomstige investeringsovereenkomsten mogelijk unanimiteit zullen vereisen. Artikel 207, lid 4 VWEU vraagt dit nl. bij bepaalde domeinen, zoals handel in diensten, de handelsaspecten van intellectuele eigendom en DBI.³²⁹ De huidige handelsakkoorden met Canada, Zuid-Korea en Singapore onderstrepen de trend dat de Unie brede akkoorden zal onderhandelen om de nauwe en conventionele BIT's te vervangen.³³⁰

³²⁴ S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 433.

³²⁵ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1534; M. BUNGENBERG, “The Division of Competences Between the EU and Its Member States” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (29) 42; ³²⁵ A. REINISCH, The Division of Powers Between the EU and Its Member States “After Lisbon” in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (43) 50.

³²⁶ J. CHAISSE, “Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment—How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?”, *Journal of International Economic Law* 2012, (51) 61.

³²⁷ W. SHAN en S. ZHANG, “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, *The European Journal of International Law* 2011, (1049) 1071.

³²⁸ J. CHAISSE, “Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment—How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?”, *Journal of International Economic Law* 2012, (51) 61; J.-C. PIRIS, *The Lisbon Treaty: A Legal and Political Analysis*, London, Cambridge University Press, 2010, 284 – 86.

³²⁹ J. CHAISSE, “Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment—How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?”, *Journal of International Economic Law* 2012, (51) 61.

³³⁰ J. CHAISSE, “Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment—How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?”, *Journal of International Economic Law* 2012, (51) 62; S. GSTÖHL en D. HANF, “The EU’s Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a

Hoofdstuk IV. Vrijhandelsakkoorden

§1. Algemeen: opkomst van gemengde verdragen

UNIE ALS VERDRAGSPARTIJ - Art. 47 VEU stelt dat de Unie rechtspersoonlijkheid bezit waardoor ze overeenkomsten kan sluiten met entiteiten die eveneens rechtspersoonlijkheid bezitten.³³¹ Dit is een noodzakelijk attribuut van internationale rechtspersoonlijkheid en is te onderscheiden van de *bevoegdheid* om overeenkomsten te sluiten, wat onder het interne Unierecht valt.³³² Art. 216 VWEU geeft aan de Unie de mogelijkheid om internationale overeenkomsten te sluiten die zowel haar instituten als de lidstaten binden.³³³ Het type van overeenkomsten waar de Unie partij kan zijn kunnen onder haar exclusieve bevoegdheden vallen, maar in een internationale overeenkomst kan er sprake zijn van zowel nationale als Europese bevoegdheden, wat KOUTRAKOS omschrijft als “*mixity*”.³³⁴ Zo is het mogelijk dat een overeenkomst enkel werd gesloten door de lidstaten maar dat doorheen de tijd de Unie de bevoegdheid overnam en erdoor gebonden raakt.³³⁵

De eerste generatie van handelsakkoorden legden de focus meer op het verwijderen van tarieven op industriële goederen.³³⁶ Deze akkoorden vielen onder de gemeenschappelijke

Changing Constitutional Context”, *European Law Journal* 2014, (733) 733; F. HOFFMEISTER en G. ALEXANDRU, “ A First Glimpse of Light on the Emerging Invisible EU Model BIT”, *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (379) 380; A. REINISCH, “The Future Shape of EU Investment Agreements”, *ICSID Review* 2013, (179) 184.

³³¹ B. HOOPS, “The Interpretation of Mixed Agreements in the EU after *Lesoochrandrske zoskupenie*”, *Hanse Law Review* 2014, (3) 3; D. PORREZ, *De Doctrine van de Implied Powers in de EU Externe Betrekkingen*, onuitg. masterproef Universiteit Gent 2013, 8.

³³² S. FINA en G. M. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 422.

³³³ G. BONO, “The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 29; S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, “EU Member State Enforcement of ‘Mixed’ Agreements and Access to Justice: Rethinking Direct Effect”, *Legal Issues of Economic Integration* 2013, (163) 163; D. KLEIMANN, D. en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 9.

³³⁴ G. BONO, “The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 29; S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, “EU Member State Enforcement of ‘Mixed’ Agreements and Access to Justice: Rethinking Direct Effect”, *Legal Issues of Economic Integration* 2013, (163) 163; B. HOOPS, “The Interpretation of Mixed Agreements in the EU after *Lesoochrandrske zoskupenie*”, *Hanse Law Review* 2014, (3) 3; P. KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, Portland, Hart Publishing, 2015, 137; M. RHINARD en M. KAEDING, “The International Bargaining Power of the European Union in ‘Mixed’ Competence Negotiations: The Case of the 2000 Cartagena Protocol on Biosafety”, *JCMS* 2006, (1023) 1024.

³³⁵ S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, “EU Member State Enforcement of ‘Mixed’ Agreements and Access to Justice: Rethinking Direct Effect”, *Legal Issues of Economic Integration* 2013, (163) 163.

³³⁶ K. SORENSEN, “Free Movement of Companies under the New EU Free Trade Agreements”, *European Company Law* 2016, (46) 46; G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia’s veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 3.

handelspolitiek, en de lidstaten legden zich dan ook neer bij de exclusieve bevoegdheid van de Unie.³³⁷ Waar m.a.w. vroeger FTA's duidelijk werden gesloten als zijnde Unie-exclusief, worden steeds meer allesomvattende FTA's onderhandeld waar ook de lidstaten voor bepaalde aspecten bevoegd zijn.³³⁸

POLITIEKE DIMENSIE – Een belangrijke factor in het debat rond FTA's dat momenteel heerst is de politieke dimensie: CETA zou op dit vlak een indicatie kunnen geven van hoe zulke akkoorden in de toekomst zullen worden gesloten.³³⁹ Recente onderhandelingen van handels- en investeringsakkoorden werden sterk gedebatteerd in de lidstaten, zo stellen een aantal lidstaten dat elke definitieve overeenkomst moet worden geratificeerd door het nationale parlement om het volk een zeg te geven.³⁴⁰ Dit blijkt het hoofdargument te zijn wanneer lidstaten openlijk vragen om de kwalificatie van zulke akkoorden als gemengd.³⁴¹

INTERPRETATIE - In de Unieverdragen zijn helaas geen richtlijnen te vinden over gemengde overeenkomsten: het Hof van Justitie oordeelt nl. dat er enkel een plicht is tot nauwe samenwerking die voortvloeit uit de plicht tot loyaliteit zoals omschreven in art. 4, lid 3 VEU.³⁴² De Unie kan zoals eerder vermeld enkel overeenkomsten sluiten in een veld dat *volledig* onder haar bevoegdheden valt. Bij een gemengde overeenkomst rijst dan de vraag of het Hof van Justitie of de nationale rechtbanken bevoegd zijn deze te interpreteren.³⁴³ Bepalingen kunnen anders worden geïnterpreteerd dan bedoeld, wat zou kunnen leiden tot een Unie-exclusief verdrag: zo kunnen impliciete bevoegdheden de perceptie van de lidstaten veranderen en de

³³⁷ G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia's veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 3.

³³⁸ S. GSTOHL en D. HANF, "The EU's Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context", *European Law Journal* 2014, (733) 734 - 735; G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia's veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 3.

³³⁹ S. BILLIET, "From GATT to the WTO: The Internal Struggle for External Competences in the EU", *Journal of Common Market Studies* 2006, (899) 910; T. DOLLE en B. G. SIMOES, "Mixed Feelings about "Mixed Agreements" and CETA's Provisional Application", *EJRR* 2016, (617) 620; A. REINISCH, "Putting the Pieces Together ... an EU Model BIT", *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (679) 683; M. RHINARD en M. KAEDING, "The International Bargaining Power of the European Union in 'Mixed' Competence Negotiations: The Case of the 2000 Cartagena Protocol on Biosafety", *JCMS* 2006, (1023) 1044.

³⁴⁰ T. DOLLE en B. G. SIMOES, "Mixed Feelings about "Mixed Agreements" and CETA's Provisional Application", *EJRR* 2016, (617) 620.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² J. BISCHOFF, "Just A Little Bit Of "Mixity"? The EU's Role In The Field Of International Investment Protection Law", *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1561; G. DE BAERE, "International negotiations post Lisbon: A case study of the Union's external environmental policy" in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (97) 103.

³⁴³ B. HOOPS, "The Interpretation of Mixed Agreements in the EU after *Lesoochrandrske zoskupenie*", *Hanse Law Review* 2014, (3) 3.

positie van de Commissie ondersteunen.³⁴⁴ Als een overeenkomst niet volledig onder art. 207 VWEU of onder de impliciete bevoegdheden van de Unie valt, mag de Unie de overeenkomst niet zelf sluiten en moeten de lidstaten deel uitmaken van alle stappen in de besluitvorming.³⁴⁵ Een klein deel van een uitgebreid handels- en investeringsakkoord dat onder de bevoegdheden van de lidstaten valt zou bijgevolg het hele akkoord kunnen “infecteren”, aldus DOLLE en SIMOES.³⁴⁶

ONDERHANDELEN EN AFSLUITEN VAN EXCLUSIEVE EN GEMENGDE VERDRAGEN – Unie-exclusieve handelsakkoorden worden ondertekend en afgesloten zonder parlementaire goedkeuring van de lidstaten.³⁴⁷ Volgens art. 218, lid 6 VWEU vereist het afsluiten van zo’n FTA wel de goedkeuring van het Europees Parlement, waarna de voorstellen voor zowel ondertekening en afsluiting met gekwalificeerde meerderheid – unaniem indien de specifieke bepalingen dit vereisen – worden aangenomen in de Raad.³⁴⁸ Nationale parlementen kunnen echter nog een rol spelen: volgens het Unierecht is het mogelijk dat een lidstaat een parlementaire goedkeuring vraagt eer ze in de Raad over een FTA, of elke andere internationale overeenkomst, stemmen. MERKEL, de bondskanselier van Duitsland, stelde dat de Bundestag inderdaad over een motie zal stemmen i.v.m. CETA en zo geschiedde ook: de goedgekeurde motie eiste dat de Duitse afgevaardigde in de Raad voor stemt en de voorwaardelijke toepassing van CETA indien deze toepassing niet in het gedrang komt van de exclusieve bevoegdheden van de lidstaten.³⁴⁹ Bij een gemengd verdrag moeten er twee ratificatieprocedures worden

³⁴⁴ S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 423; M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 294.

³⁴⁵ S. GSTÖHL en D. HANF, “The EU’s Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context”, *European Law Journal* 2014, (733) 738; B. HOOPS, “The Interpretation of Mixed Agreements in the EU after *Lesoochrandrske zoskupenie*”, *Hanse Law Review* 2014, (3) 3-5; D. LEYS, “EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the European Court of Justice End the Controversy?”, *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 267, M. RHINARD en M. KAEDING, “The International Bargaining Power of the European Union in ‘Mixed’ Competence Negotiations: The Case of the 2000 Cartagena Protocol on Biosafety”, *JCMS* 2006, (1023) – 1044.

³⁴⁶ T. DOLLE en B. G. SIMOES, “Mixed Feelings about “Mixed Agreements” and CETA’s Provisional Application”, *EJRR* 2016, (617) 619.

³⁴⁷ Zie art. 218 VWEU.

³⁴⁸ G. BONO, “The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, (13) 18; S. GSTÖHL en D. HANF, “The EU’s Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context”, *European Law Journal* 2014, (733) 737; D. KLEIMANN, D. en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 10.

³⁴⁹ D. KLEIMANN, D. en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016 (1) 10 – 11.

gevolgd: zowel nationaal als op Unieniveau.³⁵⁰ De Unie volgt de procedure uit art. 218 VWEU zoals *supra* omschreven en de lidstaten doen dit zoals bij hun constitutioneel is vereist.³⁵¹

VRIJHANDELSAKKOORD UNIE – ZUID-KOREA: VOORBEELD NIEUWE GENERATIE - Een mooie illustratie van de nieuwe strategie van de Unie en de problematiek omtrent gemengde overeenkomsten is het preferentieel handelsakkoord gesloten tussen de Unie en Zuid-Korea van 2010. Dit was de eerste van een nieuwe generatie FTA's die werden afgesloten na 2007 als deel van het Global Europe-initiatief.³⁵² Al tijdens de onderhandelingen gold het akkoord als het meest brede tot nog toe van de Unie: het bestaat uit 15 hoofdstukken en bevat bepalingen over investeringen in zowel de diensten- als industriële sector, intellectuele rechten en mededingingsrecht.³⁵³ Er is wel geen hoofdstuk in zijn geheel over investeringen in het EU-Korea FTA, dit was pas te vinden in CETA.³⁵⁴

VOORLOPIGE TOEPASSING ONDER ARTIKEL 218 VWEU – Na ratificatie door de Unie worden de delen van de overeenkomst die onder de Europese bevoegdheid vallen meestal voorlopig toegepast, zoals mogelijk onder artikel 218, lid 5 VWEU.³⁵⁵ Het Unie-Zuid-Korea FTA geldt als voorbeeld voor deze voorlopige toepassing: hier verzekerde het Europees Parlement zich zelfs het recht om deze toepassing goed te keuren nog voor de overeenkomst was afgesloten.³⁵⁶ Deze benadering wordt nu in vraag gesteld: zo verwierp op 28 april 2016 het Nederlandse parlement de voorlopige toepassing van CETA en vroeg het aan de regering een voorstel aan te

³⁵⁰ G. DE BAERE, , “International negotiations post Lisbon: A case study of the Union’s external environmental policy” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (97) 103.

³⁵¹ D. KLEIMANN, D. en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 11 - 12.

³⁵² Y.-D. KANG, “EU’s Global Europe Initiative and Korea-EU FTA”, *Korea University Law Review* 2010, (47) 47; K. SORENSSEN, “Free Movement of Companies under the New EU Free Trade Agreements”, *European Company Law* 2016, (46) 46.

³⁵³ Y.-D. KANG, “EU’s Global Europe Initiative and Korea-EU FTA”, *Korea University Law Review* 2010, (47) 56.

³⁵⁴ D.-Y. PARK en Y. YOON, “Making Allowances for Carbon Emission Allowances in Investor-State Disputes: A Case Study of the Republic of Korea” in D.-Y. PARK (ed.), *Legal Issues on Climate Change and International Trade Law*, Londen, Springer, 2016, (133) 142; A. REINISCH, “Putting the Pieces Together ... An EU Model BIT?”, *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (679) 682.

³⁵⁵ A. OTT, The European Parliament’s Role in EU Treaty-making, *Maastricht Journal* 2016, (1009) 1025; D. KLEIMANN, D. en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 16.

³⁵⁶ T. DOLLE en B. G. SIMOES, “Mixed Feelings about “Mixed Agreements” and CETA’s Provisional Application”, *EJRR* 2016, (617) 620; F. HOFFMEISTER, “The European Union’s common commercial policy a year after Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (83) 92; D. KLEIMANN, D. en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 16; A. OTT, “The European Parliament’s Role in EU Treaty-making”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2016, (1009) 1011.

reiken voor het een positie zou innemen indien de Commissie zou gebruik willen maken van de voorlopige toepassing.³⁵⁷ Sommige lidstaten zouden nu van mening zijn dat zelfs de voorlopige toepassing zou moeten afhangen van een eerder akkoord door de nationale parlementen.³⁵⁸ Verder dient er op gewezen te worden dat de voorlopige toepassing van gemengde overeenkomsten enkel de elementen kan bevatten die onder de Uniebevoegdheden kan vallen, tenzij de lidstaten verklaren dat zij de lidstaat-exclusieve elementen zelf voorlopig zullen toepassen.³⁵⁹

§2. Wat staat er in een FTA?

INLEIDING: DOELSTELLING – Volgens de Commissie moet een investeringsbeleid, wat zowel bescherming als liberalisering inhoudt, worden geleid door de beginselen en doelstellingen van het externe optreden van de Unie in het algemeen, met inbegrip van de bevordering van de rechtsstaat en mensenrechten en het ondersteunen van de duurzame ontwikkeling zoals omvat in artikel 21 VEU en artikel 205 VWEU.³⁶⁰ Daarnaast is ze is van mening dat alle soorten investeringen, inclusief portefeuillebeleggingen, onder de exclusieve Uniebevoegdheden vallen, zoals *supra* reeds besproken, en tracht ze het beschermingsniveau zoals momenteel vervat in BIT's te handhaven. Terwijl de meeste BIT's van de lidstaten zich beperken tot bescherming na vestiging, heeft de Commissie expliciet het Uniebeleid inzake internationale investeringen verklaard als zijnde gefocust op investeringsliberalisering.³⁶¹

³⁵⁷ T. DOLLE en B. G. SIMOES, “Mixed Feelings about “Mixed Agreements” and CETA’s Provisional Application”, *EJRR* 2016, (617) 620.

³⁵⁸ T. DOLLE en B. G. SIMOES, “Mixed Feelings about “Mixed Agreements” and CETA’s Provisional Application”, *EJRR* 2016, (617) 620; D. KLEIMANN, D. en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 10 – 11.

³⁵⁹ G. VAN DER LOO en R. A. WESSEL, “The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions”, *Common Market Law Review* 2017, (1) 16.

³⁶⁰ W. TH. DOUMA, “The Promotion of Sustainable Development through EU Trade Instruments”, *European Business Law Review* 2017, (197) 197; S. DUKE, “A difficult birth: The early days of the European External Action Service” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (69) 71; F. HOFFMEISTER, “The European Union’s common commercial policy a year after Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, (83) 87; S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 438; W. SHAN en S. ZHANG, “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, *The European Journal of International Law* 2011, (1049) 1072.

³⁶¹ S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 438; S.W. SCHILL en H. L. BRAY, “The Brave New (American) World of International Investment Law: Substantive Investment Protection Standards in Mega-Regionals”, *British Journal of American Legal Studies* 2016, (419) 425 – 426.

NON-DISCRIMINATIE - Nationale behandeling en meestbegunstigingsclausules omtrent de toegang en het vestigen van investeringen zijn vaak aanwezig in de huidige FTA's.³⁶² De "meest begunstigde natie" is een begrip uit het internationaal recht waarbij een land die deze status ontvangt dezelfde (handels-)voordelen geniet als de andere meest begunstigde naties van het statusgevende land.³⁶³ Nationale behandeling wordt als volgt omschreven in art. XVII GATS: een verdragspartij mag diensten en dienstverleners van andere partijen niet ongunstiger behandelen dan haar eigen soortgelijke diensten en dienstverleners. Vaak omvatten beide bepalingen alle aspecten van investeringen, waaronder het vestigen, aankopen, beheren, gebruiken en verkopen ervan.³⁶⁴

ISDS: GESCHILLENBESLECHTING - Investeerder-staatsarbitrage, in het Engels "*Investor-State Dispute Settlement*" (hierna: ISDS), is een bepaling in internationale (investerings-) overeenkomsten die aan de investeerder het recht geeft om tegen een vreemde overheid een arbitragezaak aanhangig te maken op basis van internationaal recht.³⁶⁵ Het wordt aanzien als zijnde cruciaal voor effectieve investeringsbescherming.³⁶⁶ Overeenkomsten waarin de toegang tot ISDS is omsloten doen dit op basis van breed omschreven rechten voor buitenlandse investeerders die afdwingbaar zijn in niet-judiciële arbitrageprocessen.³⁶⁷ Het model van ISDS dat de Unie hanteert baseert zich voornamelijk op drie elementen: judiciële onafhankelijkheid, procedurele eerlijkheid en een evenwicht in de toewijzing van rechten en verantwoordelijkheden.³⁶⁸ Procedurele eerlijkheid houdt in elke partij aan wiens rechten wordt

³⁶² S.W. SCHILL en H. L. BRAY, "The Brave New (American) World of International Investment Law: Substantive Investment Protection Standards in Mega-Regionals", *British Journal of American Legal Studies* 2016, (419) 426.

³⁶³ O. ACCOMINOTTI en M. FLANDREAU, "Bilateral Treaties and the Most-Favored-Nation Clause: The Myth of Trade Liberalization in the Nineteenth Century", *World Politics* 2009, (147) 148; M. MCCLOURE, *Most Favoured Nation Clauses – No favoured view on how they should be interpreted*, <http://kluwerarbitrationblog.com/2011/07/25/most-favoured-nation-clauses-no-favoured-view-on-how-they-should-be-interpreted/>, (consultatie 20 februari 2016).

³⁶⁴ S.W. SCHILL en H. L. BRAY, "The Brave New (American) World of International Investment Law: Substantive Investment Protection Standards in Mega-Regionals", *British Journal of American Legal Studies* 2016, (419) 426.

³⁶⁵ A. DIMOPOULOS, "The Involvement of the EU in Investor-State Dispute Settlement: A Question of Responsibilities", *Common Market Law Review* 2014, (1671) 1672; A. REINISCH en L. STIFTER, "European Investment Policy and ISDS", *ELTE Law Journal* 2015, (11) 11.

³⁶⁶ A. DIMOPOULOS, "The Involvement of the EU in Investor-State Dispute Settlement: A Question of Responsibilities", *Common Market Law Review* 2014, (1671) 1672; A. REINISCH, "Putting the Pieces Together ... An EU Model BIT?", *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (679) 700.

³⁶⁷ G. VAN HARTEN, "The European Union's Emerging Approach to ISDS: a Review of the Canada-EU CETA, Europe-Singapore FTA, and European-Vietnam", *University of Bologna Law Review* 2016, (138) 139.

³⁶⁸ *Ibid.* 141.

geraakt door de procedure een belang verkrijgen.³⁶⁹ ISDS is echter niet fair: het geeft enkel een belang aan de buitenlandse investeerders die een claim hebben en aan het aangesproken land, dat wordt vertegenwoordigd door de nationale overheid. Men kan stellen dat ISDS in het voordeel van buitenlandse investeerders discrimineert en het evenwicht tussen hun rechten en verplichtingen is bijgevolg zoek.³⁷⁰ De Unie heeft echter nog geen stappen ondernomen om dit onevenwicht op te lossen: zo is er bijvoorbeeld geen verplichting voor buitenlandse investeerders om naar een nationale of Europese rechtbank te gaan alvorens ISDS te raadplegen.³⁷¹

§3. Advies 2/15: maakt het Hof een einde aan de onduidelijkheden?

1. Inleiding

EUSFTA: GEMENGDE OVEREENKOMST? – Het Hof van Justitie werd op 10 juli 2015 gevraagd om te oordelen of brede bepalingen een overeenkomst inderdaad gemengd maken.³⁷² KLEIMANN en KUBEK stellen dat de hervorming die het Verdrag van Lissabon met zich meebracht waarschijnlijk bedoeld was om het sluiten van Unie-exclusieve overeenkomsten te vergemakkelijken.³⁷³ Gegeven de meningsverschillen binnen de Unie-instellingen hieromtrent wordt verwacht dat het Hof van Justitie hierover een uitspraak zal doen in Advies 2/15.³⁷⁴ De Commissie vroeg het Hof om een advies omtrent de bevoegdheid van de Unie om het vrijhandelsakkoord tussen de Unie en Singapore, het “EU-Singapore Free Trade Agreement” (hierna: EUSFTA), te ondertekenen en ratificeren.³⁷⁵

³⁶⁹ G. VAN HARTEN, “The European Union’s Emerging Approach to ISDS: a Review of the Canada-EU CETA, Europe-Singapore FTA, and European-Vietnam”, *University of Bologna Law Review* 2016, (138) 149.

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 439; G. VAN HARTEN, “The European Union’s Emerging Approach to ISDS: a Review of the Canada-EU CETA, Europe-Singapore FTA, and European-Vietnam”, *University of Bologna Law Review* 2016, (138) 149 – 150.

³⁷² T. DOLLE en B. G. SIMOES, “Mixed Feelings about “Mixed Agreements” and CETA’s Provisional Application”, *EJRR* 2016, (617) 617; A. REINISCH, “Will the EU’s Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? - The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration”, *Journal of International Economic Law* 2016, (761) 770 - 771.

³⁷³ D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 2.

³⁷⁴ D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 2; A. REINISCH, “Will the EU’s Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? – The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration”, *Journal of International Economic Law* 2016, (761) 771; T. TAKACS, “Situating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (negotiations) in European Union Common Policy”, *Legal Issues of Economic Integration* 2016, (341) 348.

³⁷⁵ T. DOLLE en B. G. SIMOES, “Mixed Feelings about “Mixed Agreements” and CETA’s Provisional Application”, *EJRR* 2016, (617) 621; D. LEYS, “EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the European

De prejudiciële vraag is als volgt:

Heeft de Unie de vereiste bevoegdheid om alleen de vrijhandelsovereenkomst met Singapore te ondertekenen en te sluiten? Meer bepaald: (1) welke bepalingen van de overeenkomst behoren tot de exclusieve bevoegdheid van de Unie? (2) welke bepalingen van de overeenkomst behoren tot de gedeelde bevoegdheid van de Unie? (3) is er enige bepaling van de overeenkomst die tot de exclusieve bevoegdheid van de lidstaten behoort?

Meer specifiek vroeg de Commissie om te verduidelijken of en welke delen van de EUSFTA respectievelijk onder Unie-exclusief, gedeeld, of lidstaat-exclusieve bevoegdheden vallen.³⁷⁶ LEYS verwacht dat het Hof het definitief oordeel zal vellen over deze onduidelijkheden en het investeringsbeleid van de Unie zal uitklaren en verduidelijken.³⁷⁷ De onderhandelingen voor het EUSFTA werden afgerond door de Commissie op 17 oktober 2014 en anders dan eerdere FTA's bevat het EUSFTA belangrijke innovaties op het gebied van DBI, dit in de vorm van betere beschermingsregels.³⁷⁸ Men stelt zich zoals gezegd de vraag wie bevoegd is om deze bepalingen goed te keuren: enkel de Unie of ook de lidstaten?³⁷⁹ Het laatste zou betekenen dat elk van de lidstaten het individueel moet ratificeren.³⁸⁰ De Raad leest, in tegenstelling tot de

Court of Justice End the Controversy?", *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 267; R. QUICK, "Why TTIP Should Have an Investment Chapter Including ISDS", *Journal of World Trade* 2015, (199) 203; G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia's veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 4.

³⁷⁶ D. KLEIMANN en G. KUBEK, "The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15", *EUI Working Papers* 2016, (1) 2; D. LEYS, "EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the European Court of Justice End the Controversy?", *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 267; G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia's veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 4.

³⁷⁷ D. LEYS, "EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the European Court of Justice End the Controversy?", *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 267.

³⁷⁸ S. GSTÖHL en D. HANF, "The EU's Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context", *European Law Journal* 2014, (733) 733; D. LEYS, "EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the European Court of Justice End the Controversy?", *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 267.

³⁷⁹ T. DOLLE en B. G. SIMOES, "Mixed Feelings about "Mixed Agreements" and CETA's Provisional Application", *EJRR* 2016, (617) 621; D. LEYS, "EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the European Court of Justice End the Controversy?", *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 267; G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia's veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 4.

³⁸⁰ M. BURGSTALLER, "The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States" in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL en S. HINDELANG (eds.), *European Yearbook of International Law*, Berlijn, Springer, 2011, (55) 66; B. HOOPS, "The Interpretation of Mixed Agreements in the EU after *Lesoochrandrske zoskupenie*", *Hanse Law Review* 2014, (3) 3-5; D. LEYS, "EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the European Court of Justice End the Controversy?", *Global Trade and Customs Journal* 2015, (267) 267; M.

Commissie, de exclusieve bevoegdheden van de Unie zeer strikt: ze stelt bijvoorbeeld in EUSFTA de bevoegdheden in vraag voor investeringen.³⁸¹ Er is een politieke reden te vinden achter de redenering van de Commissie: als een FTA volledig Unie-exclusief is kan er vermeden worden dat een lidstaat een handelsakkoord blokkeert omwille van niet-handelsgerelateerde redenen.³⁸²

2. Conclusie advocaat-generaal

INLEIDING – Op 21 december 2016 gaf SHARPSTON, advocaat-generaal van het Hof van Justitie, haar mening over Advies 2/15 in een conclusie waarin ze zowel de bevoegdheden van de Unie en de lidstaten als de afzonderlijke hoofdstukken van EUSFTA belicht.³⁸³ Ze volgt de argumentering van de Commissie maar wijst de stelling af dat de Unie exclusieve bevoegdheid heeft over alle materies gerelateerd aan investeringen in het vrijhandelsakkoord.³⁸⁴

DEFINITIE DBI EN OMVANG BEVOEGDHEID - De advocaat-generaal (hierna: AG) hanteert de definitie van DBI zoals die voorkomt in de rechtspraak van het Hof, en de definities van OESO en IMF zoals *supra* besproken. DBI moet aldus worden verstaan als een investering die tot doel heeft een langdurige relatie te creëren tussen de investeerder en de geviseerde onderneming in de vorm van een effectieve en duurzame deelname.³⁸⁵ Ook zij stelt een minimumpercentage van 10 procent van de stemrechten voor als een voldoende hoge deelname. De AG volgt de Commissie en stelt in overweging 325 dat DBI ook materies inhoudt na toetreding tot de markt. De Daiichi Sankyo-test toepassend, concludeert ze dat de gemeenschappelijke handelspolitiek de bescherming van DBI omvat voor zover de beschikbaarheid van die bescherming een directe en onmiddellijke invloed heeft op het uitvoeren van zulke investeringen.³⁸⁶ Het reguleren van de fase na toetreding mag niet worden uitgesloten omdat op die manier de efficiëntie van regels betreffende markttoegang kan worden ondermijnd.³⁸⁷

RHINARD en M. KAEDING, “The International Bargaining Power of the European Union in ‘Mixed’ Competence Negotiations: The Case of the 2000 Cartagena Protocol on Biosafety”, *JCMS* 2006, (1023) 1044.

³⁸¹ G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia’s veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 4.

³⁸² G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia’s veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 4.

³⁸³ Concl. advocaat-generaal, Verzoek om advies krachtens artikel 218, lid 11, VWEU, ingediend door de Europese Commissie, 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:992.

³⁸⁴ *Ibid.* overwegingen 535 en 562.

³⁸⁵ *Ibid.* overweging 322.

³⁸⁶ Concl. advocaat-generaal, Verzoek om advies krachtens artikel 218, lid 11, VWEU, ingediend door de Europese Commissie, 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:992, overwegingen 323 – 336.

³⁸⁷ *Ibid.*

PORTEFEUILLEBELEGGINGEN ONDER ART. 3, LID 2 VWEU? - In de conclusie werden de argumenten van de Commissie over portefeuillebeleggingen verworpen. De Commissie kwam met haar eigen interpretatie van art. 3, lid 2 VWEU en stelde niet dat deze beleggingen onder art. 207 VWEU vallen. Zoals *supra* reeds besproken codificeert art. 3, lid 2 VWEU de rechtspraak van het Hof over de impliciete exclusieve bevoegdheden van de Unie, en in het bijzonder de AETR-doctrine die zulke bevoegdheid vestigt als het sluiten van een overeenkomst gemeenschappelijke regels kan aantasten of de werkingssfeer daarvan kan wijzigen.³⁸⁸ In afwezigheid van zulke regels op het vlak van portefeuillebeleggingen stelde de Commissie dat de primaire verdragsregels over het vrij verkeer van kapitaal ook kunnen worden beschouwd als regels in de zin van art. 3, lid 2 VWEU.³⁸⁹

Deze interpretatie werd verworpen omdat dit zou kunnen leiden tot het creëren van exclusieve bevoegdheden van de Unie louter door het bestaan van verdragsbepalingen. De AG stelt dat dit artikel *aanvullende grond* is voor de exclusieve bevoegdheden andere dan degene vermeld in art. 3, lid 1 VWEU en dat de bevoegdheid moet voortvloeien uit een andere grond dan de verdragen op zich.³⁹⁰ Dit zou er nl. toe kunnen leiden dat de Unie met het sluiten van een internationale overeenkomst de basisverdragen kan veranderen.³⁹¹ Deze conclusie is niet acceptabel: het doel van art. 3, lid 2 VWEU kan niet bestaan uit de Unie de mogelijkheid te geven om regels van primair recht aan te passen of hun toepassingsgebied te veranderen. Primair recht kan nl. enkel worden gewijzigd d.m.v. de procedure zoals vervat in art. 48 VEU.³⁹²

³⁸⁸ J. BISCHOFF, “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, (1527) 1534; S. FINA en G. LENTNER, “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, (419) 424; S. HINDELANG en N. MAYDELL, “The EU’s Common Investment Policy – Connecting the Dots” in M. BUNGENBERG (ed.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, (1) 15; B. HOOPS, “The Interpretation of Mixed Agreements in the EU after *Lesoochrandrske zoskupenie*”, *Hanse Law Review* 2014, (3) 4; M. MERCKAERT, “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, (289) 301.

³⁸⁹ Concl. advocaat-generaal, Verzoek om advies krachtens artikel 218, lid 11, VWEU, ingediend door de Europese Commissie, 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:992, overweging 278; P. KOUTRAKOS, “The Relevance of EU Law for Arbitral Tribunals: (Not) Managing the Lingerin Tension”, *Journal of World Investment & Trade* 2016, (873) 887; D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 14.

³⁹⁰ Concl. advocaat-generaal, Verzoek om advies krachtens artikel 218, lid 11, VWEU, ingediend door de Europese Commissie, 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:992, overweging 353.

³⁹¹ *Ibid.* 354.

³⁹² Concl. advocaat-generaal, Verzoek om advies krachtens artikel 218, lid 11, VWEU, ingediend door de Europese Commissie, 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:992, overweging 354.

PORTEFEUILLEBELEGGINGEN: IMPLICIETE GEDEELDE BEVOEGDHEID - De AG accepteert het bestaan van impliciete gedeelde bevoegdheden tussen de Unie en lidstaten voor portefeuillebeleggingen op basis van het vrij verkeer van kapitaal.³⁹³ Ze baseerde haar bevinding op het feit dat dit nodig is om aan een van de doelstellingen van de Unieverdragen te voldoen.³⁹⁴ Ze vindt het niet nodig dat de Unie in staat is om secundaire wetgeving aan te nemen, maar acht het voldoende dat de kwestie onder het toepassingsgebied van het Unierecht valt, nl. artikel 63 VWEU. De leer van de impliciete bevoegdheden berust op de stelling dat de bevoegdheden ontleen aan een rechtsgrondslag, in die zin zou enkel artikel 352 VWEU, de flexibiliteitsclausule, een mogelijke wettelijke basis kunnen zijn.³⁹⁵

ENKEL LIDSTATEN MOGEN BIT'S BEËINDIGEN – De laatste kwestie die de AG adresseerde was de bevoegdheid van de Unie om vroegere investeringsovereenkomsten van de lidstaten met Singapore te beëindigen. De Commissie stelt dat ze deze bevoegdheid heeft op basis van de theorie van statenopvolging, volgens dewelke de Unie de verantwoordelijkheden van de lidstaten overneemt voor de door hen gesloten internationale overeenkomsten die nu volledig binnen haar exclusieve bevoegdheid vallen.³⁹⁶ De AG stelt dat *enkel* de lidstaten vroegere BIT's mogen beëindigen en dat bijgevolg EUSFTA een gemengde overeenkomst zou moeten zijn.³⁹⁷ Haar argument is gebaseerd op zowel Europees als internationaal recht. Volgens het Unierecht vereist art. 351 VWEU dat de betrokken lidstaten gebruik maken van alle passende middelen om vastgestelde onverenigbaarheden tussen overeenkomsten gesloten voor toetreding tot de Unie en het Unierecht op te heffen.³⁹⁸ In de conclusie wordt bevestigd dat de lidstaten partij blijven bij deze overeenkomsten en dus de verantwoordelijkheid dragen om deze onverenigbaarheden te verwijderen.³⁹⁹ In het internationaal recht kon SHARPSTON geen juridisch argument vinden dat zou suggereren dat de Unie automatisch partij wordt bij een internationale overeenkomst gesloten door een lidstaat.⁴⁰⁰

³⁹³ *Ibid.* overwegingen 363-370.

³⁹⁴ *Ibid.* overweging 369.

³⁹⁵ X, *The Power to Conclude the Eu's New Generation of Fta's: AG Sharpston in Opinion 2/15*, <http://europeanlawblog.eu/2017/01/10/the-power-to-conclude-the-eus-new-generation-of-ftas-ag-sharpston-in-opinion-215/> (consultatie 15 februari 2017).

³⁹⁶ *Ibid.* overweging 372.

³⁹⁷ *Ibid.* overweging 398.

³⁹⁸ T. COTTIER, "Towards a Common External Economic Policy of the European Union" in M. BUNGENBERG en C. HERRMANN (eds.), *Common Commercial Policy after Lisbon*, New York, Springer, 2013, (3) 10.

³⁹⁹ Concl. advocaat-generaal, Verzoek om advies krachtens artikel 218, lid 11, VWEU, ingediend door de Europese Commissie, 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:992, overwegingen 378 – 389.

⁴⁰⁰ *Ibid.* overwegingen 391 – 398.

INVLOED OP ADVIES 2/15 - Als de conclusie van de advocaat-generaal wordt gevolgd door het Hof zal de bevoegdheid om overeenkomsten te sluiten met betrekking tot investeringen gedeeld zijn tussen de Unie en de lidstaten, waardoor het een gemengde overeenkomst – met alle gevolgen *supra* besproken – zou worden.⁴⁰¹ Het Advies zal hoe dan ook aan de lidstaten en de Unie een leidraad geven bij toekomstige onderhandelingen en welke rol ze hierbij kunnen spelen.⁴⁰²

§4. Analyse CETA

1. Algemeen

CETA ALS GEMENGD VERDRAG? - Op 1 augustus 2014 werden de onderhandelingen, die ongeveer 5 jaar duurden, van een vrijhandelsakkoord tussen de Unie en Canada, CETA, afgerond.⁴⁰³ Dit akkoord geldt momenteel als het grootste FTA tot nog toe door de grootte van Canada en de eengemaakte markt van de Unie enerzijds en de werkingssfeer van de overeenkomst anderzijds.⁴⁰⁴ CETA is de eerste investeringsovereenkomst die werd onderhandeld door de Unie sinds ze onder art. 207 VWEU exclusieve bevoegdheid over DBI kreeg.⁴⁰⁵ De ondertekening, voorlopige toepassing en het afsluiten van CETA hebben echter tot een sterk politiek debat in de Unie en haar lidstaten geleid: men stelt zich de vraag of de Unie de bevoegdheid heeft om de overeenkomst af te sluiten als zijnde Unie-exclusief; d.i. enkel met medewerking van haar eigen instellingen.⁴⁰⁶ Een negatief antwoord op deze vraag impliceert

⁴⁰¹ A. COUVREUR, “New Generation Regional Agreements and the Precautionary Principle: Focus on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) Between Canada and the European Union”, *Asper Review* 2015, (265) 265; X, *The Power to Conclude the Eu’s New Generation of Fta’s: AG Sharpston in Opinion 2/15*, <http://europeanlawblog.eu/2017/01/10/the-power-to-conclude-the-eus-new-generation-of-ftas-ag-sharpston-in-opinion-215/> (consultatie 15 februari 2017).

⁴⁰² D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 25.

⁴⁰³ C. DEBLOCK en M. RIOUX, “From economic dialogue to CETA”, *International Journal* 2010-11, (39) 39; V. D’ERMAN, “Comparative Intergovernmental Politics: CETA Negotiations between Canada and the EU”, *Politics and Governance* 2016, (90) 92; D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 1; L. XING, “Surprise Under the Table: Inspirations from the Canada – EU CETA for Enhancing Global Agri-Environment by FTAs.”, *Asper Review* 2013, (211) 212.

⁴⁰⁴ V. D’ERMAN, “Comparative Intergovernmental Politics: CETA Negotiations between Canada and the EU”, *Politics and Governance* 2016, (90) 90; I. LAIRD en F. PETILLION, “Comprehensive Economic and Trade Agreement, ISDS and the Belgian Veto: A Warning of Failure for Future Trade Agreements with the EU?”, *Global Trade and Customs Journal* 2017, (167) 168.

⁴⁰⁵ D. NYER, “The Investment Chapter of the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement”, *Journal of International Arbitration* 2015, (697) 697.

⁴⁰⁶ D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 1; A. REINISCH, “Putting the Pieces Together ... an EU Model BIT”, *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (679) 683; M. RHINARD en M. KAEDING, “The International Bargaining Power of the European Union in

dat CETA als een gemengde overeenkomst zal worden beschouwd, wat in de praktijk de deelname van 38 nationale en regionale parlementen inhoudt.⁴⁰⁷

NA POLITIEKE DRUK GEMENGD - De Commissie heeft telkens onderstreept dat het vanuit juridisch perspectief CETA als een Unie-exclusieve overeenkomst beschouwt en van was plan – althans tot juli 2016 – om het in die vorm te tekenen en af te sluiten.⁴⁰⁸ Dit zou van CETA de eerste Unie-exclusieve overeenkomst hebben gemaakt. Dit plan van de Commissie werd echter in de Raad door de lidstaten sterk bekritiseerd: reeds in 2014 drong een meerderheid van nationale parlementen toenmalig EU-handelscommissaris DE GUCHT aan om Europese handels- en investeringsovereenkomsten als gemengd af te sluiten; dit uit vrees dat een Unie-exclusieve overeenkomst hun legitimiteit zou ondermijnen.⁴⁰⁹ Nog op 28 juni 2016 stelde JUNCKER dat de Commissie van mening was dat CETA zou moeten worden beschouwd als zijnde Unie-exclusief, al nuanceerde hij wel dat het merendeel van de ministers in de Raad het beschouwden als een gemengde overeenkomst.⁴¹⁰ Op 5 juli 2016 ging de Commissie overstag – dit door druk van de Raad op JUNCKER – en stelde het de ondertekening, voorwaardelijke toepassing, en het afsluiten van CETA voor als een gemengde overeenkomst.⁴¹¹

GEVOLGEN GEMENGD OVEREENKOMST: VETO WALLONIË – Op 14 oktober 2016, enkele maanden nadat CETA werd erkend als zijnde een gemengde overeenkomst, weigerde MAGNETTE, de minister-president van het Waals Gewest, om zijn toestemming te geven aan

‘Mixed’ Competence Negotiations: The Case of the 2000 Cartagena Protocol on Biosafety”, *JCMS* 2006, (1023) 1044.

⁴⁰⁷M. RHINARD en M. KAEDING, “The International Bargaining Power of the European Union in ‘Mixed’ Competence Negotiations: The Case of the 2000 Cartagena Protocol on Biosafety”, *JCMS* 2006, (1023) 1044; G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia’s veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 4.

⁴⁰⁸D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 1; I. LAIRD en F. PETILLION, “Comprehensive Economic and Trade Agreement, ISDS and the Belgian Veto: A Warning of Failure for Future Trade Agreements with the EU?”, *Global Trade and Customs Journal* 2017, (167) 171; J. LARIK, “No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy in Daiichi Sankyo and Commission v. Council (Conditional Access Convention)”, *Common Market Law Review* 2015, (779) 796.

⁴⁰⁹D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 1.

⁴¹⁰T. DOLLE en B. G. SIMOES, “Mixed Feelings about “Mixed Agreements” and CETA’s Provisional Application”, *EJRR* 2016, (617) 617 – 618.

⁴¹¹M. BURGSTALLER en A. ZAROWNA, “Possible Ramifications of the UK’s EU Referendum on Intra- and Extra-EU BITs”, *Journal of International Arbitration* 2016, (565) 572; T. DOLLE en B. G. SIMOES, “Mixed Feelings about “Mixed Agreements” and CETA’s Provisional Application”, *EJRR* 2016, (617) 617; D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 1; G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia’s veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 4; X, *European Commission proposes signature and conclusion of EU-Canada trade deal*, [http://europa.eu/rapid/press-release-\[P-16-2371\].en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release-[P-16-2371].en.htm) (consultatie 3 maart 2017).

de federale regering van België om de FTA te tekenen.⁴¹² Deze reactie was te verwachten: op 27 april 2016 stemde het parlement van het Waals Gewest voor een resolutie die vroeg aan de Waalse regering om niet de bevoegdheid te geven aan de federale regering om het verdrag te tekenen.⁴¹³ Deze saga legt een belangrijk pijnpunt bloot: door het gebruik van gemengde overeenkomsten kan een enkele regio een veto stellen en zo voor de gehele Unie een FTA tegenhouden.⁴¹⁴

Niet alleen Wallonië had bezwaren: Bulgarije en Roemenië dreigden om hun veto voor CETA te stellen zolang Canada de visumvoorwaarden voor haar burgers in stand hield.⁴¹⁵ Tsjechië had ook bezwaren over visavoorwaarden: deze werden opgeheven tijdens de laatste ronde CETA-gesprekken in 2013.⁴¹⁶ Nadat dit werd opgelost, bleef enkel het veto van Wallonië over als obstakel. Op 24 oktober stelde MICHEL, premier van België, dat hij niet bevoegd was om de overeenkomst te tekenen door de interne bevoegdheidsverdeling. Na een sterk debat over enkele dagen werd CETA uiteindelijk op 30 oktober ondertekend met toevoeging van een verklaring die een aantal bepalingen verder belicht en in wezen niets verandert aan de overeenkomst zelf.⁴¹⁷ In de verklaring is artikel B relevant: het stelt dat de voorlopige toepassing niet geldt voor verschillende bepalingen, in het bijzonder de bescherming van investeringen en beslechting van geschillen.⁴¹⁸ Verder staat er ook dat overeenkomstig art. 30.7 CETA elke partij het recht heeft de voorlopige toepassing te beëindigen.⁴¹⁹

⁴¹² D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, (1) 9; G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia’s veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 1.

⁴¹³ T. DOLLE en B. G. SIMOES, “Mixed Feelings about “Mixed Agreements” and CETA’s Provisional Application”, *EJRR* 2016, (617) 620.

⁴¹⁴ I. LAIRD en F. PETILLION, “Comprehensive Economic and Trade Agreement, ISDS and the Belgian Veto: A Warning of Failure for Future Trade Agreements with the EU?”, *Global Trade and Customs Journal* 2017, (167) 167; G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia’s veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 3.

⁴¹⁵ I. LAIRD en F. PETILLION, “Comprehensive Economic and Trade Agreement, ISDS and the Belgian Veto: A Warning of Failure for Future Trade Agreements with the EU?”, *Global Trade and Customs Journal* 2017, (167) 171; G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia’s veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 5.

⁴¹⁶ V. D’ERMAN, “Comparative Intergovernmental Politics: CETA Negotiations between Canada and the EU”, *Politics and Governance* 2016, (90) 96.

⁴¹⁷ I. LAIRD en F. PETILLION, “Comprehensive Economic and Trade Agreement, ISDS and the Belgian Veto: A Warning of Failure for Future Trade Agreements with the EU?”, *Global Trade and Customs Journal* 2017, (167) 172.

⁴¹⁸ Dit wordt *infra* verder besproken bij de analyse van de verdragstekst.

⁴¹⁹ Verklaring van het Koninkrijk België betreffende de voorwaarden inzake de volmachten van de federale staat en de deelstaten voor de ondertekening van CETA, 27 oktober 2016, pagina 2.

Wat de reden achter het veto ook moge zijn – in dit geval de geschillenbeslechting – het lijkt er sterk op dat dit een politieke zet was van MAGNETTE om zijn positie tegenover de extreem-linkse partijen en de andere landsdelen te versterken.⁴²⁰

2. Investerings in CETA: apart investeringshoofdstuk

INLEIDING: ZEER BREDE OVEREENKOMST - De rol van DBI en de verwachtingen hiervoor was sterk aanwezig tijdens de onderhandelingen van CETA tussen Canada en de Unie.⁴²¹ Het voornaamste doel van dit verdrag was het wegnemen of verzachten van barrières voor buitenlandse investeringen tussen de partijen.⁴²² Het stelt namelijk dat alle Europese investeerders in Canada en alle Canadese investeerders in de Unie gelijk zullen worden behandeld, met een verbod op restricties op markttoegang en prestatievereisten.⁴²³ Wanneer CETA in werking zal treden, zal het de bestaande BIT's tussen de lidstaten en Canada vervangen, dit op basis van het al ruim besproken artikel 207 VWEU.⁴²⁴

SECTIE A: DEFINITIES— In artikel 8.1 wordt “investering” als volgt gedefinieerd: het is elk soort activa dat een investeerder bezit of controleert, dit direct of indirect, die de karakteristieken heeft van een investering, wat een bepaalde duur en o.a. de verwachting van winst of verlies inhoudt.⁴²⁵ Het duurzaam karakter wordt onderstreept, al wordt in de brede definitie portefeuillebeleggingen niet uitgesloten, wat gevolgen zal hebben voor de bevoegdheidsverdeling.⁴²⁶ Een investeerder is een partij, een natuurlijke persoon of een

⁴²⁰ I. LAIRD en F. PETILLION, “Comprehensive Economic and Trade Agreement, ISDS and the Belgian Veto: A Warning of Failure for Future Trade Agreements with the EU?”, *Global Trade and Customs Journal* 2017, (167) 172 – 173.

⁴²¹ J. E. ANDERSON, M. LARCH en Y. YOTOV, “Trade Liberalization, Growth, and FDI: A Structural Estimation Framework, onuitg. verhandeling, <http://www.etsg.org/ETSG2016/Papers/052.pdf>, (1) 1.

⁴²² J. E. ANDERSON, M. LARCH en Y. YOTOV, “Trade Liberalization, Growth, and FDI: A Structural Estimation Framework, onuitg. verhandeling, <http://www.etsg.org/ETSG2016/Papers/052.pdf>, (1) 1. D. NEYER, “The Investment Chapter of the EU – Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement”, *Journal of International Arbitration* 2015, (697) 697.

⁴²³ D. NEYER, “The Investment Chapter of the EU – Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement”, *Journal of International Arbitration* 2015, (697) 699 – 700; A. SOVIK, *The European Union promoting environmental standards through trade: an analysis of the Comprehensive Economic and Trade Agreement between the European Union and Canada*, onuitg. masterproef KU Leuven 2016, 23.

⁴²⁴ D.-Y. PARK en Y. YOON, “Making Allowances for Carbon Emission Allowances in Investor-State Disputes: A Case Study of the Republic of Korea” in D.-Y. PARK (ed.), *Legal Issues on Climate Change and International Trade Law*, Londen, Springer, 2016, (133) 142.

⁴²⁵ G. M. LENTNER, “A Uniform European Investment Policy?: The Unwritten EU Model BIT”, *Journal of Law and Administrative Sciences* 2014, (156) 157; A. REINISCH, “Putting the Pieces Together ... An EU Model BIT?”, *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (679) 685.

⁴²⁶ G. M. LENTNER, “A Uniform European Investment Policy?: The Unwritten EU Model BIT”, *Journal of Law and Administrative Sciences* 2014, (156) 158; D. NEYER, “The Investment Chapter of the EU – Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement”, *Journal of International Arbitration* 2015, (697) 698; D.-Y. PARK en Y. YOON, “Making Allowances for Carbon Emission Allowances in Investor-State Disputes: A Case

onderneming van een partij, uitgezonderd filialen, dat wilt of al heeft geïnvesteerd in een andere verdragspartij.⁴²⁷ Een natuurlijke persoon dient de nationaliteit van een verdragspartij te hebben, maar kan ook d.m.v. een permanent verblijf in aanmerking komen.⁴²⁸ Het probleem van een natuurlijk persoon met een dubbele nationaliteit wordt als volgt opgelost: iemand die zowel de nationaliteit van Canada als een van de lidstaten van de Unie heeft zal enkel een natuurlijk persoon zijn van zijn of haar dominante en effectieve nationaliteit.⁴²⁹ Rechtspersonen dienen een substantiële activiteit te hebben, waardoor brievenbusvennootschappen niet onder de FTA vallen.⁴³⁰

Art. 8.1: *“Investment means every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk.*

Forms that an investment may take include:

- (a) an enterprise;*
- (b) shares, stocks and other forms of equity participation in an enterprise;*
- (c) bonds, debentures and other debt instruments of an enterprise;*
- (d) a loan to an enterprise;*
- (e) any other kind of interest in an enterprise;*
- (f) an interest arising from:*
 - (i) a concession conferred pursuant to the law of a Party or under a contract, including to search for, cultivate, extract or exploit natural resources,*
 - (ii) a turnkey, construction, production or revenue-sharing contract; or*
 - (iii) other similar contracts;*
- (g) intellectual property rights;*
- (h) other moveable property, tangible or intangible, or immovable property and related rights;*

Study of the Republic of Korea” in D.-Y. PARK (ed.), *Legal Issues on Climate Change and International Trade Law*, Londen, Springer, 2016, (133) 143.

⁴²⁷ Art. 8.1 CETA; M. BUNGENBERG, “The Scope of Application of EU (Model) Investment Agreements”, *The Journal of World Investment & Trade* 2015, (402) 406.

⁴²⁸ Art. 8.1 CETA; M. BUNGENBERG, “The Scope of Application of EU (Model) Investment Agreements”, *The Journal of World Investment & Trade* 2015, (402) 406.

⁴²⁹ M. BUNGENBERG, “The Scope of Application of EU (Model) Investment Agreements”, *The Journal of World Investment & Trade* 2015, (402) 407.

⁴³⁰ *Ibid.* 409.

*(i) claims to money or claims to performance under a contract*⁴³¹

SECTIE B: HET VESTIGEN VAN INVESTERINGEN – Sectie B handelt over het vestigen van investeringen en duidt de nadruk op investeringsliberalisering aan: het omvat enerzijds een bepaling die de mogelijkheid van de partijen om de markttoegang van investeerders te beperken limiteert en anderzijds een bepaling die prestatie-eisen – *performance requirements* in de originele tekst – verbiedt.⁴³²

Art. 8.4, lid 1: *“A Party shall not adopt or maintain with respect to market access through establishment by an investor of the other Party, on the basis of its entire territory or on the basis of the territory of a national, provincial, territorial, regional or local level of government, a measure that: (a) imposes limitations (...) or (b) restricts or requires specific types of legal entity or joint venture through which an enterprise may carry out an economic activity.”*

Art. 8.5, lid 1: *“A Party shall not impose, or enforce the following requirements, or enforce a commitment or undertaking, in connection with the establishment, acquisition, expansion, conduct, operation, and management of any investments in its territory to: (a) export a given level or percentage of a good or service; (b) achieve a given level or percentage of domestic content; (...) or (g) supply exclusively from the territory of the Party a good produced or a service provided by the investment to a specific regional or world market.”*

SECTIE C: NATIONALE BEHANDELING EN MEESTBEGUNSTIGINGSCLAUSULE - Sectie C omvat twee bepalingen die typisch aanwezig zijn in brede FTA's: nl. het principe van nationale behandeling en een meestbegunstigingsclausule.⁴³³ Het beginsel van nationale behandeling

⁴³¹ Verder in art. 8.1 worden de vormen van investeringen beter belicht door middel van een niet-exhaustieve lijst: G. M. LENTNER, “A Uniform European Investment Policy?: The Unwritten EU Model BIT”, *Journal of Law and Administrative Sciences* 2014, (156) 157; A. REINISCH, “Putting the Pieces Together ... An EU Model BIT?”, *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (679) 685.

⁴³² Art. 8.4: geen beperkingen op markttoegang en art. 8.5: geen prestatie-eisen; N. CAMPBELL, J. O'HARA en T. CULLEN, “The Impact of New Transatlantic Trade Agreements on Commercial and Investment Transactions”, *Business Law International* 2015, (185) 189; G. M. LENTNER, “A Uniform European Investment Policy?: The Unwritten EU Model BIT”, *Journal of Law and Administrative Sciences* 2014, (156) 158 - 159; A. REINISCH, “Putting the Pieces Together ... An EU Model BIT?”, *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (679) 689; S.W. SCHILL en H. L. BRAY, “The Brave New (American) World of International Investment Law: Substantive Investment Protection Standards in Mega-Regionals”, *British Journal of American Legal Studies* 2016, (419) 426 – 427.

⁴³³ N. CAMPBELL, J. O'HARA en T. CULLEN, “The Impact of New Transatlantic Trade Agreements on Commercial and Investment Transactions”, *Business Law International* 2015, (185) 202; G. M. LENTNER, “A

houdt volgens art. 8.6, lid 1 in dat elke partij een investeerder van een andere verdragspartij niet slechter zal behandelen dan haar eigen investeerders. Uit de onderstaande artikeltekst blijkt dat CETA de werkingssfeer van de nationale behandeling uitbreidt naar het vestigen, overnemen en uitbreiden van investeringen om de toegang tot de markt te waarborgen, m.a.w. naar de fase voor het daadwerkelijk investeren.⁴³⁴ Het volgende artikel omvat de meestbegunstigingsclausule en stelt dat elke partij dezelfde behandeling moet bieden aan investeerders die ze al biedt aan partijen uit derde landen.⁴³⁵

Art. 8.6, lid 1: “*Each Party shall accord to an investor of the other Party and to a covered investment, treatment no less favourable than the treatment it accords, in like situations to its own investors and to their investments with respect to the establishment, acquisition, expansion, conduct, operation, management, maintenance, use, enjoyment and sale or disposal of their investments in its territory.*”

Art. 8.7, lid 1: “*Each Party shall accord to an investor of the other Party and to a covered investment, treatment no less favourable than the treatment it accords in like situations, to investors of a third country (...).*”

SECTIE D: BESCHERMING VAN INVESTERING – Onteigening kent in de FTA een standaardbehandeling: er dient een vergoeding betaald te worden bij onteigening, wat enkel mogelijk zal zijn na een behoorlijke procesvoering, op een niet-discriminatoire wijze en voor een publiek doel.⁴³⁶ Bijlage 8-A licht deze bepaling toe en stelt dat er slechts sprake is van indirecte onteigening na een beoordeling *in concreto*, die de economische impact van de maatregel in acht neemt. Er moet wel genuanceerd worden: een maatregel die louter

Uniform European Investment Policy?: The Unwritten EU Model BIT”, *Journal of Law and Administrative Sciences* 2014, (156) 160; A. REINISCH, “Putting the Pieces Together ... An EU Model BIT?”, *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (679) 682.

⁴³⁴ G. M. LENTNER, “A Uniform European Investment Policy?: The Unwritten EU Model BIT”, *Journal of Law and Administrative Sciences* 2014, (156) 160; A. REINISCH, “Putting the Pieces Together ... An EU Model BIT?”, *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (679) 689.

⁴³⁵ Art. 8.7, lid 1 CETA.

⁴³⁶ N. CAMPBELL, J. O’HARA en T. CULLEN, “The Impact of New Transatlantic Trade Agreements on Commercial and Investment Transactions”, *Business Law International* 2015, (185) 203; G. M. LENTNER, “A Uniform European Investment Policy?: The Unwritten EU Model BIT”, *Journal of Law and Administrative Sciences* 2014, (156) 159; A. REINISCH, “Putting the Pieces Together ... An EU Model BIT?”, *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (679) 690, S. W. SCHILL en H. L. BRAY, “The Brave New (American) World of International Investment Law: Substantive Investment Protection Standards in Mega-Regionals”, *British Journal of American Legal Studies* 2016, (419) 435.

economische schade toebrengt aan een investering houdt niet automatisch in dat er sprake is van indirecte onteigening.⁴³⁷

Art. 8.12, lid 1: “A Party shall not nationalise or expropriate a covered investment either directly, or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalisation or expropriation (“expropriation”), except: (a) for a public purpose; (b) under due process of law; (c) in a non-discriminatory manner; and (d) on payment of prompt, adequate and effective compensation.”⁴³⁸

SECTIE F: GESCHILLENBESLECHTING – CETA scheidt een onafhankelijk systeem van geschillenbeslechting met een permanent tribunaal en een tribunaal voor beroepsprocedures, wat volgens de Commissie op een “*transparante en onpartijdige wijze*” zal gebeuren.⁴³⁹ In sectie F van het investeringshoofdstuk wordt dit verder belicht voor geschillen omtrent investeringen: een investeerder van een partij kan naar het tribunaal gaan wanneer de tegenpartij heeft verzuimd aan een verplichting onder sectie C en sectie D, dit in het laatste geval wanneer er schade is.⁴⁴⁰ Er mag echter geen procedure aanhangig worden gemaakt als de investering werd gemaakt d.m.v. frauduleuze praktijken.⁴⁴¹

Als we kijken naar de drie elementen van het Uniemodel van ISDS vinden we in eerste instantie significante, maar onafgewerkte, verbeteringen op vlak van judiciële onafhankelijkheid.⁴⁴² Art. 8.27 stelt nl. dat de leden van het tribunaal hun expertise in publiek internationaal recht moeten aantonen en zullen worden verkozen voor een eenmalig hernieuwbare termijn van 5 jaar.⁴⁴³ Lid 7 verduidelijkt dat de leden worden verdeeld over de zaken op basis van een rotatiesysteem, wat zorgt voor een gelijke behandeling voor alle leden en de nodige onvoorspelbaarheid in de

⁴³⁷ Bijlage 8 - A CETA; G. M. LENTNER, “A Uniform European Investment Policy?: The Unwritten EU Model BIT”, *Journal of Law and Administrative Sciences* 2014, (156) 159.

⁴³⁸ N. CAMPBELL, J. O’HARA en T. CULLEN, “The Impact of New Transatlantic Trade Agreements on Commercial and Investment Transactions”, *Business Law International* 2015, (185) 203.

⁴³⁹ Med. (Comm.), Investment provisions in the EU-Canada free trade agreement (CETA), 29 februari 2016, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf; I. LAIRD en F. PETILLION, “Comprehensive Economic and Trade Agreement, ISDS and the Belgian veto: A Warning of Failure for Future Trade Agreements with the EU?”, *Global Trade & Customs Journal* 2017, (167) 167; A. REINISCH en L. STIFTER, “European Investment Policy and ISDS”, *ELTE Law Journal* 2015, (11) 11.

⁴⁴⁰ Art. 8.18 CETA.

⁴⁴¹ Art. 8.18, lid 3: frauduleuze praktijken wordt omschreven als volgt: “if the investment has been made through fraudulent misrepresentation, concealment, corruption, or conduct amounting to an abuse of process.”; A. REINISCH en L. STIFTER, “European Investment Policy and ISDS”, *ELTE Law Journal* 2015, (11) 13.

⁴⁴² G. VAN HARTEN, “The European Union’s Emerging Approach to ISDS: a Review of the Canada-EU CETA, Europe-Singapore FTA, and European-Vietnam”, *University of Bologna Law Review* 2016, (138) 142.

⁴⁴³ Art. 8.27, lid 4 en 5.

verdeling.⁴⁴⁴ Art. 8.30 stelt dat de leden van geen enkele overheid of organisatie instructies mogen opvolgen en geen raadsheer of getuige mogen zijn in elk aanhangend of nieuw dispuut onder CETA of elke andere internationale overeenkomst.⁴⁴⁵

Hoewel in het voorstel van 12 november 2015 over het investeringshoofdstuk van TTIP in artikel 23 een recht van interventie voor elke partij met een belang in de procedure werd toegevoegd, wordt procedurele eerlijkheid niet aangehaald in CETA.⁴⁴⁶ Het evenwicht tussen rechten en verplichtingen van buitenlandse investeerders wordt eveneens niet behandeld.⁴⁴⁷ CETA is, net als het EUSFTA, wel sterk uitgewerkt op het vlak van het recht op een eerlijke behandeling⁴⁴⁸ voor buitenlandse investeerders in o.a. artikel 8.10.⁴⁴⁹ Lid 1 stelt dat elke partij er op zal toezien dat investeerders van de andere verdragspartij en hun investeringen een eerlijke behandeling en bescherming zullen krijgen. Het volgende lid verduidelijkt dat dit recht o.a. wordt geschonden als er arbitrair wordt besloten, er geen toegang is tot straf-, burgerlijke- en administratieve procedures en als er geen behoorlijke procesvoering is.⁴⁵⁰

Art. 8.10, lid 1: *“Each Party shall accord in its territory to covered investments of the other Party and to investors with respect to their covered investments fair and equitable treatment and full protection and security in accordance with paragraphs 2 through 7.”*

⁴⁴⁴ Art. 8.27, lid 7; G. VAN HARTEN, “The European Union’s Emerging Approach to ISDS: a Review of the Canada-EU CETA, Europe-Singapore FTA, and European-Vietnam”, *University of Bologna Law Review* 2016, (138) 142.

⁴⁴⁵ Art. 8.30, lid 1; A. REINISCH, “Putting the Pieces Together ... An EU Model BIT?”, *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (679) 703; G. VAN HARTEN, “The European Union’s Emerging Approach to ISDS: a Review of the Canada-EU CETA, Europe-Singapore FTA, and European-Vietnam”, *University of Bologna Law Review* 2016, (138) 143 – 144.

⁴⁴⁶ Voorstel (Comm.), Trade in services, investment and e-commerce chapter II – Investment, 12 november 2015, artikel 23; G. VAN HARTEN, “The European Union’s Emerging Approach to ISDS: a Review of the Canada-EU CETA, Europe-Singapore FTA, and European-Vietnam”, *University of Bologna Law Review* 2016, (138) 143 – 147.

⁴⁴⁷ A. REINISCH en L. STIFTER, “European Investment Policy and ISDS”, *ELTE Law Journal* 2015, (11) 19; G. VAN HARTEN, “The European Union’s Emerging Approach to ISDS: a Review of the Canada-EU CETA, Europe-Singapore FTA, and European-Vietnam”, *University of Bologna Law Review* 2016, (138) 142.

⁴⁴⁸ “Fair and equitable treatment” in de originele tekst.

⁴⁴⁹ G. M. LENTNER, “A Uniform European Investment Policy?: The Unwritten EU Model BIT”, *Journal of Law and Administrative Sciences* 2014, (156) 159; A. REINISCH, “Putting the Pieces Together ... An EU Model BIT?”, *The Journal of World Investment & Trade* 2014, (679) 691; G. VAN HARTEN, “The European Union’s Emerging Approach to ISDS: a Review of the Canada-EU CETA, Europe-Singapore FTA, and European-Vietnam”, *University of Bologna Law Review* 2016, (138) 142.

⁴⁵⁰ Art. 8.10, lid 2 CETA; N. CAMPBELL, J. O’HARA en T. CULLEN, “The Impact of New Transatlantic Trade Agreements on Commercial and Investment Transactions”, *Business Law International* 2015, (185) 206; R. QUICK, “Why TTIP Should Have an Investment Chapter Including ISDS”, *Journal of World Trade* 2015, (199) 207.

Art. 8.18, lid 1: “Without prejudice to the rights and obligations of the Parties under Chapter Twenty-Nine (Dispute Settlement), an investor of a Party may submit to the Tribunal constituted under this Section a claim that the other Party has breached an obligation under: (a) Section C, with respect to the expansion, conduct, operation, management, maintenance, use, enjoyment and sale or disposal of its covered investment, or (b) Section D, where the investor claims to have suffered loss or damage as a result of the alleged breach.”

VOORLOPIGE TOEPASSING - Art. 30.7 handelt over de inwerkingtreding van CETA: lid 1 stelt dat het verdrag zal worden ondertekend en besloten overeenkomstig de interne procedures van de lidstaten en lid 3 geeft de voorwaarden waaraan een partij dient te voldoen indien ze een bepaling niet voorlopig willen toepassen.⁴⁵¹ Op 28 oktober 2016 nam de Raad een besluit betreffende de voorlopige toepassing van CETA, waarin wordt verduidelijkt welke bepalingen onder deze toepassing vallen. Art. 1 sluit sectie D over investeringsbescherming, portefeuillebeleggingen en de geschillenbeslechting hiervan uit.⁴⁵² Niet toevallig de meest bediscussieerde elementen van de FTA zullen m.a.w. pas na inwerkingtreding kunnen worden toegepast.

3. Conclusie

LIBERALISERING EN AANTAL GEMENGDE ELEMENTEN – Uit de bepalingen in het investeringshoofdstuk blijkt duidelijk dat er wordt ingezet op het liberaliseren en beschermen van investeringen in sectie C en D. Verder zijn er stappen gezet om ISDS transparanter en betrouwbaarder te maken. Een belangrijke vraag die vervolgens moet worden gesteld is de volgende: wie is bevoegd voor de besproken artikels? In 2014 stelde MAYER, die op vraag van de Duitse minister van Economie en Energie een advies schreef over CETA, dat hoewel een aantal elementen van de FTA onder de impliciete bevoegdheden van de Unie vallen dit niet

⁴⁵¹ N. CAMPBELL, J. O’HARA en T. CULLEN, “The Impact of New Transatlantic Trade Agreements on Commercial and Investment Transactions”, *Business Law International* 2015, (185) 192. N. CAMPBELL, J. O’HARA en T. CULLEN, “The Impact of New Transatlantic Trade Agreements on Commercial and Investment Transactions”, *Business Law International* 2015, (185) 203; D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016,

⁴⁵¹ D. KLEIMANN en G. KUBEK, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016,

⁴⁵² B. Raad nr. (EU) 2017/38, 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.L.* 14 januari 2017, afl. 11, 1080.

noodzakelijk betekent dat het een Unie-exclusieve overeenkomst is.⁴⁵³ Hij vindt in het investeringshoofdstuk een aantal bepalingen waarvoor de lidstaten ook bevoegd zijn.⁴⁵⁴ Zo vallen portefeuillebeleggingen niet onder art. 207 VWEU, en is deze investeringsvorm hoogstens gemengd.

Verder merkt MAYER op dat de bepalingen inzake onteigening⁴⁵⁵, het beëindigen van eerdere BIT's van de lidstaten⁴⁵⁶ en de geschillenbeslechting⁴⁵⁷ niet onder de exclusieve bevoegdheden vallen.⁴⁵⁸ De auteurs DOLLE en SIMOES merken op dat buiten het investeringshoofdstuk ook bepalingen te vinden zijn waarvoor de Unie niet alleen wetgevende handelingen kan stellen: nl. zo vallen de “*good manufacturing practices*” voor de farmaceutische industrie zoals beschreven in een protocol bij CETA onder de lidstaat-exclusieve bevoegdheden zoals omvat in artikel 168 VWEU.⁴⁵⁹ In het advies wordt uiteindelijk gesteld dat de deelname van de lidstaten noodzakelijk is bij het sluiten van de FTA.⁴⁶⁰ Dit betekent dat de uiteindelijke gemengde vorm van CETA noodzakelijk was voor het goed uitvoeren van de bepalingen en het in stand houden van de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en lidstaten.

4. Problematiek gemengde overeenkomsten: suggesties in de rechtsleer

PROBLEEM - Het relaas van CETA illustreert duidelijk welke gevolgen gemengde overeenkomsten met zich meebrengen. Zo was Wallonië – heel even althans – in staat om een overeenkomst tegen te houden waarover al jarenlang werd onderhandeld. De Unie kan deze complicatie omzeilen door de exclusieve delen van het akkoord voorwaardelijk uit te voeren, maar dit is geen goede optie als een lidstaat weigert te ratificeren.⁴⁶¹ VAN DER LOO en PELKMANS stellen de problematiek voor als volgt: door zulke tactieken te gebruiken ondermijnen de lidstaten de gemeenschappelijke handelspolitiek, wat een van de belangrijkste verwezenlijkingen is van de Unie.⁴⁶²

⁴⁵³ T. DOLLE en B. G. SIMOES, “Mixed Feelings about «Mixed Agreements» and CETA’s Provisional Application”, *The European Journal of Risk Regulation* 2016, (617) 617.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ Art. 8.12 CETA.

⁴⁵⁶ Art. 30.8 CETA, de BIT's die worden beëindigd zijn opgelijst in Bijlage 30-A.

⁴⁵⁷ Art. 8.18 e.v. CETA.

⁴⁵⁸ T. DOLLE en B. G. SIMOES, “Mixed Feelings about «Mixed Agreements» and CETA’s Provisional Application”, *The European Journal of Risk Regulation* 2016, (617) 617.

⁴⁵⁹ *Ibid.* 619.

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia’s veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 5.

⁴⁶² *Ibid.*

OPLOSSING - Er zijn een aantal mogelijkheden om het tij te keren. Zo kan de Unie gemengde overeenkomsten mijden en terugkeren naar de meer gelimiteerde FTA's die volledig onder de exclusieve bevoegdheid van de GHP vallen.⁴⁶³ Dit zou echter niet tegemoetkomen aan de eisen van globalisatie; een "simpel" verdrag is niet voldoende om de brede handelsagenda van de Unie in te vullen. Indien het Hof van Justitie in Advies 2/15 oordeelt dat EUFSTA een Unie-exclusieve overeenkomst is, is de deur misschien open om meer verdragen zonder de lidstaten te sluiten. Het is natuurlijk mogelijk dat de lidstaten tijdens onderhandelingen erop toe zien dat er lidstaat-exclusieve bevoegdheden in een FTA worden ingevoegd, wat het weer gemengd zou maken.⁴⁶⁴ SHAN en ZHANG zien het anders: het is ook mogelijk de bevoegdheid onder art. 207 VWEU uit te breiden naar de elementen die er nu niet onder vallen. Indien dit niet gebeurt zullen er volgens hun sterke barrières overblijven bij het onderhandelen van FTA's met een investeringsluik.⁴⁶⁵ Ze opperen dat het mogelijk is voor de Unie om op intern vlak maatregelen te nemen en door middel van het parallelisme-principe toch nog exclusieve bevoegdheid te verkrijgen, zoals bevestigd in Advies 2/92.⁴⁶⁶

KLEIMAN en KUBEK wijzen erop dat de doelstellingen van Europa 2020 een sterk democratisch bestuur vereisen bij de externe handelsbetrekkingen. Waar vroeger – voor het Verdrag van Lissabon – nationale parlementen achteloos gemengde overeenkomsten sloten, heeft CETA aangetoond dat er een sterke vraag is naar meer betrokkenheid en wordt er meer gebruikt gemaakt van hun rol in de besluitvorming.⁴⁶⁷ Ze stellen dat de nationale parlementen en het Europees Parlement het vertrouwen in de Commissie moet herstellen, waardoor ze ongehinderd kan optreden in naam van de Raad en het Parlement.⁴⁶⁸

VAN DER LOO en WESSEL geven 4 mogelijke oplossingen: (1) de handtekening tenietdoen, (2) voorzien in *opt-outs*, (3) het gebruik van verklaringen zoals bij CETA en (4) het nemen van een beslissing met de kwalificatie van internationale overeenkomst door de staatshoofden van

⁴⁶³ G. VAN DER LOO en J. PELKMANS, *Does Wallonia's veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2016, 5.

⁴⁶⁴ *Ibid.*

⁴⁶⁵ W. SHAN en S. ZHANG, "The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy", *The European Journal of International Law* 2011, (1049) 1071.

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ D. KLEIMANN en G. KUBEK, "The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15", *EUI Working Papers* 2016, (1) 26.

⁴⁶⁸ D. KLEIMANN en G. KUBEK, "The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU The Case of CETA and Opinion 2/15", *EUI Working Papers* 2016, (1) 26.

de lidstaten in de Raad.⁴⁶⁹ De eerste optie is echter niet mogelijk als de inwerkingtreding afhankelijk is van alle verdragspartijen. Bij de derde optie moet ook opgemerkt worden dat een verklaring op zich niets verandert aan de tekst van de overeenkomst, het verduidelijkt enkel bepaalde elementen.⁴⁷⁰ De laatste optie doet een aantal juridische problemen rijzen: zijn de staatshoofden nl. wel bevoegd om een internationale overeenkomst te sluiten in een gebied dat onder het Unierecht valt?⁴⁷¹

⁴⁶⁹ G. VAN DER LOO en R. A. WESSEL, “The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions”, *Common Market Law Review* 2017, (1) 22 – 25.

⁴⁷⁰ I. LAIRD en F. PETILLION, “Comprehensive Economic and Trade Agreement, ISDS and the Belgian Veto: A Warning of Failure for Future Trade Agreements with the EU?”, *Global Trade and Customs Journal* 2017, (167) 172; G. VAN DER LOO en R. A. WESSEL, “The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions”, *Common Market Law Review* 2017, (1) 24; G. VAN HARTEN, “The EU-Canada Joint Interpretive Declaration/Instrument in the CETA”, *Legal Studies Research Paper Series* 2017, (1) 8.

⁴⁷¹ F. HOFFMEISTER, “The European Union’s common commercial policy a year after Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 95; I. SMYTH, I., “EU external action after the entry into Force of the Lisbon Treaty: Coherence at last?” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 59 – 66; G. VAN DER LOO en R. A. WESSEL, “The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions”, *Common Market Law Review* 2017, (1) 25.

Conclusie

§1. Antwoord op onderzoeksvragen

1. Subvragen

DEFINITIE DBI EN HOE GEREGULEERD? – Art. 207, lid 1 VWEU is de basisbepaling voor directe buitenlandse investeringen, waarin echter geen definitie te vinden is, waardoor moet gekeken worden naar andere bronnen. De definitie zoals gehanteerd door het Hof van Justitie komt overeen met deze van het IMF en OESO: het vereist een investering met als doel het verkrijgen van een duurzaam belang door een ingezetene in een economie in een entiteit die zich bevindt in een andere economie dan die van de investeerder. Het duurzaam belang impliceert het bestaan van een lange-termijnrelatie tussen de directe investeerder en de onderneming en een aanzienlijke mate van invloed op het beheer van de onderneming. Portefeuillebeleggingen horen hier niet onder: ze ontbreken nl. aan duurzaamheid. Aangezien de Unie exclusief bevoegd is voor DBI, kan dit problemen opleveren bij het onderhandelen van FTA's, deze bevatten immers vaak ook regelgeving over de investeringen *sensu lato*, waaronder ook portefeuillebeleggingen horen.

INHOUD EN DRAAGWIJDTE BEPALINGEN DIE RAKEN AAN DBI – Uit het onderzoek van de Unieverdragen bleek dat naast de hoofdbepaling – art. 207 VWEU – ook andere bepalingen raken aan DBI. Zo werd er aandacht besteed aan de beslissingsprocedure zoals omvat in art. 218 VWEU, waar het Parlement een grotere rol heeft gekregen. Het Parlement moet nu volgens art. 218, lid 6 VWEU haar goedkeuring geven aan alle FTA's voor de ratificatie door de Raad kan plaatsvinden. Voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon werd het Parlement enkel geïnformeerd via de interinstitutionele praktijk. Dit zorgt voor een sterkere democratische controle bij het teweegbrengen van investeringsovereenkomsten.

Artikel 345 VWEU stelt dat de Unieverdragen de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet laat. Het artikel betreft echter niet de vaststelling van de voorwaarden waaronder een onteigening zou kunnen plaatsvinden – de lidstaten mogen enkel beslissen of en wanneer er zal onteigend worden; bij BIT's zien we dat net deze voorwaarden vaak een substantieel onderdeel uitmaken van de overeenkomst. De voorwaarden tot onteigening vallen bijgevolg niet onder art. 345 VWEU maar onder de werkingssfeer van art. 207 VWEU.

Artt. 49 en 63 VWEU raken ook aan DBI, onder art. 207, lid 6 VWEU bleek dat er een wisselwerking is tussen de gedeelde bevoegdheden voor de interne markt enerzijds en de

bevoegdheden voor de Unie voor de gemeenschappelijke handelspolitiek anderzijds. Hoe ver art. 207, lid 6 reikt is nog onduidelijk, het is wel zeker dat de Unie door het gebruiken van haar bevoegdheden niet mag raken aan de interne bevoegdheidsverdeling zoals vervat in de Unieverdragen.

EFFECT BEVOEGDHEIDSVERDELING OP FTA'S – Art. 216 VWEU geeft aan de Unie de mogelijkheid om internationale overeenkomsten te sluiten die zowel haar instituten als de lidstaten binden. Het type van overeenkomsten waar de Unie partij kan zijn kunnen onder haar exclusieve bevoegdheden vallen, maar in een internationale overeenkomst kan er sprake zijn van zowel nationale als Europese bevoegdheden. De analyse van de vigerende BIT's en de onderhandelde FTA's – met een sterke rol voor CETA – toonde aan dat er ondanks de nieuwe bevoegdheid voor de Unie er een aantal gemengde elementen te vinden zijn in de huidige verdragen. Zo omvat CETA bijvoorbeeld ook portefeuillebeleggingen in haar definitie van investeringen. Als hierdoor de verdragen als gemengd moeten worden afgesloten, hebben de lidstaten een sterke rol in de procedure en moeten hun nationale parlementen het verdrag ratificeren. Dit leidt echter tot politieke debatten: zo weigerde Wallonië CETA te ondertekenen eer ze verduidelijking kreeg over een aantal elementen.

2. Hoofdvraag

IMPACT VAN HET UNIERECHT OP DBI – Uit het onderzoek is gebleken dat hoewel DBI sinds het Verdrag van Lissabon onder de gemeenschappelijke handelspolitiek vallen, er nog onduidelijkheden overblijven over de draagwijdte en betekenis van art. 207 VWEU. Dit heeft tot gevolg dat hoewel de Unie aanzienlijke delen van een FTA kan besluiten, er geen sprake is van een eengemaakte stem op vlak van het investeringsbeleid. Waar vroeger – voor het Verdrag van Lissabon – nationale parlementen achteloos gemengde overeenkomsten sloten, heeft CETA aangetoond dat er een sterke vraag is naar meer betrokkenheid en wordt er meer gebruikt gemaakt van hun rol in de besluitvorming. De exclusiviteit voor DBI is een stap in de goede richting, maar het is duidelijk dat er in de toekomst een aantal zaken uitgeklaard dienen te worden, wat Advies 2/15 al zou kunnen bewerkstellingen.

§2. Resterende vraagstukken

VRAGEN VOOR DE TOEKOMST - In de rechtsleer werden een aantal oplossingen gesuggereerd die de problematiek van gemengde overeenkomsten behandelen. Mijns inziens is een bijkomende optie het sluiten van verschillende overeenkomsten naargelang de

bevoegdheidsverdeling: zo zou een FTA kunnen opgesplitst worden in een Unie-exclusief, gedeeld en lidstaten-exclusief verdrag. Dit zou echter bij betwiste bepalingen, waar niet duidelijk is onder welke bevoegdheid het valt, nog problemen kunnen opleveren. Hoe dan ook, voorlopig is het wachten op Advies 2/15, waar het Hof van Justitie uitspraak zal doen over de FTA tussen de Unie en Singapore en haar “gemengdheid”. Als de conclusie van SHARPSTON wordt gevolgd, zal het verdrag gemengd worden afsloten en zal mogelijk de ratificatie vertraagd worden. Men kan zich de vraag stellen of dit wenselijk is: als een aantal landen of regio’s in staat zijn om door middel van hun bevoegdheden een FTA te vertragen kunnen we moeilijk spreken van een echt investeringsbeleid.

VERDER ONDERZOEK – Hoewel deze masterproef een – summiere – bespreking bevat over de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en haar lidstaten, kan verder onderzoek deze precaire balans beter uitspitten. Zo zijn er nog vragen over de draagwijdte van art. 207, lid 6 VWEU die niet helemaal worden aangekaart in de conclusie van SHARPSTON voor Advies 2/15. Ook kan er nog grondiger worden gekeken naar de onderhandelingen van FTA’s en hun bepalingen: hoewel er een analyse is van CETA, handelt deze enkel over investering en niet over andere – niet-investeringsgerelateerde – bepalingen. Een interessant gegeven is het voorstel van TTIP en hoe daar DBI worden gereguleerd. Deze masterproef belicht verder ook niet het Uniemodel van BIT’s: nl. hoe ziet dit model eruit en kunnen we deze bepalingen terugvinden in de FTA’s van de nieuwe generatie? Zulk onderzoek zou het investeringsbeleid van de Unie mooi schetsen door niet te kijken naar wat ze zegt, maar naar wat er in de verdragen te vinden is. Het is duidelijk dat dit onderwerp nog veel mogelijkheden biedt voor de toekomst.

Bibliografie

Wetgeving

- Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, 25 maart 1957, *Pb.L.* 30 maart 2010, afl. 83, 366.
- Verdrag betreffende de Europese Unie, 7 februari 1992, *Pb.L.* 30 maart 2010, afl. 83, 361.
- Richtl.Raad, nr. 88/361/EEC, 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag, *Pb.L.* 8 juli 1988, afl. 178, 5.
- Res. Europees Parlement nr. 2010/2203, 6 april 2011 over het toekomstig Europees internationaal investeringsbeleid, P7_TA(2011)0141, paragraaf 11.
- Verord.Raad nr. 1219/2012 (EU), 12 december 2012 tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten tussen lidstaten en derde landen, *Pb.L.* 20 december 2012, afl. 351, 40.
- B. Raad nr. (EU) 2017/38, 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.L.* 14 januari 2017, afl. 11, 1080.
- Med. (Comm.) aan de Europese voorjaarsraad - Samen werken aan werkgelegenheid en groei - Een nieuwe start voor de Lissabonstrategie, 2 februari 2005, COM(2005)24 def.
- Med. (Comm.) aan de Europese Raad - Een agenda voor de burger - Concrete resultaten voor Europa, 10 mei 2006, COM(2006)211 def.
- Med. (Comm.) aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's - Europa als wereldspeler - Wereldwijd concurreren - Een bijdrage aan de EU-strategie voor groei en werkgelegenheid, 4 oktober 2006, COM(2006)567 def.
- Med. (Comm.) over Europa 2020: Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, 3 april 2010, COM (2010)2020 def.
- Med. (Comm.) aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's - Naar een algemeen Europees internationaal investeringsbeleid, 10 juli 2010, COM/2010/0343 def.
- Voorstel (Comm.) voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsovereenkomsten tussen lidstaten en derde landen, 7 juli 2010, COM(2010)344 def.
- Voorstel (EP) voor een verordening tot vaststelling van een kader voor een regeling van

financiële aansprakelijkheid in verband met scheidsgerichten voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten, die zijn ingesteld bij internationale overeenkomsten waarbij de Europese Unie partij is (COM/2012/0335 final - 2012/0163 (COD)), 21 juni 2012.

- Voorstel (Comm.) voor een besluit van de Raad betreffende de sluiting, namens de Europese Unie, van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake transparantie van op een verdrag gebaseerde arbitrage tussen investeerders en staten, (COM/2015/021 final - 2015/0013 (NLE)), 29 januari 2015.
- Voorstel (Comm.), Trade in services, investment and e-commerce chapter II – Investment, 12 november 2015.
- Verklaring van het Koninkrijk België betreffende de voorwaarden inzake de volmachten van de federale staat en de deelstaten voor de ondertekening van CETA, 27 oktober 2016, pagina 2.

Rechtspraak

- HvJ 31 maart 1971, nr. C-22/70, ECLI:EU:C:1971:32.
- HvJ 28 januari 1992, nr. C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35.
- HvJ 16 maart 1999, nr. C-222/97, ECLI:EU:C:1999:143.
- HvJ 4 juni 2002, nr. C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326.
- HvJ 5 november 2002, nr. C-467/98, EU:C:2002:625.
- HvJ 12 december 2006, nr. C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774.
- HvJ 3 maart 2009, nr. C-249/06, ECLI:EU:C:2009:119.
- HvJ 3 maart 2009, nr. C-205/06, ECLI:EU:C:2009:102:TOC.
- HvJ 8 juli 2010, nr. C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412.
- HvJ 8 maart 2011, nr. C-240/09, ECLI:EU:C:2011:125.
- HvJ 13 november 2012, nr. C-35/11, ECLI:EU:C:2012:326.
- HvJ 18 juli 2013 en 22 oktober 2013, RW 2014-15, 194, noot Y. TANGHE.
- HvJ 4 september 2014, C-114/12, RW 2014-15, nr. 7, 276, noot Y. TANGHE.
- Advies 1/75, Advies uitgebracht krachtens artikel 228 van het EEG-Verdrag, ECR 1975, 1355, ECLI:EU:C:1975:145.
- Advies 1/76, Advies van het hof van 26 april 1977 uitgebracht krachtens artikel 228, tweede alinea, van het EEG-Verdrag, ECR 1977, 741, ECLI:EU:C:1977:63.
- Advies 1/78, Advies van het Hof van 4 oktober 1979 uitgebracht krachtens artikel 228, lid

1, tweede alinea, van het EEG-Verdrag, *ECR* 1979, 2871, ECLI:EU:C:1979:224.

- Advies 1/94, Bevoegdheid van de Gemeenschap om internationale akkoorden op het gebied van diensten en bescherming van de intellectuele eigendom te sluiten, *ECR* 1994, 5267, ECLI:EU:C:1994:384.
- Advies 2/92, Bevoegdheid van de Gemeenschap of een van zijn instellingen om deel te nemen aan het derde herziene besluit van de OESO betreffende de nationale behandeling, *ECR* 24 maart 1995, 525, ECLI:EU:C:1995:83.
- Advies 1/03, Advies van het Hof betreffende een verzoek om advies uit hoofde van artikel 300, lid 6, EG, op 5 maart 2003 ingediend door de Raad van de Europese Unie, EU:C:2006:81.
- Concl. advocaat-generaal, Verzoek om advies krachtens artikel 218, lid 11, VWEU, ingediend door de Europese Commissie, 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:992.

Rechtsleer

Boeken

- ASHIAGBOR, D., COUNTOURIS, N. en LIANOS, I., *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 344 p.
- BENYON, F. S., *Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 166 p.
- BENYON, F., *Direct investment, national champions and EU treaty freedoms: from Maastricht to Lisbon*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 116 p.
- BILLIET, S., “From GATT to the WTO: The Internal Struggle for External Competences in the EU”, *Journal of Common Market Studies* 2006, 899 – 919.
- BIONDI, A., EECKHOUT, P. en RIPLEY, S., *EU Law After Lisbon*, Oxford, Oxford University Press, 436 p.
- CRAIG, P., *The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 512 p.
- DE SCHUTTER, O., SWINNEN, J. en WOUTERS, J., *Foreign Direct Investment and Human Development: The Law and Economics of International Investment Agreements*, New York, Routledge, 2012, 347 p.
- DIMOPOULOS, A., *EU Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 416 p.
- EECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 572

p.

- FRIELINGSDORF, P.-A., *Shared or Exclusive? – The External Competence of the EU in Regard to TRIPs*, onuitg. masterproef Lund University 2008, 55 p.
- GIDI, A., *Chinese buitenlandse investeringen: discours en beleid in de Europese politieke instellingen en lidstaten*, onuitg. masterproef Politieke en Sociale Wetenschappen UGent, 2013, 65 p.
- GOMMEL, R., *Investing into North African Solar Power*, Londen, Springer, 2015, 240 p.
- HINDELANG, S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 401 p.
- HOLDGAARD, R., *External Relations Law of the European Community*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, 524 p.
- HORN, H., MAVROIDIS, P. C. en SAPIR, A., *Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements*, Brussel, Bruegel, 2009
- KAZIMIREK, K., *The New EU Competence over Foreign Direct Investment and its Impact on the EU's Role as a Global Player*, Oldenburg, Jean Monnet Centre for Europeanisation and Transnational Regulations, 2012, 58 p.
- KOUTRAKOS, P., *EU International Relations Law*, Portland, Hart Publishing, 2015, 568 p.
- PIRIS, J.-C., *The Lisbon Treaty: A Legal and Political Analysis*, Londen, Cambridge University Press, 2010, 448 p.
- PORREZ, D., *De Doctrine van de Implied Powers in de EU Externe Betrekkingen*, onuitg. masterproef Universiteit Gent 2013, 151 p.
- SOVIK, A., *The European Union promoting environmental standards through trade: an analysis of the Comprehensive Economic and Trade Agreement between the European Union and Canada*, onuitg. masterproef KU Leuven 2016, 41 p.
- STRIK, P., *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Portland, Hart Publishing, 2014, 288 p.
- TRAKMAN, L. en RANIERI, N., *Regionalism in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 534 p.
- VAN DER LOO, G. en PELKMANS, J., *Does Wallonia's veto of CETA spell the beginning of the end of EU trade policy?*, Brussel, Centre for European Policy Studies, 2006, 5 p.

Artikels en bijdragen

- ACCOMINOTTI, O. en FLANDREAU, M., “Bilateral Treaties and the Most-Favored-Nation Clause: The Myth of Trade Liberalization in the Nineteenth Century”, *World Politics* 2009, 147 – 183.
- BAERT, T., “The Euro-Mediterranean Agreements” in SAMPSON, G. en WOOLCOCK, S. (eds), *Regionalism, Multilateralism and Economic integration: The Recent Experience*, New York, United Nations University Press, 2003, 100 – 134.
- BAETENS, F., “Determining International Responsibility Under the New Extra-EU Investment Agreements: What Foreign Investors in the EU Should Know”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2014, 1203 – 1260.
- BARR, F. en HEALY-RAE, R., “FDI Implications of Recent European Court of Justice Decisions on Corporation Tax Matters”, *European Business Organization Law Review* 2010, 125 – 146.
- BISCHOFF, J., “Just A Little Bit Of “Mixity”? The EU’s Role In The Field Of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review* 2011, 1527 – 1570.
- BONO, G., “The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon” in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, 13 – 38.
- BOURGEOIS, J., “The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94: An Echternach Procession”, *Common Market Law Review* 1995, 763 – 87.
- BROWN, B., “Changes in the Common Commercial Policy of the European Union After the Entry into Force of the Treaty of Lisbon: A Practitioner’s Perspective” in BUNGENBERG, M. en HERRMANN, C (eds.), *Common Commercial Policy after Lisbon*, Berlijn, Springer, 163 –183.
- BUNGENBERG, M. “The Division of Competences Between the EU and Its Member States” in BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J. en HINDELANG, S. (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, 29 – 42.
- BUNGENBERG, M., “Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon” in HERRMANN, C. en TERHECHTE, J. (eds.), *European Yearbook of International Economic Law 2010*, New York, Springer, 123 – 151.
- BUNGENBERG, M., “The Division of Competences Between the EU and Its Member States” in M. BUNGENBERG, (ed.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, 29 – 42.

- BUNGERBERG, M., “The Scope of Application of EU (Model) Investment Agreements”, *The Journal of World Investment & Trade* 2015, 402 – 421.
- BURGSTALLER, M. en ZAROWNA, A., “Possible Ramifications of the UK’s EU Referendum on Intra- and Extra-EU BITs”, *Journal of International Arbitration* 2016, 565 – 576.
- BURGSTALLER, M., “The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States” in BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J. en HINDELANG, S. (eds.), *European Yearbook of International Law*, Berlijn, Springer, 2011, 55 – 78.
- CAMPBELL, N., O’HARA, J. en CULLEN, T., “The Impact of New Transatlantic Trade Agreements on Commercial and Investment Transactions”, *Business Law International* 2015, 185 – 212.
- CEYSSENS, J., “Towards a Common Foreign Investment Policy? – Foreign Investment in the European Constitution”, *Legal Issues of Economic Integration* 2005, 259 – 291.
- CHAISSE, J., “Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment -How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?”, *Journal of International Economic Law* 2012, 51 – 84.
- COTTIER, T., “Towards a Common External Economic Policy of the European Union” in BUNGENBERG, M. en HERRMANN, C. (eds.), *Common Commercial Policy after Lisbon*, New York, Springer, 2013, 3 – 15.
- COUVREUR, A., “New Generation Regional Agreements and the Precautionary Principle: Focus on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) Between Canada and the European Union”, *Asper Review* 2015, 265 – 292
- CREMONA, M., “A Policy of Bits and Pieces? The Common Commercial Policy after Nice”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2002, 61 – 91.
- D’ERMAN, V., “Comparative Intergovernmental Politics: CETA Negotiations between Canada and the EU”, *Politics and Governance* 2016, 90 – 99.
- DE BAERE, G., “International negotiations post Lisbon: A case study of the Union’s external environmental policy” in KOUTRAKOS, P. (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 97 – 112.
- DE LUCA, A., “New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty: Investment Liberalization vs. Investment Protection?” in SAUVANT, K. (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, New York, Oxford University Press, 2012, 165 – 215.

- DE MESTRAL, A., “The Lisbon Treaty and the Expansion of EU Competence over Foreign Direct Investment and the Implications for Investor-State Arbitration” in SAUVANT, K. (ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2009-2010*, New York, Oxford University Press, 2010, 365 – 396.
- DEBLOCK, C. en RIOUX, M., “From economic dialogue to CETA”, *International Journal* 2010-2011, 39 – 56.
- DIMOPOULOS, A., “Creating an EU Investment Policy” in CARDWELL, P. (ed.), *EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era*, Den Haag, T.M.C. Asser Press, 401 – 420.
- DIMOPOULOS, A., “The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing Parallelism between Internal and External Economic Relations?”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 2008, 101 – 129.
- DIMOPOULOS, A., “The Involvement of the EU in Investor-State Dispute Settlement: A Question of Responsibilities”, *Common Market Law Review* 2014, 1671 – 1720.
- DOLLE, T. en SIMOES, B. G., “Mixed Feelings about “Mixed Agreements” and CETA’s Provisional Application”, *EJRR* 2016, 617 – 622.
- DOUMA, W. TH., “The Promotion of Sustainable Development through EU Trade Instruments”, *European Business Law Review* 2017, 197 – 216.
- DUKE, S., “A difficult birth: The early days of the European External Action Service” in KOUTRAKOS, P. (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 69 – 81.
- FINA, S. en LENTNER, G., “The Scope of the EU’s Investment Competence after Lisbon”, *Santa Clara Journal of International Law* 2016, 419 – 440.
- GÁSPÁR-SZILÁGYI, S., “EU Member State Enforcement of ‘Mixed’ Agreements and Access to Justice: Rethinking Direct Effect”, *Legal Issues of Economic Integration* 2013, 163-190.
- GOTZ, M., “Pursuing FDI Policy in the EU – Member States and Their Policy Space”, *Journal of Economics and Political Economy* 2015, 290 – 308.
- GSTÖHL, S. en HANF, D., “The EU’s Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context”, *European Law Journal* 2014, 733 – 748.
- HINDELANG, S. en MAYDELL, N., “The EU’s Common Investment Policy – Connecting the Dots” in BUNGENBERG, M. en GRIEBEL, J. en HINDELANG, S. (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, 1 – 28.

- HOFFMEISTER, F. en ALEXANDRU, G., “A First Glimpse of Light on the Emerging Invisible EU Model BIT”, *The Journal of World Investment & Trade* 2014, 379 – 401.
- HOFFMEISTER, F., “The European Union’s common commercial policy a year after Lisbon” in KOUTRAKOS, P. (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 83 – 95.
- HOLGAARD, L. en HOLGAARD, R., “The External Powers of the European Community”, *RETTID* 2001, 108 – 200.
- HOOPS, B., “The Interpretation of Mixed Agreements in the EU after *Lesoochrandrske zoskupenie*”, *Hanse Law Review* 2014, 3 – 22.
- KANG, Y.-D., “EU’s Global Europe Initiative and Korea-EU FTA”, *Korea University Law Review* 2010, 47 – 59.
- KARL, J., “The Competence for Foreign Direct Investment – New Powers for the European Union?”, *JWT&I* 2006, 413 – 448.
- KEYAERTS, D., “Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Hof van Justitie 2012 – 2013”, *Tijdschrift voor Wetgeving* 2014, 112 – 123.
- KLEIMANN, D. en KUBEK, G., “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU: The Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers* 2016, 1 – 28.
- KOUTRAKOS, P., “Case C-205/06, Commission v. Austria, judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 March 2009, not yet reported; Case C-249/06, Commission v. Sweden”, *Common Market Law Review* 2009, 2059 – 2076.
- KOUTRAKOS, P., “The Relevance of EU Law for Arbitral Tribunals: (Not) Managing the Lingering Tension”, *Journal of World Investment & Trade* 2016, 873 – 894.
- KRAJEWSKI, M., “The Reform of the Common Commercial Policy” in BIONDI, A. en EECKHOUT, P. (eds.), *European Union Law after the Treaty of Lisbon*, Oxford, Oxford University Press, 292 – 311.
- KUIJPER, P.J., “From the board: Foreign direct investment: the first test of the Lisbon improvements in the domain of trade policy”, *Legal Issues of Economic Integration* 2010, 261 – 272.
- LAIRD, I. en PETILLION, F., “Comprehensive Economic and Trade Agreement, ISDS and the Belgian Veto: A Warning of Failure for Future Trade Agreements with the EU?”, *Global Trade and Customs Journal* 2017, 167 – 174.
- LARIK, J., “No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy in Daiichi

Sankyo and Commission v. Council (Conditional Access Convention)”, *Common Market Law Review* 2015, 779 – 800.

- LAVRANOS, N., “Member States' BIT's: Lost in Transition?”, *Hague Yearbook of International Law* 2011, 281 – 311.
- LAVRANOS, N., “Naar een nieuw EU-investeringsbeleid”, *NtEr* 2013, 185 – 190.
- LAVRANOS, N., “New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 2010, 409 – 441.
- LAVRANOS, N., “Protecting European Law from International Law”, *EFA Rev.* 2010, 265 – 282.
- LEAL-ARCAS, R., “The European Union's Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon”, *The Journal of World Investment & Trade* 2010, 463 – 514.
- LENTNER, G. M., “A Uniform European Investment Policy?: The Unwritten EU Model BIT”, *Journal of Law and Administrative Sciences* 2014, 156 – 165.
- LEYS, D., “EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the EU Court of Justice End the Controversy?”, *Global Trade and Customs Journal* 2015, 267 – 272.
- MAYDELL, N., “The European Community's Minimum Platform in Investment or the Trojan Horse of Investment Competence” in REINISCH, A. en KNAHR, C. (eds.), *International Investment Law in Context*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2008, 73 – 92.
- MCCLAY, S., “Can It Lead from Behind? The European Union's Struggle to Catch Up in International Investment Policy Making in the Wake of the Lisbon Treaty”, *Texas International Law Journal* 2016, 260 – 280.
- MCCLOURE, M., *Most Favoured Nation Clauses – No favoured view on how they should be interpreted*, <http://kluwerarbitrationblog.com/2011/07/25/most-favoured-nation-clauses-no-favoured-view-on-how-they-should-be-interpreted>, (consultatie 20 februari 2016).
- MERCKAERT, M., “Het concept “impliciete bevoegdheden” in het Europees en het nationaal constitutioneel recht” in ALEN, A. en THEUNIS, J. (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, 289 – 316.
- MEUNIER, S., “China and the foreign investment rules in the EU”, *Journal of European Public Policy* 2014, 996 – 1016.
- MYLLY, T., “Constitutional Functions of the EU's Intellectual Property Treaties” in

DREXL, J. en RUSE-KHAN, H. R. (eds.), *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better or Worse?*, Londen, Springer, 2014, 241 – 264.

- NYER, D., “The Investment Chapter of the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement”, *Journal of International Arbitration* 2015, 697 – 710.
- OTT, A., “The European Parliament’s Role in EU Treaty-making”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2016, 1009 – 1039.
- PAASIVIRTA, E., “The EU’s External Representation after Lisbon: New Rules, a New Era?” in KOUTRAKOS, P. (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 2011, 39 – 48.
- PANTALEO, L., “Member States Prior Agreements and Newly EU Attributed Competence: What Lesson from Foreign Investment”, *European Foreign Affairs Review* 2014, 307 – 324.
- PARK, D.-Y. en YOON, Y., “Making Allowances for Carbon Emission Allowances in Investor-State Disputes: A Case Study of the Republic of Korea” in PARK, D.-Y. (ed.), *Legal Issues on Climate Change and International Trade Law*, Londen, Springer, 2016, 133 – 152.
- PITSCHAS, C., “Economic Partnership Agreements and EU Trade Policy: Objectives, Competences, and Implementation” in DREXL, J. en RUSE-KHAN, H. R. (eds.), *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better or Worse?*, Londen, Springer, 2014, 209 – 240.
- QUICK, R., “Why TTIP Should Have an Investment Chapter Including ISDS”, *Journal of World Trade* 2015, 199 – 210.
- REINISCH, A., “Putting the Pieces Together ... An EU Model BIT?”, *The Journal of World Investment & Trade* 2014, 679 – 704.
- REINISCH, A., “The Division of Powers Between the EU and Its Member States After Lisbon” in BUNGENBERG, M., GRIEBEL J. en HINDELANG, S. (eds.), *International Investment Law and EU Law*, New York, Springer, 2011, 43 – 55.
- REINISCH, A., “The Future Shape of EU Investment Agreements”, *ICSID Review* 2013, 179 – 196.
- REINISCH, A., “Will the EU’s Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? – The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration”, *Journal of International Economic Law* 2016, 761 – 786.

- REINISH, A. en STIFTER, L., “European Investment Policy and ISDS”, *ELTE Law Journal* 2015, 11 – 25.
- RHINARD, M. en KAEDING, M., “The International Bargaining Power of the European Union in ‘Mixed’ Competence Negotiations: The Case of the 2000 Cartagena Protocol on Biosafety”, *JCMS* 2006, 1023 – 1050.
- SALACUSE, J.W., “The Treatification of International Investment Law”, *Law and Business Review of the Americas* 2007, 155 – 166.
- SCHACHERER, S., “TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation – Resolving Investor – State Disputes under Mega-regionals”, *Journal of International Dispute Settlement* 2016, 628 – 653.
- SCHIAVO, G., “EU Law after Lisbon”, *Common Market Law Review* 2012, 1506-1508.
- SCHILL, S.W. en BRAY, H. L., “The Brave New (American) World of International Investment Law: Substantive Investment Protection Standards in Mega-Regionals”, *British Journal of American Legal Studies* 2016, 419 – 448.
- SHAN, W. en WANG, L., “The China–EU BIT and the Emerging ‘Global BIT 2.0’”, *ICSID* 2015, 260 – 267.
- SHAN, W. en ZHANG, S., “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, *The European Journal of International Law* 2011, 1049 – 1073.
- SMYTH, I., “EU external action after the entry into Force of the Lisbon Treaty: Coherence at last?” in KOUTRAKOS, P. (ed.), *The European Union’s external relations a year after Lisbon*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 59 – 66
- SÖDERLUND, C., “Intra-EU BIT investment protection and the EC Treaty”, *Journal of International Arbitration* 2007, 455 – 468.
- SORENSEN, K., “Free Movement of Companies under the New EU Free Trade Agreements”, *European Company Law* 2016, 46 – 55.
- TAKACS, T., “Situating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (negotiations) in European Union Common Policy”, *Legal Issues of Economic Integration* 2016, 341 – 350.
- TAVASSI, J., “The EU Investment Policy: How to ensure a fair regulation of the concerned interests?”, *The Journal of World Investment & Trade* 2012, 645 – 660.
- TERHECHTE, J. P., “Article 351 TFEU: The Principle of Loyalty and the Future Role of the Member States’ Bilateral Investment Treaties” in HERRMANN, C. en TERHECHTE, J. P. (eds.), *European Yearbook Of International Economic Law*, 2011, 79 – 112.

- VAN DER LOO, G. en WESSEL, R. A., “The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions”, *Common Market Law Review* 2017, 1 – 28.
- VAN HARTEN, G., “The European Union’s Emerging Approach to ISDS: a Review of the Canada-EU CETA, Europe-Singapore FTA, and European-Vietnam”, *University of Bologna Law Review* 2016, 138 – 165.
- VAN WAEYENBERGE, A. en PECHO, P., “Free Trade Agreements after the Treaty of Lisbon in the Light of the Case Law of the Court of Justice of the European Union”, *European Law Journal* 2014, 749 – 762.
- X, *De gemeenschappelijke handelspolitiek*, <http://eurlex.europa.eu/legalcontent/NL/TXT/?uri=URISERV%3Aa20000> (consultatie 5 oktober 2016).
- X, *European Commission proposes signature and conclusion of EU-Canada trade deal*, [http://europa.eu/rapid/press-release-\[P-16-2371_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release-[P-16-2371_en.htm) (consultatie 3 maart 2017).
- X, *The Power to Conclude the Eu’s New Generation of Fta’s: AG Sharpston in Opinion 2/15*, <http://europeanlawblog.eu/2017/01/10/the-power-to-conclude-the-eus-new-generation-of-ftas-ag-sharpston-in-opinion-215/> (consultatie 15 februari 2017).
- XING, L., “Surprise Under the Table: Inspirations from the Canada – EU CETA for Enhancing Global Agri-Environment by FTAs.”, *Asper Review* 2013, 211 – 240.