



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 70.000/1/V
van 10 september 2021

avis 70.000/1/V
du 10 septembre 2021

over

sur

een voorontwerp van
ordonnantie 'houdende
instemming met de
Overeenkomst tot beëindiging
van bilaterale
investeringsverdragen tussen
de lidstaten van de Europese
Unie, gedaan te Brussel op
5 mei 2020'

un avant-projet d'ordonnance
'portant assentiment à l'Accord
portant extinction des traités
bilatéraux d'investissement
entre Etats membres de
l'Union européenne, fait à
Bruxelles le 5 mai 2020'

Op 22 juli 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, belast met Financiën, Begroting, Openbaar Ambt, de Promotie van Meertaligheid en van het Imago van Brussel, verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 7 september 2021,^(*) een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie ‘houdende instemming met de Overeenkomst tot beëindiging van bilaterale investeringsverdragen tussen de lidstaten van de Europese Unie, gedaan te Brussel op 5 mei 2020’.

Het voorontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 2 september 2021. De kamer was samengesteld uit Wouter PAS, staatsraad, voorzitter, Koen MUYLLE en Inge VOS, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Inge VOS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 10 september 2021.

*

Le 22 juillet 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé des Finances, du Budget, de la Fonction publique, de la Promotion du Multilinguisme et de l'Image de Bruxelles, à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé de plein droit jusqu'au 7 septembre 2021^(**), sur un avant-projet d'ordonnance ‘portant assentiment à l'Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre Etats membres de l'Union européenne, fait à Bruxelles le 5 mai 2020’.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre des vacations le 2 septembre 2021. La chambre était composée de Wouter PAS, conseiller d'État, président, Koen MUYLLE et Inge VOS, conseillers d'État, Johan PUT, assesseur, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Inge VOS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 10 septembre 2021.

*

(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

(**) Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, *in fine*, des lois ‘sur le Conseil d'État’, coordonnées le 12 janvier 1973, qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

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

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2.1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van ordonnantie strekt tot instemming met de Overeenkomst ‘tot beëindiging van bilaterale investeringsverdragen tussen de lidstaten van de Europese Unie, ondertekend te Brussel op 5 mei 2020’ (hierna: de Overeenkomst).

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

2.3. De Overeenkomst bevat vier afdelingen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BEVOEGDHEID

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

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

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

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

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

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

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

3.3. In het licht van het voorgaande moet dan ook worden geconcludeerd dat de Overeenkomst een “dubbel gemengd” verdrag is, waarmee niet enkel de federale overheid en de gewesten, maar ook de gemeenschappen moeten instemmen.⁹

VORMVEREISTEN

4.1. Overeenkomstig artikel 31, lid 2, van de Overeenkomst ‘tot oprichting van de Belgisch-Luxemburgse Economische Unie’, ondertekend te Brussel op 25 juli 1921, dient het Groothertogdom Luxemburg te worden gehoord, vooraleer de Overeenkomst wordt gesloten. Er dient over te worden gewaakt dat aan dit vormvereiste wordt voldaan.¹⁰

4.2. Artikel 6, § 2, van de ordonnantie van 8 september 1994 ‘houdende oprichting van de Economische en Sociale Raad voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’ schrijft het advies van die Economische en Sociale Raad voor voor alle voorontwerpen van ordonnantie die betrekking hebben op de in artikel 6, § 1, van die ordonnantie bedoelde materies, waaronder de aangelegenheden “die onder de bevoegdheden van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest vallen en een weerslag hebben op het economisch en sociaal leven”. Er valt niet uit te sluiten dat de overeenkomst waarmee instemming wordt betuigd een dergelijke weerslag heeft.¹¹

Het advies van de Economische en Sociale Raad (Brupartners) werd gevraagd, maar nog niet bijgevoegd. Er dient over te worden gewaakt dat ook aan dit vormvereiste wordt voldaan.

ALGEMENE OPMERKING

5.1. Gevraagd om verduidelijking te bieden omtrent de vermelding van Ierland als overeenkomstsluitende partij in de Overeenkomst, terwijl de Memorie van Toelichting Ierland niet vermeldt als één van de ondertekenaars van de beëindigingsovereenkomst, antwoordde de gemachtigde:

“De Overeenkomst werd op 5 mei 2020 door de Permanente Vertegenwoordigers van 23 EU-lidstaten in Brussel ondertekend.

⁹ Zie in dezelfde zin reeds adv.RvS 68.048/VR van 12 november 2020 over een voorontwerp van decreet ‘houdende instemming met de overeenkomst tot beëindiging van bilaterale investeringsverdragen tussen de lidstaten van de Europese Unie, ondertekend te Brussel op 5 mei 2020’.

¹⁰ Zie ook adv.RvS 68.048/VR.

¹¹ Zie ook adv.RvS 67.753/1/V van 10 augustus 2020 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de ordonnantie van 15 april 2021 ‘houdende instemming met de Overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Republiek Armenië inzake het verrichten van betaalde werkzaamheden door gezinsleden van het personeel van de diplomatieke missies en consulaire posten, ondertekend te Brussel op 4 december 2018’, opmerking 4, *Parl.St.* Br.Parl. 2020-21, nr. A-261/1, 9-10.; adv.RvS 57.922/1/V van 11 augustus 2015 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de ordonnantie van 18 februari 2016 ‘houdende instemming met de Overeenkomst betreffende de deelname van de Republiek Kroatië aan de Europese Economische Ruimte, de Slotakte en de drie daarmee verband houdende overeenkomsten, gedaan te Brussel op 11 april 2014 en op 5 november 2014’, opmerking 2, *Parl.St.* Br.Parl. 2015-16, nr. A-233/1, 6.

Een beperkt aantal EU-lidstaten kon zich aan het einde van het onderhandelingsproces niet vinden in het evenwicht dat werd bereikt en koos ervoor de Overeenkomst niet te ondertekenen.

Deze lidstaten zijn verplicht hun intra-EU BIT's via bilaterale weg te beëindigen om uitvoering te geven aan het arrest Achmea van het Hof van Justitie. Het gaat hier over **Finland, Oostenrijk en Zweden.**

Ierland beschikt niet over intra-EU BIT's en is aldus geen partij bij deze Overeenkomst.”

5.2. Er moet worden vastgesteld dat als bijlage bij de instemmingsordonnantie slechts een voorbereidend document is opgenomen en niet de finale versie van het verdrag. Bijgevolg moet de bijlage bij het voorontwerp worden vervangen door de ondertekende versie van de Overeenkomst zoals gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.¹² Daarin wordt Ierland niet vermeld als verdragspartij.

ONDERZOEK VAN DE OVEREENKOMST¹³

De beëindiging van de bilaterale investeringsverdragen

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

De beëindiging van de arbitrageclausules

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

¹² Pb. L169/1 van 29 mei 2020.

¹³ Zie ook adv.RvS 68.048/VR.

Aangezien de gevolgen van het arrest *Achmea* door het Hof van Justitie niet werden beperkt in de tijd, dient dat arrest geacht te worden *ex tunc* uitwerking te hebben. Bedoelde arbitragebedingen dienen dan ook, in beginsel,¹⁴ buiten toepassing te worden gelaten vanaf de datum waarop het EU-recht op de twee bij een bilateraal investeringsverdrag betrokken partijen van toepassing is geworden. Artikel 4, lid 1, van de Overeenkomst, dat in dat opzicht slechts declaratieve werking heeft, doet dan ook uit zichzelf geen probleem rijzen.

De regeling van nieuwe, beëindigde en aanhangige arbitrageprocedures

8. Artikel 5 van de Overeenkomst bepaalt dat arbitragebedingen niet als rechtsgrondslag kunnen dienen voor *nieuwe arbitrageprocedures*. Nieuwe arbitrageprocedures zijn procedures die worden ingeleid vanaf 6 maart 2018 (artikel 1, punt 6), van de Overeenkomst).

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

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

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

¹⁴ Zie hierna, opmerking 8.

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

Gelet op het gegeven dat het EU-recht het belang van *res judicata* erkent, ook als dat tot gevolg heeft dat het EU-recht niet ten volle wordt toegepast,¹⁵ lijkt deze regeling in het licht van het tegemoetkomen aan de gevolgen van het arrest *Achmea*, te kunnen worden aanvaard.

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

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

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

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

¹⁵ HvJ 10 juli 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, § 60: “Het Unierecht vereist dus niet dat een rechterlijke instantie uit principe terugkomt op haar in gezag van gewijsde gegane beslissing om rekening te houden met de uitlegging die het Hof na vaststelling van die beslissing aan een relevante bepaling van Unierecht heeft gegeven.”

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

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

10.3. In het arrest *Achmea* is het Hof van Justitie van oordeel dat een scheidsgerecht dat bij een bilaterale investeringsovereenkomst opgericht is, niet beschouwd kan worden als een “rechterlijke instantie van een der lidstaten” in de zin van artikel 267 VWEU, en dus niet bevoegd is om aan het Hof een prejudiciële verwijzing voor te leggen (punt 49 van het arrest). Het Hof van Justitie heeft geconcludeerd dat, wegens de aard van scheidsgerechten en de bevoegdheden die daaraan opgedragen worden, “de artikelen 267 en 344 VWEU aldus dienen te worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een bepaling in een tussen lidstaten gesloten internationale overeenkomst op grond waarvan een investeerder uit een van deze lidstaten, in geval van een geschil over investeringen in de andere lidstaat, tegen laatstgenoemde staat een procedure kan inleiden voor een scheidsgerecht waarvan deze lidstaat zich ertoe heeft verbonden de bevoegdheid te aanvaarden” (punt 60 van het arrest). Bijgevolg kunnen de desbetreffende procedurele bepalingen in die verdragen in beginsel niet langer worden toegepast gelet op de strijdigheid ervan met het EU-recht. Dat gevolg van het arrest *Achmea* kan een voldoende verantwoording bieden voor het buiten toepassing laten, in de bij de Overeenkomst tot stand gebrachte overgangsregeling met betrekking tot aanhangige arbitrageprocedures, van de desbetreffende procedurele bepalingen van de investeringsverdragen.

Aangezien echter de gevolgen van het arrest *Achmea* zich beperken tot de procedurele bepalingen van de investeringsverdragen, kan dat arrest op zichzelf geen verantwoording bieden voor het buiten toepassing laten van andere bepalingen van die verdragen, waaronder die welke een grondslag vormen voor het uitoefenen door de investeerder van bepaalde rechten of het instellen van bepaalde vorderingen. Uit het negende lid van de preambule van de Overeenkomst dient weliswaar te worden afgeleid dat het niet de bedoeling is van de partijen bij de Overeenkomst om de materiële rechten vervat in de bilaterale investeringsverdragen in het gedrang te brengen. Het beginsel van non-discriminatie is een dergelijk recht in hoofde van de investeerder, dat vervat is in elk door België gesloten bilateraal investeringsverdrag en dat het voorwerp zou uitmaken van het internationaal gewoonterecht.¹⁶ Het valt echter te betwijfelen of de overgangsregeling zoals die thans is voorzien in de Overeenkomst wel degelijk beantwoordt aan de voornoemde intentieverklaring van de overeenkomstsluitende partijen, nu in die regeling uitdrukkelijk is voorzien dat afstand moet worden gedaan van de rechten en vorderingen uit hoofde van het investeringsverdrag.

¹⁶ Zie bv. M. BOSSUYT en J. WOUTERS, *Grondlijnen van internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 865-867.

10.4.1. Het voorzien in de verplichting voor de investeerder, in het kader van de overgangsregeling opgenomen in artikel 10 van de Overeenkomst, om afstand te doen van de vorderingen die hij op grond van het investeringsverdrag kan doen gelden, lijkt op gespannen voet te staan met het recht op eigendom gewaarborgd door artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Het eigendomsbegrip in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM omvat ook vorderingen waarvan de eiser kan stellen dat hij ten minste een “legitieme verwachting” heeft op het daadwerkelijk verkrijgen van een eigendomsrecht.¹⁷ In dat verband stelde het Grondwettelijk Hof reeds het volgende:

“Artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol houdt geen recht in om eigendom te verwerven (EHRM, 13 juni 1979, *Marckx t. België*, § 50; 28 september 2004, *Kopecký t. Slovakije*, § 35). Weliswaar kunnen in bepaalde omstandigheden gefundeerde verwachtingen met betrekking tot de verwezenlijking van toekomstige eigendomsaanspraken onder de bescherming van de vermelde verdragsbepaling vallen. Dat veronderstelt evenwel dat er sprake is van een rechtens afdwingbare aanspraak en dat een voldoende basis bestaat in het nationaal recht alvorens een rechtsonderhorige zich op een legitieme verwachting kan beroepen. De loutere hoop om het genot van eigendom te verkrijgen, maakt geen dergelijke legitieme verwachting uit (EHRM, 28 september 2004, *Kopecký t. Slovakije*, § 35).”¹⁸

Vorderingsrechten die gebaseerd zijn op reële schade en een realistische basis hebben in rechte, zijn patrimoniale rechten die door het recht op eigendom zoals neergelegd in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM worden beschermd.¹⁹

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

10.4.2. In de mate dat de partijen bij de Overeenkomst kunnen worden geacht op te treden ter uitvoering van het EU-recht,²⁰ kan het sluiten van de Overeenkomst ook binnen het toepassingsgebied van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, zoals bepaald in artikel 51 ervan, vallen. De toepasselijkheid van het Handvest op de uitvoering van de Overeenkomst wordt overigens uitdrukkelijk bevestigd door de partijen bij de voorliggende Overeenkomst.²¹ Aangezien het Handvest eveneens het recht op eigendom beschermt (artikel 17, lid 1) en dat beschermingsniveau overeenkomstig artikel 52, lid 3, van het Handvest niet lager mag liggen dan het beschermingsniveau onder het EVRM, moet worden aangenomen dat de Overeenkomst, in de mate dat deze op gespannen voet staat met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, ook op gespannen voet staat met artikel 17, lid 1, van het Handvest.

¹⁷ EHRM 28 september 2004, *Kopecký t. Slovakije*, § 35.

¹⁸ GwH 20 oktober 2016, nr. 134/2016, B.15.

¹⁹ Zie in die zin bv. EHRM 6 oktober 2005, *Maurice t. Frankrijk*, §§ 63-70.

²⁰ Ermee rekening houdend dat de Overeenkomst, hoewel geen Uniehandeling, wordt gesloten om tegemoet te komen aan het arrest *Achmea* van het Hof van Justitie.

²¹ Zie de elfde paragraaf van de preambule bij de Overeenkomst.

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

10.6. Er moet tot slot worden benadrukt dat er weliswaar een Unierechtelijke verplichting is om tegemoet te komen aan het arrest *Achmea*, maar dat er geen verplichting is om dit te doen op de wijze zoals voorzien in de Overeenkomst. De voorrang van het Unierecht gaat immers niet zo ver dat dit ten koste kan gaan van het waarborgen van de grondrechten.²²

Voorlopige toepassing van de Overeenkomst

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

In verband met de voorlopige toepassing van verdragen merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, in advies 53.064/VR²³ het volgende op:

“Krachtens artikel 167, § 3, van de Grondwet hebben verdragen eerst gevolg nadat zij de instemming van de betrokken Parlementen hebben verkregen.²⁴

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

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

²² HvJ 3 mei 2005, *Berlusconi e.a.*, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270, punten 75-78.

²³ Adv.RvS 53.064/VR van 6 mei 2013 over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest ‘tot instemming met het akkoord tussen het Koninkrijk België en de Europese Unie over de voorrechten en immuniteiten van het Secretariaat van de Parlementaire Assemblée van de Unie voor de Mediterrane Regio, ondertekend in Brussel op 10 juli 2012’, opmerking 3.2.

²⁴ Voetnoot 4 van het aangehaalde advies: Alhoewel artikel 67, § 3, van de Grondwet enkel betrekking heeft op de verdragen waarin aangelegenheden worden geregeld die uitsluitend tot de gemeenschaps- en gewestbevoegdheid behoren, geldt de erin opgenomen regel, gelet op de onderlinge samenhang tussen de paragrafen 2 tot 4 van dat artikel, eveneens ten aanzien van de gemengde verdragen.

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

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

ONDERZOEK VAN HET VOORONTWERP

12. Zoals opgemerkt in opmerking 5.2, moet de juiste versie van de Overeenkomst worden gevoegd bij het ontwerp dat wordt ingediend in het Brussels Hoofdstedelijk Parlement.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique ¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2.1. L'avant-projet d'ordonnance a pour objet de porter assentiment à l'Accord 'portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne, fait à Bruxelles le 5 mai 2020' (ci-après : l'Accord).

2.2. L'Accord vise à mettre fin à tous les traités bilatéraux d'investissement encore en vigueur entre les États membres de l'Union européenne, et à prévoir des mesures accompagnatrices et transitoires à cet égard. Ce faisant, les vingt-trois États membres parties à l'accord entendent remédier aux conséquences de l'arrêt *Achmea* de la Cour de justice de l'Union européenne, qui a jugé que le système d'arbitrage mis en place par les traités d'investissement est incompatible avec les articles 267 et 344 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE), dès lors que les procédures d'arbitrage entre un État membre et un investisseur ont pour effet de soustraire les litiges relatifs au droit de l'Union européenne (ci-après : droit de l'UE) à un juge qui a la compétence de soumettre des litiges à la Cour de Justice ². Déjà antérieurement, la Cour de Justice avait jugé que – bien que les États membres aient la possibilité de conclure entre eux des accords internationaux portant sur des matières qui échappent aux compétences exclusives de l'Union européenne ³ – il n'est plus possible d'appliquer des dispositions de fond de traités internationaux entre États membres si elles sont jugées contraire au droit de l'UE, et qu'elles ne peuvent pas davantage être maintenues sur le fondement de l'article 351 du TFUE ⁴.

2.3. L'Accord se compose de quatre sections.

La Section 1 contient un certain nombre de définitions, notamment des termes « procédure d'arbitrage », « procédure d'arbitrage achevée », « procédure d'arbitrage en cours », et « procédure d'arbitrage nouvelle » (article 1 de l'Accord).

La Section 2 contient des dispositions régissant l'extinction de tous les traités bilatéraux d'investissement énumérés à l'annexe A, dont treize traités concernent également la Belgique ⁵ (article 2), ainsi que l'annulation des effets éventuels des clauses de survie ⁶ des traités

¹ S'agissant d'un avant-projet d'ordonnance, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

² CJUE, 6 mars 2018, *Achmea*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, points 31-60.

³ CJUE, 27 novembre 2012, *Pringle*, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, points 68-69.

⁴ CJUE, 8 septembre 2009, *Budějovický Budvar*, C-478/07, ECLI:EU:C:2009:521, points 98-99.

⁵ Ces traités ont été conclus par la Belgique au nom de l'*Union économique belgo-luxembourgeoise*, conformément à l'article 31 de la Convention 'instituant l'Union économique belgo-luxembourgeoise', signé à Bruxelles le 25 juillet 1921.

bilatéraux d'investissement mentionnés à l'annexe B (article 3). L'article 4, paragraphe 1, confirme que les clauses d'arbitrage des traités bilatéraux d'investissement concernées sont contraires au droit de l'UE, et ne peuvent donc pas servir de fondement juridique à une procédure d'arbitrage à compter de la date à laquelle la dernière des parties à un traité bilatéral d'investissement est devenue un État membre de l'Union européenne. L'extinction des traités d'investissement et des clauses de survie prend effet dès l'entrée en vigueur de l'Accord pour les parties contractantes concernées par un traité d'investissement, conformément à son article 16 (art. 4, paragraphe 2).

La section 3 contient un certain nombre de dispositions (transitoires) relatives aux procédures d'arbitrage nouvelles, achevées ou en cours. Les clauses d'arbitrage des traités bilatéraux d'investissement ne peuvent plus servir de fondement juridique à une procédure d'arbitrage nouvelle (art. 5). Les procédures d'arbitrage achevées avant la date de l'arrêt *Achmea* (6 mars 2018) ne sont pas affectées par l'Accord (art. 6, paragraphe 1). Les procédures d'arbitrage engagées avant la date de l'arrêt *Achmea* peuvent encore se clore par un règlement à l'amiable (art. 6, paragraphe 2). En ce qui concerne les procédures en cours, les parties à l'Accord doivent informer le tribunal d'arbitrage des conséquences juridiques de l'arrêt *Achmea*, sur la base du modèle de déclaration figurant à l'annexe C de l'Accord, et demander à la juridiction devant laquelle l'exécution d'une sentence arbitrale antérieure est demandée d'annuler ou de s'abstenir de reconnaître ou de faire exécuter ladite sentence (art. 7). Les articles 8, 9 et 10 contiennent des mesures transitoires relatives aux procédures d'arbitrage en cours, qui, dans certains cas, devraient permettre à un État membre et à un investisseur de régler le différend grâce à l'intervention d'un facilitateur d'une manière compatible avec le droit de l'Union (art. 9), ou permettre à un investisseur d'avoir accès aux juridictions nationales afin de déposer une réclamation en vertu du droit national ou du droit de l'Union, et donc pas au titre du traité d'investissement concerné.

La Section 4 contient des dispositions finales concernant le dépositaire (art. 11), les annexes (art. 12), l'exclusion des réserves (art. 13), le règlement des différends entre les parties, y compris la possibilité de soumettre un différend à la Cour de justice conformément à l'article 273 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (art. 14), la ratification, l'approbation ou l'acceptation (art. 15), l'entrée en vigueur (art. 16), l'application provisoire (art. 17) et les textes faisant foi (art. 18).

COMPÉTENCE

3.1. Le 19 novembre 2018, le Groupe de travail traités mixtes, institué par l'accord de coopération du 8 mars 1994 entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions 'relatif aux modalités de conclusion des traités mixtes', a constaté le caractère mixte de l'Accord, et a

⁶ Une clause de survie est toute disposition d'un traité bilatéral d'investissement « qui proroge pour une période supplémentaire la protection des investissements réalisés avant la date d'extinction dudit traité » (article 1, point 7), de l'Accord). Les traités d'investissement auxquels la Belgique est partie ne comportent toutefois pas de pareilles dispositions.

considéré que, tant les compétences de l'autorité fédérale que celles des régions s'y trouvent impliquées ⁷.

Cette qualification des compétences avait également été invoquée en ce qui concerne l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et ses États membres d'une part, et la République de Singapour, d'autre part, dont le contenu est comparable. Dans l'avis sur l'avant-projet de décret d'assentiment de la Région flamande y relatif, le Conseil d'État, section de législation, avait cependant observé ce qui suit à cet égard :

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

3.2. L'Accord présentement soumis pour avis met fin aux traités bilatéraux d'investissement et aux clauses de survie concernés (section 2 de l'Accord) et prévoit dans ce cadre des dispositions accompagnatrices et transitoires, qui créent également de nouveaux droits et obligations, tant sur le plan du droit procédural que sur le plan du droit matériel (section 3 de l'Accord).

Il s'impose de considérer que les traités bilatéraux d'investissement concernés imposent également certaines obligations aux communautés, notamment en ce qui concerne la manière dont elles traitent les investissements visés par ces traités dans le cadre de leurs propres compétences. Par conséquent, les communautés devront également se conformer, tant en ce qui concerne leur action normative, qu'en ce qui concerne l'exercice de leurs compétences instrumentales, au droit (transitoire) qui est actuellement élaboré, sous la forme d'un accord autonome, relativement à la résiliation de ces traités bilatéraux d'investissement.

3.3. Au regard de ce qui précède, force est dès lors de conclure que l'Accord est un traité « doublement mixte », auquel non seulement l'autorité fédérale et les régions, mais aussi les communautés doivent donner leur assentiment ⁹.

⁷ Le rapport du groupe de travail traités mixte a été implicitement confirmé par la Conférence interministérielle de Politique Étrangère, comme en témoigne la lettre du Ministre des Affaires étrangères et de la Défense du 3 mars 2020 au Ministre-Président du Gouvernement flamand.

⁸ Avis C.E. 65.244/VR du 19 mars 2019 sur un avant-projet devenu le décret du 3 juillet 2020 ‘houdende instemming met de investeringsbeschermingsovereenkomst tussen de Europese Unie en haar lidstaten, enerzijds, en de Republiek Singapore, anderzijds, ondertekend te Brussel op 19 oktober 2018’, point 3.3 (*Doc. parl.*, Parl. fl., 2019-20, n° 347/1, (25), 29).

⁹ Voir dans le même sens déjà l'avis C.E. 68.048/VR du 12 novembre 2020 sur un avant-projet de décret ‘houdende instemming met de overeenkomst tot beëindiging van bilaterale investeringsverdragen tussen de lidstaten van de Europese Unie, ondertekend te Brussel op 5 mei 2020’.

FORMALITÉS

4.1. Conformément à l'article 31, paragraphe 2, de la Convention 'instituant l'Union économique belgo-luxembourgeoise, signée à Bruxelles le 25 juillet 1921', le Grand-Duché de Luxembourg doit être entendu avant que l'Accord soit conclu. Il faudra veiller à ce qu'il soit satisfait à cette formalité ¹⁰.

4.2. L'article 6, § 2, de l'ordonnance du 8 septembre 1994 'portant création du Conseil économique et social de la Région de Bruxelles-Capitale' prescrit l'avis de ce Conseil, sur tous les avant-projets d'ordonnance portant sur des matières visées à l'article 6, § 1^{er}, parmi lesquelles celles « relevant de la compétence de la Région et ayant une incidence sur sa vie économique et sociale ». On ne saurait exclure que l'Accord auquel il est donné assentiment ait une telle incidence ¹¹.

L'avis du Conseil économique et social (Brupartners) a été demandé, mais n'est pas encore joint. Il faudra veiller à ce qu'il soit également satisfait à cette formalité.

OBSERVATION GÉNÉRALE

5.1. Invité à apporter des précisions concernant la mention de l'Irlande en tant que partie contractante à l'Accord, alors que l'exposé des motifs ne mentionne pas l'Irlande comme un des signataires de l'accord d'extinction, le délégué a répondu :

« De Overeenkomst werd op 5 mei 2020 door de Permanente Vertegenwoordigers van 23 EU-lidstaten in Brussel ondertekend.

Een beperkt aantal EU-lidstaten kon zich aan het einde van het onderhandelingsproces niet vinden in het evenwicht dat werd bereikt en koos ervoor de Overeenkomst niet te ondertekenen.

Deze lidstaten zijn verplicht hun intra-EU BIT's via bilaterale weg te beëindigen om uitvoering te geven aan het arrest Achmea van het Hof van Justitie. Het gaat hier over Finland, Oostenrijk en Zweden.

Ierland beschikt niet over intra-EU BIT's en is aldus geen partij bij deze Overeenkomst ».

¹⁰ Voir également avis C.E. 68.048/VR

¹¹ Voir également l'avis C.E. 67.753/1/V du 10 août 2020 sur un avant-projet devenu l'ordonnance du 15 avril 2021 'portant assentiment à l'accord entre le Royaume de Belgique et la République d'Arménie sur l'exercice des activités à but lucratif par des membres de la famille du personnel de missions diplomatiques et de postes consulaires, signé à Bruxelles le 4 décembre 2018', observation 4, *Doc. parl.*, Rég. Brux.-Cap., 2020-21, n° A-261/1, 9-10. ; avis C.E. 57.922/1/V du 11 août 2015 sur un avant-projet devenu l'ordonnance du 18 février 2016 'portant assentiment à l'Accord relatif à la participation de la République de Croatie à l'Espace économique européen, à l'Acte final et aux trois accords y afférents, faits à Bruxelles le 11 avril 2014 et le 5 novembre 2014, observation 2, *Doc. parl.*, Parl. br., 2015-16, n° A-233/1, 6.

5.2. Il convient d'observer que l'annexe à l'ordonnance d'assentiment n'est qu'un document préparatoire et non la version finale de l'Accord. Par conséquent, l'annexe de l'avant-projet doit être remplacée par la version signée de l'Accord telle qu'elle a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne*¹². L'Irlande n'y est pas mentionnée comme partie contractante.

EXAMEN DE L'ACCORD¹³

Extinction des traités bilatéraux d'investissement

6. Conformément à l'article 4, paragraphe 2, de l'Accord, un traité bilatéral d'investissement mentionné à l'annexe A s'éteint à la date à laquelle l'Accord entre en vigueur pour les deux parties à ce traité. Il en résulte que l'extinction des treize traités bilatéraux d'investissement conclus par la Belgique ne se produira probablement pas à la même date. Dès lors qu'il sera ainsi difficile pour les justiciables de déterminer la date d'extinction d'un traité d'investissement donné, il conviendra de fournir des informations à ce sujet en temps opportun par la voie du *Moniteur belge*.

Extinction des clauses d'arbitrage

7. L'article 4, paragraphe 1, de l'Accord confirme explicitement que les clauses d'arbitrage sont contraires au droit de l'Union, qu'elles sont donc inapplicables et qu'à compter de la date à laquelle la dernière des deux parties à un Traité bilatéral d'investissement est devenue un État membre de l'Union européenne, elles ne peuvent plus fournir de fondement juridique à une Procédure d'arbitrage.

Les effets de l'arrêt *Achmea* n'ayant pas été limités dans le temps par la Cour de justice, cet arrêt doit être réputé prendre effet *ex tunc*. Il convient dès lors d'écarter en principe¹⁴ l'application des clauses d'arbitrage visées à compter de la date à laquelle le droit de l'Union est devenu applicable aux deux parties contractantes à un traité bilatéral d'investissement. L'article 4, paragraphe 1, de l'Accord, qui n'a qu'un effet déclaratif à cet égard, ne pose dès lors pas de problème en soi.

Le régime de procédures d'arbitrage nouvelles, achevées et en cours

8. L'article 5 de l'Accord dispose que les clauses d'arbitrage ne peuvent servir de fondement juridique à des *procédures d'arbitrage nouvelles*. Les procédures d'arbitrage nouvelles sont toute procédure d'arbitrage ouverte à partir du 6 mars 2018 (article 1, point 6), de l'Accord).

¹² JO L169/1 du 29 mai 2020.

¹³ Voir aussi avis C.E. 68.048/VR.

¹⁴ Voir, ci-après, l'observation 8.

L'article 5 de l'Accord vise par conséquent à instaurer rétroactivement une interdiction formelle d'ouvrir à partir du 6 mars 2018 des procédures d'arbitrage nouvelles sur la base de clauses d'arbitrage encore en vigueur. Cette disposition n'est toutefois opposable aux justiciables qu'à partir du moment où l'Accord entre en vigueur à l'égard des parties contractantes à un traité d'investissement déterminé. En effet, l'arrêt *Achmea* ne peut être considéré comme ayant rendu cette interdiction formellement opposable à partir de la date précitée. Par conséquent, des procédures d'arbitrage peuvent, nonobstant l'arrêt *Achmea*, encore être engagées *de facto* depuis le 6 mars 2018 par des investisseurs sur la base d'une clause d'arbitrage figurant dans un traité d'investissement, et ce jusqu'à ce que l'Accord soit entré en vigueur et ait été publié à l'égard des parties contractantes à ce traité d'investissement et jusqu'à ce qu'il soit mis fin à ce traité lui-même.

À ce propos, il convient aussi de constater que l'article 7 de l'Accord prévoit effectivement qu'à partir du 6 mars 2018, d'autres procédures d'arbitrage nouvelles seront ouvertes, le cas échéant, dès lors que les obligations envers les parties contractantes, énoncées à l'article 7, s'appliquent également dans le cas de procédures d'arbitrage nouvelles.

La question se pose de savoir dès lors quels sont précisément les effets juridiques (rétroactifs) visés par l'article 5 de l'Accord. On peut également se demander pour quel motif aucun régime transitoire n'est prévu pour les procédures d'arbitrage nouvelles, à l'instar de ce qui est le cas pour les procédures d'arbitrage en cours (voir les articles 8, 9 et 10 de l'Accord), puisque, sur la base d'un traité d'investissement encore en vigueur et des clauses d'arbitrage qu'il contient, de nouvelles procédures peuvent en tout cas encore être ouvertes à partir du 6 mars 2018 et que cette possibilité a également été expressément prise en compte à l'article 7 de l'Accord.

9. L'article 6, paragraphe 1, de l'Accord dispose que ce dernier n'affecte pas les *procédures d'arbitrage achevées* et que ces procédures ne peuvent pas être rouvertes. Les procédures d'arbitrage achevées sont toute procédure d'arbitrage ayant abouti à un accord de règlement transactionnel ou à une sentence finale rendue avant le 6 mars 2018 lorsque la sentence a été dûment exécutée avant cette date, ou que la sentence a été annulée avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord (article 1, point 4), de l'Accord).

Étant donné que le droit de l'Union reconnaît l'importance de la chose jugée, même si cela a pour conséquence que le droit de l'Union n'est pas pleinement appliqué,¹⁵ ce dispositif paraît pouvoir être accepté dans le cadre des suites données à l'arrêt *Achmea*.

10.1. Les articles 8, 9 et 10 de l'Accord comportent un régime transitoire pour les *procédures d'arbitrage en cours*. Les procédures d'arbitrage en cours sont toute procédure d'arbitrage ouverte avant le 6 mars 2018 et ne pouvant être considérée comme une procédure achevée, quelle que soit la phase dans laquelle elle se trouve au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord (article 1, point 5), de l'Accord).

¹⁵ CJUE 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, § 60 : « Le droit de l'Union n'exige donc pas que, pour tenir compte de l'interprétation d'une disposition pertinente de ce droit adoptée par la Cour postérieurement à la décision d'un organe juridictionnel revêtu de l'autorité de la chose jugée, celui-ci doive, par principe, revenir sur cette décision ».

L'article 8 de l'Accord fixe les conditions auxquelles les mesures transitoires fixées aux articles 9 et 10 de l'Accord sont d'application.

L'article 9 de l'Accord prévoit pour l'investisseur la possibilité de demander à une partie contractante à un traité d'investissement d'ouvrir une procédure de règlement transactionnel, avec l'intervention d'un facilitateur impartial, à condition que la procédure d'arbitrage en cours ou la mise en œuvre d'une sentence déjà obtenue soit suspendue. Aucune procédure de règlement transactionnel n'est ouverte si la Cour de justice ou une juridiction nationale a jugé, dans un arrêt devenu définitif, que la mesure contestée dans la procédure d'arbitrage en cours n'enfreint pas le droit de l'Union. Il en va de même si la Commission européenne a adopté une décision, devenue définitive, selon laquelle la mesure n'enfreint pas le droit de l'Union. Le contenu du règlement transactionnel visé doit être en conformité avec le droit de l'Union.

L'article 10 de l'Accord prévoit la possibilité de soumettre la mesure contestée dans le cadre d'une procédure d'arbitrage en cours à une juridiction nationale, par la voie des recours juridictionnels prévus par le droit national, à condition que, conformément à l'article 10, paragraphe 1, a), de l'Accord, l'investisseur se retire de la procédure d'arbitrage en cours et renonce à tous droits et réclamations au titre de traité bilatéral d'investissement. Seules des demandes fondées sur le droit national ou le droit de l'Union peuvent alors être introduites, conformément à l'article 10, § 1, b), de l'Accord.

10.2. Il résulte des articles 9 et 10 de l'Accord qu'un investisseur qui se prévaut des mesures transitoires prévues par ces articles doit renoncer à l'application des règles de procédure prévues par le traité d'investissement, tandis qu'en vertu de l'article 10 de l'Accord, l'investisseur doit en outre renoncer aux droits matériels et réclamations qui découlent pour lui de ce traité.

La question se pose de savoir si cette limitation des droits des investisseurs est raisonnablement justifiée et si cette limitation peut être réputée conforme à certaines normes constitutionnelles et conventionnelles.

10.3. Dans l'arrêt *Achmea*, la Cour de justice estime qu'un tribunal arbitral institué par un accord bilatéral d'investissement ne saurait être considéré comme étant une « juridiction d'un des États membres », au sens de l'article 267 TFUE, et n'est dès lors pas habilitée à saisir la Cour à titre préjudiciel (point 49 de l'arrêt). La Cour de Justice a conclu qu'en raison de la nature des tribunaux arbitraux et des pouvoirs qui leur sont conférés, « les articles 267 et 344 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition contenue dans un accord international conclu entre les États membres (...), aux termes de laquelle un investisseur de l'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État membre, introduire une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral, dont cet État membre s'est obligé à accepter la compétence » (point 60 de l'arrêt). Par conséquent, les dispositions de procédure concernées de ces traités ne peuvent en principe plus être appliquées, dès lors qu'elles sont contraires au droit de l'Union. Cet effet de l'arrêt *Achmea* peut constituer une justification suffisante pour ne pas appliquer les dispositions de procédure concernées des traités d'investissement dans le régime transitoire instauré par l'Accord en ce qui concerne les procédures d'arbitrage en cours.

Toutefois, étant donné que les effets de l'arrêt *Achmea* se limitent aux dispositions de procédure des traités d'investissement, cet arrêt ne peut en soi constituer une justification pour ne pas appliquer d'autres dispositions de ces traités, parmi lesquelles celles qui constituent un fondement à l'exercice de certains droits par l'investisseur ou à l'introduction de certaines demandes. Il convient certes de déduire du neuvième alinéa du préambule de l'Accord que l'intention des parties à l'Accord n'est pas de porter atteinte aux droits matériels contenus dans les traités bilatéraux d'investissement. Le principe de non-discrimination relève de ce type de droit garanti à l'investisseur, droit qui est contenu dans chaque traité bilatéral d'investissement conclu par la Belgique et qui ferait l'objet d'un droit international coutumier¹⁶. On peut cependant douter que le régime transitoire, tel qu'il est actuellement prévu par l'Accord, réponde effectivement à la déclaration d'intention précitée des parties contractantes, dès lors que ce régime prévoit explicitement la renonciation aux droits et réclamations découlant du traité d'investissement.

10.4.1. L'obligation prévue pour l'investisseur, dans le cadre du régime transitoire contenu à l'article 10 de l'Accord, de renoncer aux réclamations qu'il peut faire valoir sur la base du traité d'investissement, paraît se heurter au droit à la propriété garanti par l'article 16 de la Constitution et l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la C.E.D.H.. La notion de propriété au sens de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel de la CEDH recouvre également des créances en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une « espérance légitime » d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété¹⁷. À cet égard, la Cour constitutionnelle a déjà déclaré ce qui suit :

« L'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel ne garantit pas le droit d'acquérir des biens (CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, § 50 ; 28 septembre 2004, *Kopecký c. Slovaquie*, § 35). Dans certaines circonstances, des attentes fondées relatives à la réalisation de futurs titres de propriété peuvent certes relever de la protection de la disposition conventionnelle précitée. Cela implique toutefois qu'il soit question d'un titre ayant force obligatoire et qu'il existe une base suffisante en droit national avant qu'un justiciable puisse invoquer une espérance légitime. Le simple espoir d'obtenir la jouissance d'un droit de propriété ne constitue pas pareille espérance légitime (CEDH, 28 septembre 2004, *Kopecký c. Slovaquie*, § 35) »¹⁸.

Les droits de créance qui sont basés sur un préjudice réel et ont une base réelle en droit, sont des droits patrimoniaux, protégés par le droit de propriété consacré par l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la CEDH¹⁹.

À moins qu'une justification raisonnable et adéquate puisse encore être apportée à la limitation du droit de propriété que l'article 10 de l'Accord instaure, l'article précité paraît comporter une limitation non justifiable du droit de propriété, dans la mesure où il contraint les investisseurs à renoncer à leurs créances découlant d'un traité d'investissement.

¹⁶ Voir par ex. M. BOSSUYT et J. WOUTERS, *Grondlijnen van internationaal recht*, Anvers, Intersentia, 2005, 865-867.

¹⁷ CEDH 28 septembre 2004, *Kopecký c. Slovaquie*, § 35.

¹⁸ CC 20 octobre 2016, n° 134/2016, B.15.

¹⁹ Voir en ce sens par exemple CEDH 6 octobre 2006, *Maurice c. France*, §§ 63-70.

10.4.2. Dans la mesure où les parties à l'Accord peuvent être réputées agir en exécution du droit de l'Union²⁰, la conclusion de l'Accord peut également relever du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tel qu'il est défini par son article 51. L'applicabilité de la Charte à la mise en œuvre de l'Accord est d'ailleurs confirmée explicitement par les parties à l'Accord à l'examen²¹. La Charte protégeant également le droit de propriété (article 17, paragraphe 1) et ce niveau de protection ne pouvant être inférieur au niveau de protection prévu par la CEDH conformément à l'article 52, paragraphe 3 de la Charte, il y a lieu de considérer que, dans la mesure où l'Accord se heurte à l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la CEDH, il se heurte également à l'article 17, paragraphe 1, de la Charte.

10.5. Il résulte de ce qui précède que le régime transitoire pour les procédures d'arbitrage en cours, prévu par l'Accord, dans la mesure où il implique que les investisseurs doivent renoncer aux droits matériels et réclamations qu'ils peuvent faire valoir au titre d'un traité bilatéral d'investissement (article 10 de l'Accord) ne peut être justifiée par l'arrêt *Achmea* et que, en outre, l'obligation de renoncer aux réclamations découlant de ce traité se heurte au droit de propriété garanti par l'article 16 de la Constitution, l'article 1^{er} du premier protocole à la CEDH et l'article 17, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux.

10.6. Enfin, il y a lieu de souligner que le droit de l'Union contient certes une obligation à se conformer à l'arrêt *Achmea*, mais qu'il n'y a pas d'obligation à le faire de la manière prévue par l'Accord. En effet, la primauté du droit de l'Union ne va pas jusqu'à se faire au détriment de la sauvegarde des droits fondamentaux²².

Application à titre provisoire de l'Accord

11. L'article 17 de l'Accord donne la possibilité d'appliquer l'Accord à titre provisoire lorsque les deux parties le décident dans un traité bilatéral d'investissement.

En ce qui concerne l'application provisoire des traités, le Conseil d'État, section de législation, a observé dans l'avis 53.064/VR²³ ce qui suit :

« Krachtens artikel 167, § 3, van de Grondwet hebben verdragen eerst gevolg nadat zij de instemming van de betrokken Parlementen hebben verkregen.²⁴

Met een voorlopige toepassing van het zetelakkoord wordt vooruitgelopen op de instemming ermee van het Vlaams Parlement en wordt het Parlement voor de keuze gesteld ofwel de voorlopige toepassing te bekrachtigen, ofwel, in geval van

²⁰ Compte tenu du fait que l'Accord, bien que n'étant pas un acte de l'Union, est conclu en vue de se conformer à l'arrêt *Achmea* de la Cour de justice.

²¹ Voir le onzième paragraphe du préambule de l'Accord.

²² CJCE 3 mai 2005, *Berlusconi e.a.*, C-387/02, C-391/02 et C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270, points 75-78.

²³ Avis C.E. 53.064/VR du 6 mai 2013 sur un avant-projet de décret de la Communauté flamande et de la Région flamande 'tot instemming met het akkoord tussen het Koninkrijk België en de Europese Unie over de voorrechten en immuniteiten van het Secretariaat van de Parlementaire Assemblee van de Unie voor de Mediterrane Regio, ondertekend in Brussel op 10 juli 2012', observation 3.2.

²⁴ Note 4 de l'avis cité : Alhoewel artikel 67, § 3, van de Grondwet enkel betrekking heeft op de verdragen waarin aangelegenheden worden geregeld die uitsluitend tot de gemeenschaps- en gewestbevoegdheid behoren, geldt de erin opgenomen regel, gelet op de onderlinge samenhang tussen de paragrafen 2 tot 4 van dat artikel, eveneens ten aanzien van de gemengde verdragen.

niet-instemming, de Belgische Staat tegenover de medeondertekenaar van de Overeenkomst in een delicate positie te plaatsen. Dat is een beperking op het recht van het Vlaams Parlement om vrij te oordelen of het al dan niet zijn instemming kan verlenen.

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

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

L'observation précitée vaut *mutatis mutandis* aussi pour l'Accord à l'examen.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET

12. Comme le mentionne l'observation 5.2, il y a lieu de joindre la version correcte de l'Accord au projet déposé au Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Wouter PAS