

procedurele regels kunnen en moeten waarborgen als partijen hun transactie toch willen doorzetten. Indien derden een overname betwisten, zullen zij er niet mee kunnen volstaan om gaten te prikken in het onderzoek van de Commissie maar zullen zij daarentegen zelf naar het Gerecht (of naar een nationale rechter) moeten trekken om de concentratie te doen verbieden (een zware opgave).

J. Blockx³⁴

Voetnoten

- 1 Tot 30 juni 2018 werden 6999 zaken aangemeld volgens de statistieken van de Commissie die maandelijks geüpdatet worden <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.
- 2 Verordening (EG) 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEU* 2004, L 24/1, 29 januari 2004.
- 3 GvEA EG 13 juli 2006, T-464/04, ECLI:EU:T:2006:216 (*Impala/Commissie*). Dit arrest werd wel vernietigd door HvJ EG 10 juli 2008, C-413/06 P, ECLI:EU:C:2008:392 (*Bertelsmann en Sony/Impala*).
- 4 Besluit van de Commissie van 30 januari 2013 in zaak COMP/M.6570 – UPS/TNT Express (C(2013)431 final).
- 5 In het verzoekschrift van blijkens het bericht in het *Publicatieblad* sprake van vijf middelen (zie *PbEU* 2013, C147/30, 25 mei 2013), maar deze werden door het Gerecht dus vernummerd tot drie middelen.
- 6 Gerecht EU 7 maart 2017, T-194/13, ECLI:EU:T:2017:144, r.o. 205 (*UPS/Commissie*).
- 7 Een continue variabele is een variabele die een onbeperkt aantal waarden kan hebben binnen een bepaalde marge (bijvoorbeeld elke waarde tussen 0 en 10), terwijl een gediscretiseerde variabele slechts een beperkt aantal waarden kan hebben (bijvoorbeeld enkele gehele getallen tussen 0 en 10).
- 8 Gerecht EU 7 maart 2017, T-194/13, ECLI:EU:T:2017:144, r.o. 210 (*UPS/Commissie*).
- 9 HvJ EU, C-265/17 P, *PbEU* 2017, C 231/21, 17 juli 2017.
- 10 Besluit van de Commissie van 10 oktober 2014 in zaak COMP/M.7000 – Liberty Global/Ziggo (C(2014)7241 final).
- 11 Wat dat laatste betreft: de belangrijkste minderheidsaandeelhouder van Liberty Global, John Malone, is ook een belangrijke minderheidsaandeelhouder van Discovery. De Commissie had in haar beslissing de vraag over mogelijke controle van John Malone over Liberty Global en Discovery echter opengelaten. Zie Besluit van de Commissie van 10 oktober 2014 in zaak COMP/M.7000 – Liberty Global/Ziggo (C(2014)7241 final), r.o. 3.
- 12 Zie artikel 4 lid 1 Verordening (EG) 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEU* 2004, L 24/1, 29 januari 2004.
- 13 Dit is bijvoorbeeld het geval in het Verenigd Koninkrijk waar de Competition and Markets Authority concentraties kan onderzoeken tot vier maanden nadat ze publiek zijn gemaakt of voltrokken zijn (section 24(2)(b) Enterprise Act 2002). Een voorafgaande aanmelding is niet verplicht maar de meerderheid van de concentraties die de autoriteit onderzoekt worden toch aangemeld door de partijen die op die manier rechtszekerheid willen verkrijgen.
- 14 Een meer gedetailleerd overzicht van de rechtspraak over deze nietigheidsgronden bevindt zich onder andere in A. Renshaw & J. Blockx, 'Judicial review of mergers in the EU', *The Antitrust Bulletin* 2013, p. 495.
- 15 Voor onsuccesvolle pogingen, zie GvEA EG 21 september 2005, T-87/05, ECLI:EU:T:2005:333, r.o. 86-98 (*Energias de Portugal/Commissie*) en GvEA EG 4 februari 2009, T-145/06, ECLI:EU:T:2009:27, r.o. 87-111 (*Omya/Commissie*).
- 16 Zie bijvoorbeeld GvEA EG 23 februari 2006, T-282/02, ECLI:EU:T:2006:64, r.o. 23-149 (*Cementbouw Handel & Industrie/Commissie*), bevestigd in HvJ EG 18 december 2007, C-202/06 P, ECLI:EU:C:2007:814, r.o. 35-48 (*Cementbouw Handel & Industrie/Commissie*).
- 17 Zie, onder andere, HvJ EG 15 februari 2005, C-12/03 P, ECLI:EU:C:2005:87, r.o. 39 (*Commissie/Tetra Laval*) en GvEA EG 14 december 2005, T-210/01, ECLI:EU:T:2005:456, r.o. 60 (*General Electric/Commissie*).
- 18 HvJ EG 10 juli 2008, C-413/06, ECLI:EU:C:2008:392, r.o.145 (*Bertelsmann en Sony/Impala*).
- 19 HvJ EG 15 februari 2005, C-12/03 P, ECLI:EU:C:2005:87, r.o. 39 (*Commissie/Tetra Laval*); HvJ EG 10 juli 2008, C-413/06, ECLI:EU:C:2008:392, r.o. 145 (*Bertelsmann en Sony/Impala*), en GvEA EG 14 december 2005, T-210/01, ECLI:EU:T:2005:456, r.o. 63 (*General Electric/Commissie*).
- 20 Merk op dat de schending van de motiveringsplicht ook aanzien kan worden als een schending van de verdragen aangezien die plicht vervat zit in artikel 296 VWEU en dus aanzien kan worden als deel van de derde nietigheidsgrond (zoals gedaan wordt door D. Paemen & J. Blondeel, 'Appealing EU Cartel Decisions before the European Courts: Winning (and Losing) Arguments', *Business Law International* 2017, p. 155-183). Aangezien het een vormvoorschrift betreft, lijkt me de tweede nietigheidsgrond echter specifiek.
- 21 Gerecht EU 7 maart 2017, T-194/13, ECLI:EU:T:2017:144, r.o. 214 (*UPS/Commissie*). Zie ook het besluit van de Commissie van 30 januari 2013 in zaak COMP/M.6570 – UPS/TNT Express (C(2013)431 final), met name r.o. 727 en 735.
- 22 Gerecht EU 26 oktober 2017, T-394/15, ECLI:EU:T:2017:756, r.o. 62 (*KPN/Commissie*).
- 23 De lijst hieronder bevat het aantal verzoeken om nietigverklaring van concentratiebeslissingen van de Commissie tussen 1997 en 2016 volgens de catalogisering van het Hof van Justitie (die weliswaar niet geheel betrouwbaar is aangezien sommige concentratiezaken niet als concentratiezaken worden gecatalogiseerd): '97 – 0; '98 – 0; '99 – 0; '00 – 1; '01 – 0; '02 – 5; '03 – 5; '04 – 4; '05 – 4; '06 – 4; '07 – 4; '08 – 2; '09 – 3; '10 – 3; '11 – 1; '12 – 3; '13 – 0; '14 – 1; '15 – 3; '16 – 2; '17 – 1. Bron: zoekformulier van het Hof van Justitie.
- 24 Namelijk in de arresten in GvEA EG 6 juni 2002, T-342/99, ECLI:EU:T:2002:146 (*Airtours/Commissie*); GvEA EG 22 oktober 2002, T-310/01, ECLI:EU:T:2002:254 (*Schneider Electric/Commissie*); GvEA EG 25 oktober 2002, T-5/02, ECLI:EU:T:2002:264 (*Tetra Laval/Commissie*).
- 25 Overname goedgekeurd door besluit van de Commissie van 8 januari 2016 in zaak COMP/M.7630 – Fedex/TNT Express (C(2015)9826 final).
- 26 Besluit van de Commissie van 10 oktober 2001 in zaak COMP/M.2283 – Schneider/Legrand (SG(2001)D/291745).
- 27 GvEA EG 22 oktober 2002, T-310/01, ECLI:EU:T:2002:254 (*Schneider Electric/Commissie*).
- 28 HvJ EU 9 juni 2010, C-440/07 P, ECLI:EU:C:2010:324 (*Commissie/Schneider Electric*).
- 29 Zaak ingeleid bij Gerecht EU onder zaaknummer T-834/17, *PbEU* 2018, C 72/41, 26 februari 2018.
- 30 Besluit van de Commissie van 30 mei 2018 in zaak COMP/M.7000 – Liberty Global/Ziggo. Een publieke versie van dit besluit is nog niet beschikbaar. De Commissie publiceerde wel een persbericht (met nummer IP/18/3984).
- 31 Zie artikel 10 lid 5 Verordening (EG) 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEU* 2004, L 24/1, 29 januari 2004.
- 32 Besluit van de Commissie van 3 augustus 2016 in zaak COMP/M.7978 – Vodafone/Liberty Global/Dutch JV (C(2016)5165 final).
- 33 Zaak ingeleid bij Gerecht EU onder zaaknummer T-370/17, *PbEU* 2017, C 249/47, 31 juli 2017.
- 34 Jan Blockx is mandaatassistent aan de Faculteit Rechten van de Universiteit Antwerpen.

HOF VAN JUSTITIE

161 Een trip door de jungle van externe bevoegdheden: het Hof wijst de weg in de OTIF-zaak

Zaak C-600/14, Duitsland/Raad

Arrest van 5 december 2017 (Grote kamer), ECLI:EU:C:2017:935; conclusie van A-G M. Szpunar van 24 april 2017, ECLI:EU:C:2017:296

Beroep tot nietigverklaring – Extern optreden van de Unie – Artikel 216 lid 1 VWEU – Artikel 218 lid 9 VWEU – Bepaling van het namens de Unie in te nemen standpunt in een krachtens een internationale overeenkomst opgericht lichaam – Herzieningscommissie van de Inter-gouvernementele Organisatie voor het Internationale Spoorwegvervoer – Amendement op het Verdrag betreffende het Internationale Spoorwegvervoer en op de aanhangsels daarvan – Gedeelde bevoegdheid van Unie en lidstaten – Externe bevoegdheid van de EU op een gebied waar de Unie nog geen gemeenschappelijke regels heeft vastgesteld – Geldigheid van genomen

EU-besluit – Motiveringsplicht – Beginsel van loyale samenwerking – Beginsel van effectieve rechterlijke bescherming

1. Feiten en procesverloop

Sinds medio 2011 zijn de Europese Unie en 26 van haar lidstaten aangesloten bij de Intergouvernementele Organisatie voor het Internationale Spoorwegvervoer (*Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires* – hierna: OTIF), die is gegrondvest op het Verdrag betreffende het Internationale Spoorwegvervoer (*Convention relative aux transports internationaux ferroviaires* – hierna: COTIF).¹ Deze organisatie en het onderliggende verdrag richten zich op de bevordering, verbetering en vergemakkelijking van het internationale spoorwegvervoer, met name door het opstellen van uniforme regels voor de relevante rechtsgebieden. Malta en Cyprus hebben zich er niet bij aangesloten, gelet op hun beperkte territoriale omvang, railinfrastructuur en geografische ligging. Medio 2014 vond een bijeenkomst plaats van de zgn. Herzieningscommissie van de OTIF, een periodiek forum waar voorstellen tot wijziging van de COTIF kunnen worden ingediend. In de aanloop daarnaartoe nam de Raad van Ministers, op voorstel van de Europese Commissie, een besluit aan dat de standpunten van de EU fixeerte ten aanzien van de ingediende voorstellen tot wijziging.² Op de zitting van de Herzieningscommissie heeft de Europese Commissie de visie van de Unie gepresenteerd, conform het vastgestelde besluit. Duitsland stemde daarbij echter tegen en eiste een eigen stemrecht, omdat de Unie niet bevoegd zou zijn een standpunt vast te stellen over de materie die in een aantal van de ingediende wijzigingsvoorstellen aan de orde was. De voorgestelde wijzigingen werden desondanks met een meerderheid van stemmen aangenomen. De Bondsrepubliek stelde vervolgens een vernietigingsberoep ex artikel 263 VWEU in bij het Hof van Justitie, steunend op drie middelen: ten eerste, schending van artikel 5 lid 2 VEU en het daarin vastgelegde principe van geattribueerde bevoegdheden; ten tweede, schending van de motiveringsplicht opgenomen in artikel 296 VWEU; ten derde, schending van het beginsel van loyale samenwerking in combinatie met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming. Het beroep ontving steun van de interveniënten Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk, terwijl de Commissie partij koos voor de Raad.

2. Oordeel van het Hof

Het Hof beoordeelt de Duitse middelen conform de volgorde van indiening. In de beoordeling van de eerste grief herinnert het allereerst aan het attributiebeginsel (artikel 5 VEU) en de doctrine van impliciete bevoegdheden.³ Het wijst erop dat naar vaste rechtspraak onderscheid moet worden gemaakt tussen het bestaan van een externe bevoegdheid van de Unie en de eventuele exclusieve aard daarvan.⁴ Uit de actuele bewoordingen van artikel 216 lid 1 en artikel 3 lid 2 VWEU blijkt dat de Unie niet alleen een externe bevoegdheid bezit wanneer zij over een exclusieve bevoegdheid beschikt. Zodoende is dit volgens het Hof eveneens mogelijk, anders dan Duitsland had betoogd, buiten de letter van artikel 3 lid 2 VWEU om. De huidige casus zou kunnen vallen onder de tweede situatie genoemd in artikel 216 lid 1 VWEU, waarin het sluiten van een overeenkomst nodig is om in het kader van het beleid van de Unie een doelstelling vermeld in de Verdragen te realiseren. Volgens het Hof weerspiegelt ook deze optie vaste rechtspraak, en geldt hierbij niet de voorwaarde dat eerder Unieregels zijn vastgesteld die kunnen worden aangetast.

Het gaat vervolgens na of dit pad in de huidige casus bewandelbaar is, waarmee dan de externe bevoegdheid wel degelijk voorhanden zou zijn geweest op basis waarvan de EU een standpunt over de kwestieuze amendementen had mogen vaststellen.⁵ In dit verband wordt het doel van de COTIF en de te amenderen bijlagen onder de loep genomen, evenals artikel 91 lid 1 sub a VWEU dat de Uniewetgever toestaat gemeenschappelijke regels vast te stellen voor internationaal vervoer vanuit of naar het grondgebied van een lidstaat, of over het grondgebied van een of meer lidstaten. Omdat de COTIF en de geviseerde amendementen geacht kunnen worden bij te dragen aan de doelstellingen van het Europese gemeenschappelijk vervoersbeleid, dat tevens een extern aspect omvat, was volgens het Hof de omstreden standpuntbepaling door de Unie noodzakelijk om die doelstellingen te verwezenlijken. Direct hierna strandt het argument van Duitsland dat de Unie op het gebied van vervoer alleen extern zou kunnen optreden nadat ze eerst, door de vaststelling van gemeenschappelijke regels, intern is opgetreden; het bestaan van een externe bevoegdheid van de EU is namelijk in geen geval afhankelijk van een voorafgaande uitoefening van een interne regelgevende bevoegdheid. In dit kader verwijst het Hof naar zijn geruchtmakende Advies 2/15, waarin werd

verkondigd dat de bepalingen in de vrijhandelsovereenkomst met Singapore ten aanzien van buitenlandse indirecte investeringen onder een gedeelde bevoegdheid vallen, terwijl van enig optreden van de Unie op intern vlak door de vaststelling van regels van afgeleid recht nog geen sprake was.⁶ In dat Advies stelde het Hof dat de bepalingen inzake buitenlandse indirecte investeringen niet alleen door de EU konden worden goedgekeurd. Daarmee nam het echter alleen akte van het feit dat de Raad had gesteld dat het onmogelijk was de vereiste meerderheid te verkrijgen om de Unie alleen de externe bevoegdheid te laten uitoefenen die zij op dit gebied met de lidstaten deelt. In casu heeft de Raad derhalve, met de aannahme van het besluit dat het standpunt van de Unie bepaalde over de ingediende wijzigingen aan de COTIF, het beginsel van geattribueerde bevoegdheden evenmin geschonden.

Het Hof verwerpt voorts de grief inzake de schending van de motiveringsplicht, aangezien de materiële en procedurele rechtsbasis correct in het aangevochten besluit zijn vermeld, en daarmee nauwkeurig te identificeren.⁷ Tot slot faalt het Duitse middel over een schending van het beginsel van loyale samenwerking in combinatie met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming. De Bondsrepubliek stelt dat het haar onmogelijk was gemaakt om tegen het bestreden besluit beroep in te stellen en te verzoeken om opschorting van de tenuitvoerlegging voordat het onomkeerbare gevolgen zou sorteren. Volgens het Hof bestond daartoe wel degelijk voldoende gelegenheid, en deden onomkeerbare gevolgen zich niet voor – onder meer omdat de EU in de OTIF eventueel nog altijd terug zou kunnen komen op het besluit, aangezien zij er over een meerderheid van stemmen beschikt.

3. Analyse

3.1. Bredere context

De specialisten *EU external relations law* hoeven zich vandaag de dag nauwelijks een moment te vervelen. Het vakgebied staat in volle bloei, en de ontwikkelingen buitelen haast over elkaar heen.⁸ Wie nog amper het kwikzilverachtige Advies 1/13 verwerkt had, kreeg inmiddels weer nieuwe surprises voorgeschoteld, bijvoorbeeld met de recente uitspraak in de *Achmea*-zaak.⁹ Een aanzienlijk deel van de jurisprudentie betreft het leerstuk van de externe bevoegdheden, dat niet ten onrechte wel als een jungle wordt aangeduid.¹⁰ Het arrest in de voorliggende

zaak reikt als het ware een kapmes aan, waarmee het iets eenvoudiger wordt om een weg door het oerwoud te banen. De discussies tussen de Unie en haar lidstaten over de juiste haktechniek zullen desondanks nog wel enige tijd voortduren. Dit gekissebis is geen onnatuurlijk verschijnsel. De EU wijkt in dit opzicht, hoe *sui generis* ze zich ook voordoet, eigenlijk niet zoveel af van andere internationale organisaties.¹¹ Bovendien zal elke poging om haar autonomie ten opzichte van de lidstaten verder te onderstrepen deze archetypische frictie alleen maar doen toenemen.

De *OTIF*-zaak draait om een meningsverschil tussen Duitsland en de Raad over een besluit van laatstgenoemde. Zoals hierboven beschreven, zag dit besluit op de vaststelling van een Uniestandpunt tijdens een zitting van de herzieningscommissie van de Organisatie voor het Internationale Spoorwegvervoer. Dit standpunt zag, op zijn beurt, op de goedkeuring van enkele amendementen op het onderliggende Verdrag betreffende het Internationale Spoorwegvervoer. In principe is het procedureel kader voor de wijziging van een internationale overeenkomst waar de Unie partij bij is hetzelfde als dat voor het sluiten ervan – namelijk het gedetailleerde traject voorgeschreven in artikel 218 VWEU. Lid 9 van die bepaling opent niettemin een snellere route, die in casu gevolgd werd, voor wanneer het gaat om het aannemen van handelingen met rechtsgevolg door een internationale organisatie; de Raad kan dan op voorstel van de Commissie een besluit vaststellen waarmee het standpunt van de Unie wordt bepaald.¹² Het door Duitsland aangespannen geding tegen het hier aangenomen besluit vertoont zodoende enige gelijkennis met de *OIV*-zaak, waarin eveneens artikel 218 lid 9 VWEU was toegepast voor het bepalen van een EU-standpunt in de Internationale Organisatie voor Wijnbouw en Wijnbereiding.¹³ Ook daar bleek de Bondsrepubliek zich niet in het resultaat te kunnen vinden, en delfde ze ten slotte het onderspit. De rechtsvragen in *OIV* weken echter af van die thans aan de orde in *OTIF*, mede omdat de Unie zelf geen lid is van die eerste organisatie, en wel van de tweede. Deze jurisprudentie vormt in zekere zin een spiegelbeeld van de bekende *PFOS*- en *IMO*-jurisprudentie, waarin juist lidstaten te ver voor de troepen bleken te zijn uitgelopen terwijl de Unie binnen de relevante organisaties nog geen (definitief) standpunt had vastgesteld.¹⁴ Evenwel is een procesmatige overeenkomst dat de Europese Commissie ondertussen ook een inbreukactie tegen Duitsland heeft

opgestart, zoals eerder tegen Griekenland en Zweden.¹⁵

De Raad heeft potentiële divergenties proberen te beperken door middel van een 'Algemene regeling betreffende het afleggen van EU-verklaringen in multilaterale organisaties', die dateert uit 2011. De Regeling stelt echter dat de Unie alleen verklaringen kan afleggen indien zij bevoegd is, en wanneer er een standpunt ligt waar conform de toepasselijke Verdragsbepalingen overeenstemming over werd bereikt. Bovendien hebben de daarin gemaakte afspraken over externe vertegenwoordiging en interne coördinatie uitdrukkelijk geen gevolgen voor de bevoegdheden uit hoofde van de Verdragen, en kan de Regeling evenmin worden ingeroepen om aanspraak op nieuwe bevoegdheden te maken.¹⁶ Betwisting van de competentie van de Unie vormde net de kern van het dispuut in *OTIF*.

3.2. Externe competenties: le système lisbonnais

Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is de bevoegdheden-systematiek nader gespecificeerd en (waar voorheen geput moest worden uit casuïstiek) in het primaire recht verankerd. De moderne fundamenten voor optreden in de externe sfeer zijn artikel 3 en 216 VWEU.

Artikel 216 VWEU omschrijft wanneer de Unie een overeenkomst met een of meer derde landen of internationale organisaties kan sluiten, te weten: wanneer de Verdragen daarin voorzien; wanneer het sluiten van een overeenkomst nodig is om, in het kader van het beleid van de Unie, een doelstelling in de Verdragen te verwezenlijken; wanneer daarin bij een juridisch bindende handeling van de Unie is voorzien; of wanneer zulks gevolgen kan hebben voor gemeenschappelijke regels of de strekking daarvan kan wijzigen.

Uit deze bepaling valt het bestaan van een externe bevoegdheid af te leiden, maar niet de aard ervan; daarvoor moeten we onze toevlucht nemen tot artikel 3 VWEU, in het bijzonder het tweede lid, dat preciseert wanneer de Unie exclusief bevoegd is een internationale overeenkomst te sluiten. Dit is het geval indien een wetgevingshandeling van de EU in die sluiting voorziet; ofwel, indien die sluiting noodzakelijk is om de EU in staat te stellen haar interne bevoegdheid uit te oefenen; ofwel, indien die sluiting gevolgen kan hebben voor gemeenschappelijke regels of de strekking daarvan kan wijzigen. Het achterliggende idee was om de eerdere rechtspraak van het Hof te codificeren. Op zich is dat redelijk gelukt, maar zoals sinds-

dien al vele commentatoren hebben opgemerkt, verdient het eindresultaat geen schoonheidsprijs – voornamelijk door het bezigen van ruimere formuleringen dan tot nu toe in de jurisprudentie vielen aan te treffen.¹⁷ Het Hof heeft de laatste jaren de continuïteit met de status quo ante beklemd, o.a. in het geruchtmakende Singapore-Advies van 2017. Daarmee erkende het indirect het suboptimale karakter van *le système lisbonnais*, zoals geschetst in de primair-rechtelijke bepalingen.

3.3. *Alive and kicking: impliciete gedeelde bevoegdheden*

Als gezegd verklaart artikel 3 lid 2 VWEU dat de EU over een exclusieve externe bevoegdheid beschikt als de sluiting van een internationale overeenkomst gevolgen kan hebben voor gemeenschappelijke regels of de strekking daarvan kan wijzigen. Dit conserveert de essentie van het befaamde *AETR*-arrest.¹⁸ Vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon had het Hof evenwel meermaals duidelijk gemaakt dat impliciete bevoegdheden eveneens een gedeeld karakter konden bezitten.¹⁹ Hoewel artikel 216 VWEU in dit opzicht continuïteit deed vermoeden, lanceerden sommigen de hypothese dat de variant in het huidige bestel verloren is gegaan.²⁰ Na eerdere gelijkaardige signalen, bevestigt het *OTIF*-arrest nu nog eens helder dat geruchten over dit sterfgeval schromelijk zijn overdreven. Het Hof heeft bovendien de reikwijdte verbreed, door het principe door te trekken naar standpuntbepalingen in internationale organisaties. Om ieder misverstand te voorkomen onderstreept het oordeel daarnaast dat de EU dergelijke gedeelde externe bevoegdheden kan uitoefenen zonder dat de lidstaten eerder interne bevoegdheden hebben uitgeoefend.²¹

3.4. *Toelichting op de 'noodzakelijkheidsroute'*

Een van de verdiensten van het Singapore-Advies was dat het de strekking van de term 'gemeenschappelijke regels' verduidelijkte, die zowel in artikel 3 als in artikel 216 VWEU voorkomt. Terwijl de Commissie betoogde dat dit mede op een Verdragsartikel zou moeten slaan, bleek volgens het Hof het bestaan van secundair recht cruciaal voor het construeren van een EU-competentie op die grondslag. Deze restrictieve interpretatie lag eigenlijk redelijk voor de hand. Was de conclusie anders geweest, dan zouden er in een onvoorzienbaar aantal beleidsdomeinen impliciete bevoegdheden kunnen ontstaan.²²

De *OTIF*-zaak draait echter om een andere route, namelijk de eventuele impliciete bevoegdheden in het geval dat de EU die nodig heeft om een doelstelling in de Verdragen te verwezenlijken. Hier speelt dus een noodzakelijkheidsvereiste een hoofdrol, maar hoeven er geen voorafgaande interne regels te bestaan.²³ Het Hof preciseert nu dat niet alleen voor de sluiting van internationale overeenkomsten er geen eerdere uitoefening van interne regelgevende bevoegdheid hoeft te zijn geweest, maar dat hetzelfde geldt voor de vaststelling van standpunten die namens de Unie worden ingenomen in internationale organisaties – zolang de bevoegdheid maar onontbeerlijk is om een Verdragsdoelstelling te realiseren. Het was in casu ook merkwaardig geweest om het tegenovergestelde te concluderen, aangezien de beoogde amendementen op de COTIF aantoonbaar aansloten bij de doelstellingen van het Europese gemeenschappelijke vervoersbeleid, en de nieuwe internationale regels binnen de Unie toepassing konden vinden in afwezigheid van EU-wetgeving. Opmerkelijk is tegelijk dat de daadwerkelijke *noodzaak* van supranationale bevoegdheden hier best ter discussie kan worden gesteld; het Hof lijkt zich nogal soepel op te stellen, en al genoeg te nemen met een passendheids- of geschiktheids-test. Van een *sine qua non* is geen sprake, en zonder de gewenste competentie was de Unie allesbehalve vleugellam geweest. Interessant is voorts dat het onderhavige scenario volgens het Hof thuishoort onder de tweede optie genoemd in artikel 216 VWEU, terwijl die niet wordt afgedekt door de scenario's beschreven in artikel 3 lid 2 VWEU. Dit bekrachtigt het statuut van de eerstgenoemde bepaling als de *lex generalis*, terwijl de laatstgenoemde fungeert als *lex specialis* om de bevoegdheid in de desbetreffende situatie(s) als exclusief te kunnen aanmerken.

3.5. Rekkelijkheid ten aanzien van het motiveringsbeginsel

Een ondergeschikt aspect van dit oordeel dat niettemin niet onbelicht mag blijven, betreft 's Hof's omgang met het motiveringsbeginsel. Zoals vermeld werd de desbetreffende grief verworpen, omdat de materiële en procedurele rechtsbasis van het door de Raad genomen besluit voldoende nauwkeurig te identificeren waren. Dit vormt een wat opmerkelijke omgang met een belangrijk constitutioneel beginsel. Artikel 296 VWEU bevat immers een ondubbelzinnige verplichting die voor elke EU-handeling geldt, mede om de rechterlijke toetsing van Europese

regelgeving te faciliteren.²⁴ Zoals het Hof memoreert, hoeft het ontbreken van een verwijzing naar de relevante rechtsbasis in besluiten genomen ex artikel 218 VWEU geen wezenlijk gebrek te zijn als de grondslag aan de hand van andere gegevens kan worden bepaald. In casu was kennelijk het niet vermelden van artikel 216 lid 1 VWEU als rechtsbasis te gedogen op de enkele grond dat die bepaling geen eigen vorm- of procedurevereiste stelt. Doorslaggevend lijkt dat het ontbreken van een expliciete vermelding van de aard, juridische draagwijdte of vaststellingsprocedure van het besluit 'niet tot enige verwarring [leidde]'.²⁵ Daarmee legt het Hof een opvallend coulante toets aan voor (gemakkelijk vermijdbare) omissies bij het handelen krachtens impliciete bevoegdheden – terwijl dat vanuit rechtsstatelijk perspectief sowieso met méér omstreden is dan handelen op grond van uitdrukkelijk toegekende competenties. Het bewijst er het rechtszekerheidsbeginsel denkkelijk evenmin een dienst mee.

3.6. Duidelijkheid over facultative mixity

De grootste meerwaarde van het voorliggende arrest zit hem in de verduidelijking van de aard en gevolgen van gedeelde bevoegdheden. De leer van de *facultative mixity* stelt dat er soms een keuze valt te maken om een verdrag ofwel als een gemengde overeenkomst af te sluiten, ofwel als een overeenkomst waarbij alleen de EU partij is (optionele gemengdheid). Dit is standaard het geval wanneer het gaat om gedeelde bevoegdheden. Daarentegen zijn er eveneens situaties waarin er niet een dergelijke keuze voorligt, en onontkoombaar zowel de Unie als de lidstaten partij bij het verdrag moeten worden (verplichte gemengdheid). Dit is het geval als de EU een exclusieve bevoegdheid bezit die een deel van de beoogde overeenkomst bestrijkt, maar totaal geen bevoegdheid over het andere deel c.q. de andere delen.²⁶

In het Singapore-Advies leek het Hof nochtans korte metten te hebben gemaakt met dit onderscheid, door te verkondigen dat een gedeelde bevoegdheid per definitie betekent dat zowel de Unie als de lidstaten zich bij de (goedkeuring van de) overeenkomst in kwestie moeten aansluiten.²⁷ Indien die soepelheid zo heet diende te worden gegeten, was de veronderstelde politieke keuzevrijheid afgeschafte en het idee van *facultative mixity* naar de prullenbak verwezen. In een cruciale rechtsoverweging in het *OTIF*-arrest haalt het Hof nu de kou uit de lucht: de bewuste passage uit Advies 2/15 die de these 'gedeelde

de bevoegdheid verplicht tot gemengde overeenkomst' lanceerde, nam louter nota van het feit dat de Raad in zijn opmerkingen tijdens de procedure te Luxemburg over dat vrijhandelsakkoord had gesteld dat het onmogelijk was om de vereiste meerderheid te krijgen om de Unie alleen de gedeelde externe bevoegdheid (inzake niet-directe buitenlandse investeringen) te laten uitvoeren.²⁸ We kunnen derhalve opgelucht ademhalen: ook *facultative mixity* is *alive and kicking*. Als de ogenschijnlijke koerswijziging van vorig jaar was gehandhaafd, zou dat de manoeuvreerruimte van Unie en lidstaten danig hebben beperkt, de gelegenheid voor supranationale *pre-emption* ernstig hebben teruggeschroefd, en had er vaker gezamenlijk moeten worden opgetreden – wat met name problematisch is in gevoelige dossiers, waar ont koppeling en maatwerk de voorkeur genieten.²⁹

Lichte twijfel wekt nog wel of deze belangrijke nuancerings van één passage evengoed betrekking heeft op andere rechtsoverwegingen in het Singapore-Advies die suggereerden de optionele gemengdheid ten grave te dragen.³⁰ Meer algemeen mogen we ons afvragen welke uitspraak maximaal gezag toekomt: een door alle rechters ondertekend Advies als 2/15, of een arrest als *OTIF* gewezen door de Grote kamer? Het Hof spreekt zodoende niet unisono, en onder de 28 leden schuilen wellicht enkele ketters die vorig jaar heel bewust aanstuurden op een breuk met de leer van de *facultative mixity*. Hun voorkeuren konden door 15 rechters in *OTIF* listig op een zijspoor worden gerangeerd.³¹ Toekomstige rechtspraak slaagt er hopelijk al op korte termijn in de doorsmeulende scepsis te doven.

Overigens valt te betwisten of de term *facultative mixity* überhaupt wel een heel gelukkige is. De praktijk laat immers een veel grotere variëteit van keuzemomenten zien, waarbij betrokkenen de officiële aard en distributie van de bevoegdheden tussen Unie en lidstaten kennelijk niet als dwingend beschouwen. In die situaties zou, in ruimere zin, evengoed van optionele gemengdheid kunnen worden gesproken. Zo meende de Commissie aanvankelijk dat de EU exclusief bevoegd was om de brede economische en handelsovereenkomst CETA af te sluiten met Canada. Om zuiver politieke redenen, en (nog) zonder evidente juridische noodzaak, besloot men medio 2016 alsnog de lidstaten bij de ondertekening en ratificatie te betrekken.³² Tevens valt te denken aan de uitoefening van externe bevoegdheden door lidstaten, met toestemming van de Unie, op

terreinen die volledig tot de exclusieve bevoegdheid van de EU behoren. In het verlengde van bijvoorbeeld het Lugano-Advies, de *BITS*- en *Open Skies*-zaken bleven de lidstaten competent tot handelen in domeinen waar officieel uitsluitend de Unie internationale overeenkomsten of secundairrechtelijke instrumenten kon vaststellen.³³ In de strenge opvatting van het Hof mogen aspecten als het verzekeren van de noodzaak, eenheid en snelheid bij extern optreden, eventuele moeilijkheden bij gezamenlijk optreden of beheer van een overeenkomst nooit een beslissende invloed hebben op de bevoegdheidsverdeling.³⁴ De werkelijkheid wijst niettemin uit dat, wanneer de lidstaten eenmaal hun zinnen hebben gezet op een gemengde overeenkomst, ze er vrijwel altijd in slagen om het voorgenomen akkoord op die manier vorm te geven.³⁵ In dit verband dringen ook de vele (gemengde) partnerschap- en associatieverdragen zich op.³⁶ Er schuilt dus mogelijk wel enig gevaar in de traditionele lezing van de term *facultative mixity*, waar men taalkundig c.q. in het dagelijks verkeer een veel bontere hoeveelheid fenomenen onder zou kunnen scharen.

3.7. Consequenties en vooruitzichten

Het huidige arrest (her)opent de deur voor een generatie handelsakkoorden die uitsluitend door de EU mogen worden gesloten, nadat eerder Advies 2/15 (waarschijnlijk abusievelijk) een stap terug suggereerde. De opname in dergelijke akkoorden van bepalingen over niet-directe investeringen en daaraan gerelateerde geschillenbeslechtingsmechanismen (ISDS) betekent weliswaar een handelen (mede) op basis van gemengde bevoegdheden, maar conform het *OTIF*-arrest is de gemengdheid van dit type verdragen nog steeds optioneel: participatie van de lidstaten is niet juridisch vereist, en de Raad mag ervoor kiezen om ze er als zodanig buiten te laten. De kans dat dit laatste gebeurt neemt evenwel af. De publieke discussie rondom CETA heeft de materie van een uiterst controversieel karakter voorzien, en een keuze voor *EU-only* in een kwade reuk gezet.

Anderzijds heeft *fast-tracking*, versneld voortgaan door afsplitsing van het luik over ISDS en niet-directe investeringen, gestoeld op gedeelde bevoegdheden, iets heel aantrekkelijks gekregen. Daarmee kan immers voor de majeure componenten een moeizaam nationaal ratificatieproces worden vermeden. Het voornemen is momenteel om o.a. de beoogde vrijhandelsovereenkomsten met Japan, Australië en Nieuw-Zeeland op deze

wijze in het vat te gieten.³⁷ Het gemengde investeringsluik dreigt dan in de lucht te blijven hangen, of meer op het tweede plan te raken. Sowieso zal het toekomstige Advies 1/17 nog uitsluitel moeten geven of het systeem voor het beslechten van investeringsgeschillen wel compatibel is met de autonomie van de EU-rechtsorde.³⁸ Dankzij *OTIF* is kortom een deel van het pad weer begaanbaar. Van de jungle zijn we echter nog lang niet verlost ...

H.C.F.J.A. de Waele³⁹

Voetnoten

- 1 Voor de tekst en achtergronden, zie <http://otif.org>.
- 2 Raadsbesluit 2014/699/EU van 24 juni 2014 tot vaststelling van het namens de Europese Unie in te nemen standpunt tijdens de 25e zitting van de Herzieningscommissie van de OTIF ten aanzien van bepaalde amendementen op het Verdrag betreffende het internationale spoorwegvervoer en op de aanhangsels daarvan, *PbEU* 2014, L 293/26.
- 3 Punten 43-52 van het arrest.
- 4 Onder verwijzing naar o.m. Advies 1/03 (Nieuw Verdrag van Lugano), ECLI:EU:C:2006:18, Advies 1/13 (Toetreding tot het Haags Kinderontvoeringsverdrag), ECLI:EU:C:2014:2303, Advies 2/91 (ILO-Verdrag Nr. 170), ECLI:EU:C:1993:106, en Advies 1/76 (Oplegfonds voor de binnenscheepvaart), ECLI:EU:C:1977:63.
- 5 Punten 53-61 van het arrest.
- 6 Advies 2/15 (Vrijhandelsovereenkomst Singapore), ECLI:EU:C:2017:376. Zie hierover o.m. T. Verellen, 'Het Hof van Justitie en het EU-Singapore handelsakkoord, of de kunst van het koorddansen', *SEW* 2018, afl. 1, p. 29-32; M. Cremona, 'Shaping EU Trade Policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017', *European Constitutional Law Review* 2018, p. 231-259; R.A. Wessel, 'De bevoegdheid van de Europese Unie tot het sluiten van 'nieuwe generatie' vrijhandelsovereenkomsten: *Mixed feelings* over Advies 2/15', *NiEr* 2017, afl. 5, p. 126-132; D. Kleimann & G. Kübek, 'The Singapore Opinion or the End of Mixity as We Know It', *VerfassungsBlog*, 23 mei 2017, <http://verfassungsblog.de>.
- 7 Punten 87-93 van het arrest.
- 8 In vergelijkbare zin J. Larik, 'EU Foreign Relations Law as a Field of Scholarship', *American Journal of International Law* 2017, p. 321.
- 9 Advies 1/13 (Toetreding tot het Haags Kinderontvoeringsverdrag), ECLI:EU:C:2014:2303; HvJ EU, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (*Achmea*). Hierover o.m. I. Govaere, "'Setting the International Scene": EU External Competence and Procedures Post-Lisbon Revisited in the Light of ECJ Opinion 1/13', *CML Rev.* 2015, p. 1277-1307; A. Dimopoulos, 'Achmea: The Principle of Autonomy and its Implications for Intra and Extra-EU BITs', *EJIL-Talk!Blog*, 27 maart 2018, www.ejiltalk.org.
- 10 M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 184.

- 11 Zie bijv. K. Schmalenbach, 'A Game of Powers', *International Organizations Law Review* 2017, p. 223.
- 12 Uitgebreider over de toepassing van deze procedure: J. Mendes, 'The External Administrative Layer of EU Law-making', *European Papers* 2017, p. 513-515. Overigens opent artikel 218 lid 7 VWEU een nog vlottere passage t.a.v. besluiten in internationale organisaties, waarbij (kort gezegd) een vertegenwoordiger van de Unie al bij de sluiting van een overeenkomst gemachtigd kan worden namens haar eventuele wijzigingen goed te keuren.
- 13 HvJ EU, C-399/12, ECLI:EU:C:2014:2258 (*Duitsland/Raad*) (OIV).
- 14 HvJ EG, C-45/07, ECLI:EU:C:2009:81 (*Commissie/Griekenland*) (IMO); HvJ EU, C-246/07, ECLI:EU:C:2010:203 (*Commissie/Zweden*) (PFOS). Hierover bijv. A. Delgado Casteleiro & J. Larik, 'The Duty to Remain Silent: Limitless Loyalty in EU External Relations?', *EULR* 2011, p. 524-541.
- 15 HvJ EU, C-620/16 (*Commissie/Duitsland*), *PbEU* 2017, C 38/15 (op het moment van schrijven nog aanhangig).
- 16 'Verklaringen van de EU in multilaterale organisaties – Algemene regeling', Brussel, 24 oktober 2011, doc. nr. 15901/11, punt 3.
- 17 Zie bijv. P. Eeckhout, *EU External Relations Law*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 113; M. Cremona, 'EU External Relations: Unity and Conferral of Powers', in: L. Azoulay (red.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 73; M. Klamert, 'New Conferral or Old Confusion? – The Perils of Making Implied Competences Explicit and the Example of the External Competence for Environmental Policy', *CLEER Working Papers* 2011/6, p. 9.
- 18 HvJ EG, 22/70, ECLI:EU:C:1971:32 (*Commissie/Raad*) (AETR).
- 19 Zie bijv. Advies 1/03 (Verdrag van Lugano), ECLI:EU:C:2006:18, punten 114-115.
- 20 Klamert 2011 (*supra* noot 17), p. 17.
- 21 Een intrigerende opvatting binnen het Nederlandse Ministerie van Buitenlandse Zaken is overigens dat zelfs de ondersteunende competenties genoemd in artikel 6 VWEU onder omstandigheden aanleiding kunnen geven tot een exclusieve EU-bevoegdheid. Zie het document 'Vuistregels voor extern optreden van de EU en haar lidstaten' van de Interdepartementale Commissie voor Europees Recht, te vinden op www.minbuza.nl/ecer/bijlagen/icer/handleidingen/2012/vuistregels-externe-betrekkingen.html, p. 10.
- 22 Nochtans terecht kritisch over de gebezigde argumentatie op dit punt: Verellen, *SEW* 2018, afl. 1 (*supra*, noot 6), p. 31-32; milder evenwel Cremona, *European Constitutional Law Review* 2018 (*supra* noot 6), p. 248.
- 23 In lijn met Advies 1/76 (Oplegfonds voor de binnenscheepvaart), ECLI:EU:C:1977:63, en tegenwoordig artikel 3 lid 2 VWEU, is het denkbaar dat de EU zelfs een exclusieve externe bevoegdheid toekomt om een internationale overeenkomst te sluiten wanneer dat noodzakelijk is om doelstellingen in de Verdragen te realiseren die niet door de vaststelling van interne regels konden worden bereikt.
- 24 Zie bijv. HvJ EG, C-370/07, ECLI:EU:C:2009:590, punt 42 (*Commissie/Raad*) (CITES).
- 25 Punt 92 van het arrest.

- 26 Aartsvader van deze terminologische ver-
fijning is Allan Rosas: zie diens hoofdstuk
'The European Union and Mixed Agree-
ments', in: A. Dashwood & C. Hillion
(red.), *The General Law of E.C. External
Relations*, Londen: Sweet & Maxwell 2000,
p. 200-220.
- 27 Zie Advies 2/15 (Vrijhandelsovereenkomst
Singapore), ECLI:EU:C:2017:376, punten
225-244.
- 28 Punt 68 van het arrest.
- 29 Zoals bijvoorbeeld het Stabilisatie- en As-
sociatieakkoord met Kosovo, dat in 2015
alleen door de EU werd ondertekend om
sommige lidstaten (die weigeren tot vol-
kenrechtelijke erkenning van de staat over
te gaan) van een dilemma te verlossen.
- 30 Namelijk de punten 29, 292 en 304 van
het Singapore-Advies.
- 31 Met eventueel zelfs maar een krappe
meerderheid van acht stemmen vóór.
- 32 'From a strict legal standpoint, the Com-
mission considers this agreement to fall
under exclusive EU competence. However,
the political situation in the Council is
clear, and we understand the need for
proposing it as a "mixed" agreement, in
order to allow for a speedy signature', aldus
Eurocommissaris C. Malmström in het
persbericht 'European Commission pro-
poses signature and conclusion of EU-
Canada trade deal', Straatsburg, 5 juli 2016,
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2371_en.htm.
- 33 Hierover nader Cremona 2014 (*supra* noot
17), p. 74-77.
- 34 Zie bijv. Advies 1/94 (WTO),
ECLI:EU:C:1994:384, punt 107.
- 35 M. Maresceau, 'A Typology of Mixed Bilat-
eral Agreements', in: C. Hillion &
P. Koutrakos (red.), *Mixed Agreements in
EU Law Revisited*, Oxford: Hart Publishing
2010, p. 16.
- 36 Zij bijv. de EU-Georgië Associatieovereen-
komst, *PbEU* 2014, L 261/4, of de Partner-
schap- en Samenwerkingsovereenkomst
met Nieuw-Zeeland, *PbEU* 2016, L 321/3.
- 37 Anderzijds is het jongste voornemen t.a.v.
hetnieuwevrijhandelsakkoord met Mexico
om toch de gemengde vorm aan te hou-
den. Zie S. Lester, 'Splitting EU Trade and
Investment Agreements: Not So Fast', *In-
ternational Economic Law and Policy Blog*,
22 april 2018, <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog>.
- 38 Advies 1/17, *PbEU* 2017, C 369/2 (op het
moment van schrijven nog aanhangig).
- 39 Prof. dr. Henri de Waele is hoogleraar In-
ternationaal en Europees recht aan de
Radboud Universiteit Nijmegen, tevens in
deeltijd verbonden aan de Universiteit
Antwerpen, en senior fellow bij het Centre
for European Integration Studies te Bonn.