



Brussel, 25 januari 2021
(OR. en)

5591/21

LIMITE

JUR 43
UK 25

ADVIES VAN DE JURIDISCHE DIENST¹

van:	de Juridische dienst
Betreft:	Handels- en samenwerkingsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, enerzijds, en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, anderzijds <ul style="list-style-type: none">– Uitsluitend de EU betreffende overeenkomst– Uitoefening door de EU van haar potentiële bevoegdheid

I. INLEIDING

1. Tijdens de vergadering van het Coreper van 23 november 2020 heeft de vertegenwoordiger van de Juridische Dienst van de Raad een mondelinge toelichting gegeven over de juridische aard van de toekomstige overeenkomst met het Verenigd Koninkrijk (VK) waarover toen werd onderhandeld, en meer bepaald over de vraag of het een gemengde, dan wel een uitsluitend de EU betreffende overeenkomst betreft, door de uitoefening door de EU van haar zogenoemde potentiële bevoegdheid. In de tussentijd is de Handels- en samenwerkingsovereenkomst tussen de EU en Euratom, enerzijds, en het VK, anderzijds, (de handels- en samenwerkingsovereenkomst) op 30 december 2020 ondertekend.

¹ Het in dit document vervatte juridisch advies is beschermd krachtens artikel 4, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie. De Raad van de Europese Unie heeft dit advies niet voor het publiek beschikbaar gesteld en behoudt zich voor al zijn rechten te doen gelden in geval van openbaarmaking waarvoor geen toestemming is verleend.

2. In antwoord op een verzoek van verschillende delegaties, met name tijdens de vergadering van de Groep Verenigd Koninkrijk op 13 januari 2021, vormt dit advies een schriftelijke bevestiging en nadere uitwerking van de antwoorden die de Juridische Dienst reeds mondeling heeft gegeven. Het advies richt zich meer in het bijzonder op de kwestie van de externe uitoefening van de potentiële bevoegdheid van de EU – d.w.z. de uitoefening van haar bevoegdheid op gebieden die vallen onder de gedeelde bevoegdheden waarvoor nog geen gemeenschappelijke regels gelden in de zin van artikel 3, lid 2, VWEU en de desbetreffende jurisprudentie – en de juridische gevolgen van een dergelijke uitoefening van bevoegdheden.
3. Gezien de korte tijd die er beschikbaar is om de overeenkomsten te sluiten, wordt in dit advies de nadruk gelegd op de handels- en samenwerkingsovereenkomst, worden niet alle aspecten ervan grondig onderzocht en wordt evenmin een uitgebreide en gedetailleerde analyse van de bevoegdheden gegeven.

II. FEITELIJKE EN JURIDISCHE ACHTERGROND

4. Op 25 februari 2020 heeft de Raad zijn besluit² houdende machtiging tot het openen van onderhandelingen over een toekomstige overeenkomst met het VK vastgesteld, waaraan de onderhandelingsrichtsnoeren zijn gehecht³. Ook werd in dit besluit de Commissie als EU- onderhandelaar aangewezen. Tegelijkertijd legden de Raad en de vertegenwoordigers van de regeringen der lidstaten een verklaring⁴ voor de Raadsnotulen af. In deze verklaring machtigden de vertegenwoordigers van de lidstaten de Commissie om te onderhandelen over de gebieden van de toekomstige betrekkingen die onder de bevoegdheden van de lidstaten vallen en stelden zij dat de vraag of de nieuwe partnerschapsovereenkomst zou worden gesloten door de EU, dan wel door de EU en haar lidstaten, pas aan het einde van de onderhandelingen zou worden beantwoord.⁵

² Besluit (EU, Euratom) 2020/266 van de Raad van 25 februari 2020 houdende machtiging tot het openen van onderhandelingen met het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland over een nieuwe partnerschapsovereenkomst (PB L 58 van 27.2.2020, blz. 53).

³ Doc. 5870/20 ADD 1 REV 3, Bijlage bij Besluit van de Raad houdende machtiging tot het openen van onderhandelingen met het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland over een nieuwe partnerschapsovereenkomst, 25 februari 2020.

⁴ Bijlage B bij doc. 6239/20.

⁵ "De vertegenwoordigers van de lidstaten machtigen de Commissie [...] om [...] te onderhandelen over de gebieden [...] die onder de bevoegdheden van de lidstaten vallen" en "[o]f de [...] partnerschapsovereenkomst zal worden gesloten door de Unie dan wel door de Unie en haar lidstaten, zal worden bepaald aan het einde van de onderhandelingen." (nadruk toegevoegd).

5. De onderhandelingen, die op 24 december 2020 werden afgerond, hebben geresulteerd in drie overeenkomsten: de handels- en samenwerkingsovereenkomst; de overeenkomst tussen de EU en het VK inzake beveiligingsprocedures voor de uitwisseling en bescherming van gerubriceerde gegevens, die een aanvulling vormt op de handels- en samenwerkingsovereenkomst; en een overeenkomst tussen de regering van het VK en Euratom voor samenwerking op het gebied van het veilige en vreedzame gebruik van kernenergie. Zoals hierboven aangegeven, richt dit advies zich op de eerste overeenkomst.
6. Krachtens het eerste artikel legt de handels- en samenwerkingsovereenkomst "*de grondslag voor uitgebreide betrekkingen tussen de [EU en het VK] binnen een ruimte van welvaart en goed nabuurschap die wordt gekenmerkt door nauwe en vreedzame betrekkingen op basis van samenwerking, met eerbiediging van de autonomie en soevereiniteit van de Partijen*"⁶. Toen de Raad besloot de overeenkomst te ondertekenen, omschreef de Raad deze als "[het vaststellen van] *de basis voor brede betrekkingen tussen de [EU en het VK] die wordt gekenmerkt door wederkerige rechten en verplichtingen, gemeenschappelijk optreden en bijzondere procedures*". Deze formulering is gelijk aan die van artikel 217 VWEU inzake associatieovereenkomsten, op basis waarvan de Raad ervoor gekozen heeft de handels- en samenwerkingsovereenkomst met het VK te ondertekenen⁷.
7. De handels- en samenwerkingsovereenkomst met het VK bevat regelingen op een groot aantal gebieden zoals handel in goederen, diensten, investeringen, digitale handel, kapitaalstromen en betalingen, intellectuele eigendom, overheidsopdrachten, energie, luchtvaart en wegvervoer, visserij, coördinatie van de sociale zekerheid, korte bezoeken zonder visum (deel twee van de overeenkomst), samenwerking inzake rechtshandhaving en justitie in strafzaken (deel drie), thematische samenwerking (gezondheidsveiligheid en cyberbeveiliging) (deel vier) en deelname aan programma's van de EU (deel vijf).

⁶ Zie artikel COMPROV.1 (Doel) van de overeenkomst. Deze formulering is vergelijkbaar met die in artikel 8, lid 1, VEU over de betrekkingen van de EU met naburige landen.

⁷ Zie overweging 5 van Besluit (EU) 2020/2252 van de Raad van 29 december 2020 betreffende de ondertekening, namens de Unie, en betreffende de voorlopige toepassing van de Handels- en samenwerkingsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, enerzijds, en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, anderzijds, en van de Overeenkomst tussen de Europese Unie en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland inzake beveiligingsprocedures voor de uitwisseling en bescherming van gerubriceerde gegevens (PB L 444 van 31.12.2020, blz. 2).

De overeenkomst wordt geschraagd door bepalingen die zorgen voor een gemeenschappelijk institutioneel kader (deel één van de overeenkomst), met onder meer een mechanisme voor geschillenbeslechting (deel zes), en een gelijk speelveld tussen de partijen. Er zijn 49 bijlagen en drie protocollen bij de overeenkomst: een Protocol betreffende de administratieve samenwerking en de bestrijding van fraude op het gebied van de belasting over de toegevoegde waarde en betreffende de wederzijdse bijstand bij de invordering van schuldvorderingen in verband met belastingen en rechten; een Protocol betreffende wederzijdse administratieve bijstand in douanezaken; en een Protocol betreffende de coördinatie van de sociale zekerheid.

In het tweede artikel van de overeenkomst staat dat toekomstige bilaterale overeenkomsten tussen de EU en het VK *"aanvullende overeenkomsten ten opzichte van deze overeenkomst [vormen], tenzij in die overeenkomsten anders is bepaald"* en dat *"[d]ergelijke aanvullende overeenkomsten [...] een integrerend onderdeel [vormen] van de algemene bilaterale betrekkingen zoals die worden geregeld bij deze overeenkomst en deel uitmaken van het algemene kader"*⁸.

8. Op 29 december 2020 heeft de Raad Besluit (EU) 2020/2252 betreffende de ondertekening, namens de Unie, en betreffende de voorlopige toepassing van de handels- en samenwerkingsovereenkomst en van de informatiebeveiligingsovereenkomst ("het besluit betreffende de ondertekening") vastgesteld⁹.
9. Met dit besluit heeft de Raad *"gezien de uitzonderlijke en unieke aard van de handels- en samenwerkingsovereenkomst, die bestaat in een brede overeenkomst met een land dat zich heeft teruggetrokken uit de Unie, [besloten] gebruik te maken van de mogelijkheid dat de Unie haar externe bevoegdheid ten aanzien van het [VK] uitoefent"* (overweging 6). De Raad heeft derhalve de politieke keuze gemaakt dat de handels- en samenwerkingsovereenkomst diende te worden gesloten als een uitsluitend de EU betreffende overeenkomst. Dit staat uitdrukkelijk vermeld in het besluit betreffende de ondertekening.

⁸ Zie artikel COMPROV.2 (Aanvullende overeenkomsten).

⁹ Zie hierboven voetnoot 7.

De redenen voor deze politieke keuze worden toegelicht in overweging 6 – "*gezien de uitzonderlijke en unieke aard van de [overeenkomst]*" – maar ook, indirect, in overweging 16 van het besluit betreffende de ondertekening waarin de redenen worden toegelicht waarom de Raad heeft besloten om de overeenkomst voorlopig toe te passen, namelijk omdat het gaat om "*een land dat zich uit de Unie heeft teruggetrokken*", waardoor het VK "*zich ten aanzien van de Unie in een andere en uitzonderlijke situatie bevindt in vergelijking met andere derde landen*". Het niveau van samenwerking tussen de EU en het VK zou inderdaad afnemen van een zeer hoog niveau aan het eind van de overgangperiode – waarin het EU-acquis nog steeds van toepassing was op het VK – tot een veel lager niveau na afloop van die periode, waardoor een verstoring zou ontstaan die beperkt kon worden door de voorlopige toepassing van de handels- en samenwerkingsovereenkomst.

10. De gevolgen en beperkingen van het maken van bovengenoemde politieke keuze worden uitdrukkelijk uiteengezet in overweging 15 en in artikel 10 van het besluit betreffende de ondertekening waarin staat dat "*de uitoefening van de bevoegdheid van de Unie op grond van de handels- en samenwerkingsovereenkomst [...] geen afbreuk [doet] aan de respectieve bevoegdheden van de Unie en van de lidstaten met betrekking tot lopende of toekomstige onderhandelingen over, of ondertekening of sluiting van, internationale overeenkomsten met elk ander derde land, of met betrekking tot toekomstige onderhandelingen over, of ondertekening of sluiting van, aanvullende overeenkomsten [van de handels- en samenwerkingsovereenkomst]*".
11. Op 25 december 2020 heeft de Commissie een voorstel ingediend voor een besluit van de Raad betreffende de sluiting van de handels- en samenwerkingsovereenkomst¹⁰. De besprekingen in de Raad over dit voorstel zijn nog aan de gang.

¹⁰ COM(2020) 856 final.

III. JURIDISCHE ANALYSE

12. De Juridische Dienst is verzocht zich uit te spreken over de juridische aard van de handels- en samenwerkingsovereenkomst, en meer in het bijzonder over het vraagstuk van de uitoefening door de EU van haar potentiële bevoegdheid, over de aard van de overeenkomst, namelijk een uitsluitend de EU betreffende overeenkomst, en over de juridische gevolgen van een dergelijke bevoegdheidsuitoefening voor de lidstaten. Zoals aangegeven in punt 3 hierboven, zal de Juridische Dienst niet elke titel van de overeenkomst in detail bestuderen, noch overgaan tot een uitgebreide en gedetailleerde analyse van de bevoegdheden.

A. **Exclusieve en gedeelde bevoegdheden van de EU, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie**

13. Overeenkomstig artikel 3, lid 1, VWEU is de EU exclusief bevoegd op de volgende gebieden: de douane-unie, de vaststelling van mededingingsregels die voor de werking van de interne markt nodig zijn, de instandhouding van de biologische rijkdommen van de zee in het kader van het gemeenschappelijk visserijbeleid en de gemeenschappelijke handelspolitiek.

14. Overeenkomstig artikel 3, lid 2, VWEU is de Unie "*tevens exclusief bevoegd een internationale overeenkomst te sluiten [...] wanneer die sluiting gemeenschappelijke regels kan aantasten of de strekking daarvan kan wijzigen*". Zoals het Hof in zijn arrest in de zaak van het Omroepverdrag heeft verduidelijkt¹¹, codificeert dit laatste onderdeel van artikel 3, lid 2, de zogeheten AETR-jurisprudentie¹².

¹¹ Zaak C- 114/12, *Commissie/Raad ("Omroepverdrag")*, arrest van het Hof (Grote kamer) van 4 september 2014, EU:C:2014:2151, punten 66 en 67. Zie ook Advies 1/13 van het Hof van Justitie (Grote kamer) van 14 oktober 2014, *Kinderontvoeringsverdrag*, EU:C:2014:2303, punten 69 tot en met 74.

¹² Zaak 22/70, *Commissie/Raad ("AETR")*, arrest van 31 maart 1971, EU:C:1971:32, punten 17 tot en met 19: "17. [...] in het bijzonder [zijn de lidstaten,] telkens wanneer de Gemeenschap voor de tenuitvoerlegging van een in het Verdrag voorzien gemeenschappelijk beleid bepalingen heeft getroffen, waarbij in enigerlei vorm gemeenschappelijke regels worden ingevoerd, niet meer gerechtigd [...] om, individueel of zelfs collectief optredend, met derde landen verplichtingen aan te gaan, welke deze regels aantasten; 18. [...] immers, naargelang deze gemeenschappelijke regels worden ingevoerd, [is] alleen de Gemeenschap in staat [...] verbintenissen jegens derde staten op zich te nemen en na te komen met werking voor het gehele toepassingsgebied van de communautaire rechtsorde; 19. [...] men [mag] derhalve bij de uitvoering van de Verdragsbepalingen het stelsel van de interne maatregelen der Gemeenschap niet [...] scheiden van dat der buitenlandse betrekkingen."

15. Met betrekking tot gedeelde bevoegdheden staat in artikel 4, lid 1 en 2, VWEU het volgende:

"1. De Unie heeft een met de lidstaten gedeelde bevoegdheid in de gevallen waarin haar in de Verdragen een bevoegdheid wordt toegeedeeld die buiten de in de artikelen 3 en 6 bedoelde gebieden valt.

2. De gedeelde bevoegdheden van de Unie en de lidstaten betreffen in het bijzonder de volgende gebieden:

a) interne markt; [...]

e) milieu;

f) consumentenbescherming;

g) vervoer; [...]

i) energie;

j) ruimte van vrijheid, veiligheid en recht;

k) gemeenschappelijke veiligheidsvraagstukken op het gebied van volksgezondheid [...]."

16. Volgens vaste rechtspraak van het Hof bestaat er een risico dat door de lidstaten aangegane verbintenissen gemeenschappelijke regels van de Unie aantasten of de strekking ervan wijzigen, waardoor een exclusieve externe bevoegdheid van de Unie op grond van artikel 3, lid 2, VWEU gerechtvaardigd kan zijn, wanneer deze verbintenissen binnen de werkingssfeer van bovengenoemde gemeenschappelijke EU-regels vallen¹³.

17. Voor de vaststelling dat er een dergelijk risico is, hoeven het door de internationale verbintenissen bestreken gebied (feitelijk of beoogd) en het door de Unieregeling bestreken gebied elkaar niet volledig te dekken. Internationale verbintenissen kunnen de gemeenschappelijke regels van de Unie met name aantasten of de strekking ervan wijzigen wanneer de verbintenissen behoren tot een gebied dat reeds grotendeels wordt bestreken door dergelijke regels. Bovendien kan worden vastgesteld dat een dergelijk risico van aantasting bestaat wanneer de betrokken internationale verbintenissen, zonder noodzakelijkerwijze strijdig te zijn met de gemeenschappelijke regels van de Unie, van invloed kunnen zijn op de betekenis, de strekking en de doeltreffendheid van deze regels ¹⁴.

¹³ Advies 2/91 van het Hof van 19 maart 1993, *IAO*, EU:C:1993:106, punt 25; Zaak C- -467/98, *Commissie/Denemarken ("Open Skies")*, arrest van het Hof van 5 november 2002, EU:C:2002:625, punt 82; en Advies 1/03 van het Hof van Justitie (voltallige zitting) van 7 februari 2006, *verdrag van Lugano*, EU:C:2006:81, punten 120 tot en met 126.

¹⁴ Zie Advies 2/91 *IAO* (op. cit. voetnoot 13), punten 25 en 26; Arrest in *"Open Skies"* (op. cit. voetnoot 13), punt 82; Advies 1/03 *verdrag van Lugano* (op. cit. voetnoot 13), punten 120 tot en met 126; Arrest in *"Omroepverdrag"*, (op. cit. voetnoot 11), punten 68 tot en met 73; Alsook in gevoegde zaken C-626/15 en C-659/16, *Commissie/Raad ("Weddell")*, arrest van het Hof (Grote kamer) van 20 november 2018, EU:C:2018:925, punten 113 en 114 en de daarin aangehaalde rechtspraak.

Bij het onderzoek van de verhouding tussen het betrokken internationale instrument en de geldende EU-regels moet rekening worden gehouden met de gebieden die door respectievelijk de regels van het EU-recht en de bepalingen van dat instrument worden bestreken, de verwachte ontwikkeling ervan voor zover die voorspelbaar is, alsook de aard en inhoud van die regels en bepalingen, teneinde na te gaan of het betrokken instrument afbreuk kan doen aan de uniforme en coherente toepassing van de regels van de Unie en aan de goede werking van het systeem dat daarbij is ingesteld¹⁵.

B. Gevolgen van de exclusieve bevoegdheden van de EU voor de lidstaten

18. De interne uitoefening van haar bevoegdheid door de EU heeft gevolgen voor de lidstaten in die zin dat indien de EU daardoor exclusieve bevoegdheid krijgt, de lidstaten niet langer buiten het kader van de EU-instellingen internationale verbintenissen mogen aangaan op gebieden die onder de exclusieve bevoegdheid van de EU vallen¹⁶.
19. Omgekeerd is het op intern vlak zo dat wanneer de EU haar gedeelde bevoegdheden op een bepaald gebied (nog) niet heeft uitgeoefend, de lidstaten hun bevoegdheden op dat gebied kunnen blijven uitoefenen "*voor zover de Unie haar bevoegdheden niet heeft uitgeoefend*" (artikel 2, lid 2, VWEU). Ditzelfde geldt extern: wanneer uit de analyse van een (beoogde) internationale verbintenis zou blijken dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor exclusiviteit van artikel 3, lid 2, VWEU zoals uitgelegd door het Hof in uitgebreide jurisprudentie op het gebied van externe bevoegdheden (zie punten 16 en 17 hierboven), kunnen de lidstaten hun bevoegdheden bijgevolg nog steeds extern uitoefenen.

¹⁵ Zie Advies 3/15 van het Hof van Justitie (Grote kamer) van 14 februari 2017, *Toegangsrechten*, EU:C:2017:114, punt 108 en de daarin aangehaalde rechtspraak.

¹⁶ Zie Advies 2/91 *IAO* (op. cit. voetnoot 13), punten 25 en 26; Arrest in "*Open Skies*" (op. cit. voetnoot 13), punt 82.

20. Zo heeft de EU nog geen gemeenschappelijke interne regels vastgesteld met betrekking tot de toekenning van luchtverkeersrechten aan derde landen. De bevoegdheid om overeenkomsten met derde landen over dergelijke aangelegenheden te sluiten is derhalve nog geen exclusieve bevoegdheid van de EU¹⁷ en kan door de lidstaten of door de EU worden uitgeoefend¹⁸.

C. Gemengde internationale overeenkomsten: verplicht of facultatief

21. Krachtens het beginsel van bevoegdheidstoedeling (artikel 5, VEU) is een internationale overeenkomst gemengd, d.w.z. dat deze zowel door de EU als de lidstaten wordt gesloten en ondertekend, als de overeenkomst bevoegdheden betreft die zowel aan de EU als aan de lidstaten toebehoren.
22. In de praktijk kunnen overeenkomsten met een gemengd karakter twee vormen hebben: verplicht of facultatief.

Het gemengde karakter is verplicht als de beoogde overeenkomst naast de gebieden die onder de bevoegdheid van de EU vallen, nog één of meer gebieden bestrijkt die buiten de bevoegdheden van de EU vallen, d.w.z. wanneer de Verdragen de EU op dat specifieke gebied geen bevoegdheden hebben toegedeeld. In dat geval is er geen politieke keuze: de overeenkomst moet zowel door de EU als door de lidstaten worden gesloten.

Het gemengde karakter is facultatief als de beoogde overeenkomst één of meer gebieden bestrijkt waarop de EU "potentieel" gedeelde bevoegdheden heeft, d.w.z. bevoegdheden die nog niet worden uitgeoefend of nog niet worden bestreken door gemeenschappelijke EU-regels waarvoor de beoogde overeenkomst wel gevolgen zou hebben als bedoeld in artikel 3, lid 2, VWEU en de betreffende jurisprudentie. In een dergelijk geval kan de overeenkomst door de EU en de lidstaten of alleen door de EU worden gesloten. Afhankelijk van het besluit van de Raad om alle potentiële bevoegdheden van de EU uit te oefenen of niet, zal de overeenkomst een uitsluitend de EU betreffende overeenkomst of een gemengde overeenkomst zijn. Dit is een politieke keuze die de Raad moet maken op basis van de relevante Verdragsbepalingen die bevoegdheid verlenen aan de EU.

¹⁷ Arrest in "*Open Skies*" (op. cit. voetnoot 13), punten 90 tot en met 92.

¹⁸ Zie het advies van de Juridische Dienst in 5990/18 over de Verordening inzake de bescherming van de mededinging in de luchtvaart, punten 23 en 24.

23. In zijn advies *Vrijhandelsovereenkomst met Singapore*¹⁹ heeft het Hof duidelijkheid verschaft over de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en de lidstaten op het gebied van handel en investeringen. Het Hof concludeerde dat de meeste bepalingen van de vrijhandelsovereenkomst met Singapore tot de exclusieve bevoegdheid van de EU behoorden, hetzij omdat deze bepalingen vielen onder de gemeenschappelijke handelspolitiek, met inbegrip van directe buitenlandse investeringen, zoals gedefinieerd in artikel 207, lid 1, VWEU, hetzij omdat zij vielen onder het gemeenschappelijk vervoersbeleid (artikel 91 en artikel 100, lid 2, VWEU)²⁰.
24. In datzelfde advies herinnerde het Hof eraan dat directe buitenlandse investeringen onder de exclusieve bevoegdheid van de EU vallen. Voor zover de bepalingen in de vrijhandelsovereenkomst echter betrekking hadden op indirecte investeringen (in casu beleggingen in effecten), vielen zij "*krachtens artikel 4, lid 1 en lid 2, onder a) VWEU onder de gedeelde bevoegdheid van de Unie en de lidstaten*".²¹ Over de mogelijke uitoefening van een dergelijke potentieel gedeelde bevoegdheid, verduidelijkte het Hof in zijn arrest in de zaak *Weddell* dat "*(...) de loutere omstandigheid dat een optreden van de [EU] op het internationale toneel onder een tussen de [EU] en de lidstaten gedeelde bevoegdheid valt, niet de mogelijkheid uitsluit dat binnen de Raad de vereiste meerderheid wordt verkregen om de [EU] deze externe bevoegdheid alleen te laten uitoefenen*"²².
25. In het geval van een facultatief gemengd karakter, waarbij de EU bevoegd is voor alle aangelegenheden die onder de overeenkomst vallen, maar waarbij ten minste een aantal van die aangelegenheden onder haar potentiële bevoegdheid valt, kan die potentiële bevoegdheid desgewenst alsnog door de lidstaten worden uitgeoefend. De Raad kan echter voor een bepaalde overeenkomst besluiten de potentiële bevoegdheid van de EU uit te oefenen op basis van de desbetreffende rechtsgrondslag van het Verdrag²³, overeenkomstig de daarin vervatte stemregels. Het al dan niet extern uitoefenen van de potentiële bevoegdheid van de EU bij het sluiten van een overeenkomst is een politieke keuze van de Raad²⁴.

¹⁹ Advies 2/15 van het Hof van Justitie (voltallige zitting) van 16 mei 2017, *Vrijhandelsovereenkomst met Singapore*, EU:C:2017:376.

²⁰ In het geval van vervoersdiensten heeft het Hof dit afgeleid uit zijn AETR-jurisprudentie: zie Advies 2/15 *Vrijhandelsovereenkomst met Singapore* (op. cit. voetnoot 19), punt 170 en verder. Er zij echter op gewezen dat luchtvervoersdiensten niet worden bestreken door de overeenkomst met Singapore (zie punt 62 van dat advies).

²¹ Advies 2/15 *Vrijhandelsovereenkomst met Singapore* (op. cit. voetnoot 19), punt 243.

²² Arrest in "*Weddell*" (op. cit. voetnoot 14), punt 126.

²³ Zie het advies van de Juridische Dienst in 12866/19 over het stelsel van investeringsgerechten (ICS) waarin de CETA voorziet, punt 6.

²⁴ Zie Zaak C- -600/14, *Duitsland/Raad ("OTIF")*, arrest van het Hof (Grote kamer) van 5 december 2017, EU:C:2017:935, punt 68; zie ook arrest in "*Weddell*" (op. cit. voetnoot 14), punten 126 en 127.

26. Deze situatie moet worden onderscheiden van gevallen waarin sprake is van een verplicht gemengd karakter waarbij het onderwerp van de overeenkomst gedeeltelijk aangelegenheden betreft waarvoor de EU bevoegd is en gedeeltelijk aangelegenheden waarvoor zij geen enkele bevoegdheid heeft. In een dergelijke situatie is het gemengde karakter, zoals hierboven in punt 22 aangegeven, geen politieke keuze, maar een wettelijke verplichting²⁵.
27. Het sluiten van gemengde overeenkomsten is procedureel en politiek complex, zoals blijkt uit het proces betreffende de sluiting van recente gemengde overeenkomsten. Voor de inwerkingtreding van een gemengde overeenkomst is immers niet alleen bekrachtiging nodig door de EU (sluiting door de Raad, gewoonlijk na goedkeuring door het Europees Parlement), maar ook door alle lidstaten overeenkomstig hun grondwettelijke bepalingen. Bijgevolg zal de EU in beginsel wachten op bekrachtiging door alle lidstaten alvorens de overeenkomst zelf te bekrachtigen. Een dergelijk proces kan veel tijd in beslag nemen en hangt af van het antwoord op de vraag of de bekrachtiging in alle lidstaten soepel verloopt. Een uitsluitend de EU betreffende overeenkomst hoeft om in werking te kunnen treden daarentegen alleen door de EU te worden bekrachtigd en kan in de praktijk sneller worden gesloten dan een gemengde overeenkomst.

D. Het specifieke geval van de handels- en samenwerkingsovereenkomst met het VK

28. Zonder hier dieper in te gaan op de verschillende titels en bepalingen, blijkt uit een snelle bestudering van de handels en samenwerkingsovereenkomst dat er geen sprake is van een verplicht gemengd karakter: de EU is bevoegd op alle gebieden waarop de overeenkomst betrekking heeft.

²⁵ Zie advies 2/15 *Vrijhandelsovereenkomst met Singapore* (op. cit. voetnoot 19), punt 292. Zie ook het advies van de Juridische Dienst van de Raad in 12866/19 (CETA ICS) en 6442/19 (VN-Verdrag inzake arbitrage tussen investeerders en staten).

29. De Juridische Dienst herinnert er in dit verband aan dat bijvoorbeeld de bepalingen inzake handel of visserij in titel I van deel twee (Handel) en rubriek vijf van deel twee (Visserij) exclusieve bevoegdheden van de EU zijn op grond van artikel 3, lid 1, VWEU. Andere bepalingen van de overeenkomst, zoals titel II van rubriek twee (veiligheid van de luchtvaart) of deel drie (samenwerking inzake rechtshandhaving en justitie) hebben betrekking op aangelegenheden die exclusief zijn geworden doordat ze zijn uitgeoefend of grotendeels vallen onder het EU-acquis waarvoor de overeenkomst gevolgen heeft of kan hebben²⁶.
30. Daarnaast zijn er nog een aantal andere bepalingen, zoals verkeersrechten op luchtvaartgebied, die deel uitmaken van gedeelde EU-bevoegdheden die intern nog niet zijn uitgeoefend en die derhalve alleen potentiële bevoegdheden van de EU zijn. Met betrekking tot deze potentiële bevoegdheden zou de Raad bij de vaststelling van het besluit betreffende de ondertekening kunnen besluiten dat de EU dit soort niet-exclusieve potentiële bevoegdheden wil uitoefenen, waardoor de handels- en samenwerkingsovereenkomst een uitsluitend de EU betreffende overeenkomst zou worden.
31. Bij de vaststelling van het besluit betreffende de ondertekening op 29 december 2020 heeft de Raad deze politieke keuze gemaakt en besloten de bevoegdheid van de EU uit te oefenen op de gebieden die onder de potentiële bevoegdheid van de EU vallen. Dit besluit heeft rechtsgevolgen, niet in de laatste plaats omdat het in werking is getreden op de dag van de vaststelling ervan door de Raad (29 december 2020) en de handels- en samenwerkingsovereenkomst sinds 1 januari 2021 voorlopig wordt toegepast. Hieruit volgt dat de overeenkomst ook moet worden gesloten als een uitsluitend de EU betreffende overeenkomst.
32. Zoals hierboven in de punten 21 tot en met 25 is aangegeven, kan de Unie alleen wanneer de bevoegdheid daartoe in de Verdragen is toegekend, een internationale overeenkomst sluiten, overeenkomstig de relevante rechtsgrondslag. In het onderhavige geval werd de handels- en samenwerkingsovereenkomst ondertekend en voorlopig toegepast op basis van artikel 217 VWEU als de materiële rechtsgrondslag, in samenhang met de relevante procedurele rechtsgrondslagen (artikel 218, leden 5 en 8, VWEU).

²⁶ Zie onder andere Verordening (EU) 2018/1139 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2018 inzake gemeenschappelijke regels op het gebied van burgerluchtvaart en tot oprichting van een Agentschap van de Europese Unie voor de veiligheid van de luchtvaart (PB L 212 van 22.8.2018, blz. 1) en Richtlijn (EU) 2016/681 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 over het gebruik van persoonsgegevens van passagiers (PNR-gegevens) voor het voorkomen, opsporen, onderzoeken en vervolgen van terroristische misdrijven en ernstige criminaliteit (PB L 119 van 4.5.2016, blz. 132).

33. Artikel 217 VWEU verleent de EU de bevoegdheid om met een derde land een akkoord te sluiten waarbij een associatie wordt ingesteld die wordt gekenmerkt door wederkerige rechten en verplichtingen, gemeenschappelijk optreden en bijzondere procedures. De gebieden waarop een dergelijke overeenkomst betrekking heeft, moeten binnen de grenzen vallen van de bevoegdheden die de EU door de lidstaten in de Verdragen zijn toegekend om de daarin vastgestelde doelstellingen te bereiken²⁷. Artikel 217 VWEU kan worden toegepast als de EU bevoegd is – d.w.z. wanneer het Verdrag de EU de passende bevoegdheid verleent op de verschillende gebieden waarop de overeenkomst betrekking heeft – zelfs als deze bevoegdheid niet volledig is uitgeoefend of slechts potentieel is. Artikel 217 VWEU mag echter niet als rechtsgrondslag worden gebruikt als er geen onderliggende bevoegdheid is, d.w.z. dat er een onderliggende sectorale bevoegdheid moet bestaan om artikel 217 VWEU als rechtsgrondslag te kunnen gebruiken.
34. Op grond van artikel 217 VWEU kan de EU met eenparigheid van stemmen een brede overeenkomst sluiten over aangelegenheden die onder de bevoegdheid van de EU vallen, zonder dat in detail hoeft te worden aangegeven op welke gebieden de EU haar bevoegdheid al heeft uitgeoefend. Dergelijke overeenkomsten kunnen gebieden omvatten die onder de bevoegdheid van de EU vallen waar de sectorale rechtsgrondslag eenparigheid van stemmen of besluitvorming met gekwalificeerde meerderheid vereist, alsook gebieden waar de EU haar potentiële bevoegdheid intern nog niet heeft uitgeoefend.

²⁷ Zie zaak C-81/13, *VK/Raad ("sociale zekerheid Turkije")*, arresten van het Hof (Grote kamer) van 18 december 2014, EU:C:2014:2449, punten 61 en 62.

E. Uitoefening ten aanzien van het VK van de gedeelde bevoegdheid van de EU inzake de coördinatie van de sociale zekerheid en luchtvaartverkeersrechten

35. De EU heeft bijvoorbeeld een gedeelde bevoegdheid op het gebied van de coördinatie van de sociale zekerheid (artikel 48 VWEU). De EU heeft verschillende overeenkomsten met derde landen gesloten waarin regels zijn opgenomen inzake de coördinatie van de sociale zekerheid. Dit is typisch het geval voor associatieovereenkomsten op basis van artikel 217 VWEU. Het feit dat het vrije verkeer van personen niet is voltooid, vormt geen belemmering voor de sluiting van een EU-overeenkomst inzake de coördinatie van de sociale zekerheid²⁸. Tot dusver zijn overeenkomsten met derde landen die ook betrekking hebben op de coördinatie van de sociale zekerheid over het algemeen gesloten als gemengde overeenkomsten. Aangezien de EU echter bevoegd is op dit gebied, is dit een politieke keuze. De EU kan er ook voor kiezen haar bevoegdheid extern uit te oefenen en een dergelijke overeenkomst te sluiten als een uitsluitend de EU betreffende overeenkomst.
36. Evenzo heeft de EU gedeelde bevoegdheid op het gebied van luchtvervoer (artikel 91 en artikel 100, lid 2, VWEU). Als en voor zover de EU een dergelijke gedeelde bevoegdheid intern uitoefent, krijgt zij extern exclusieve bevoegdheid voor aangelegenheden die van invloed zijn op die interne regels. Aangezien de EU deze gedeelde bevoegdheid met betrekking tot aan derde landen verleende verkeersrechten intern nog niet heeft uitgeoefend, worden overeenkomsten met derde landen over dergelijke aangelegenheden vaak gesloten als gemengde overeenkomsten (facultatieve gemengde overeenkomsten). De Raad kan kiezen deze bevoegdheid al dan niet extern uit te oefenen.

²⁸ Wat bijvoorbeeld Turkije betreft, heeft het Hof het feit dat niet aan het beginsel van vrij verkeer is voldaan, gecompenseerd door toevoeging van artikel 217 VWEU aan artikel 48 VWEU als materiële rechtsgrondslag voor de vaststelling van het EU-standpunt dat moet worden ingenomen in de Associatieraad die is opgericht bij de associatieovereenkomst EU-Turkije, met betrekking tot de vaststelling van bepalingen inzake de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (zie arrest "*sociale zekerheid Turkije*", op. cit. voetnoot 27, punt 63).

F. Gevolgen voor de lidstaten van de uitoefening door de EU van haar gedeelde (potentiële) bevoegdheid

37. De externe uitoefening van bovengenoemde bevoegdheden van de EU met betrekking tot een bepaald derde land belet de lidstaten niet hun bevoegdheid inzake diezelfde aangelegenheid uit te oefenen ten aanzien van andere derde landen. Om een voorbeeld te noemen: de EU heeft een luchtvaartovereenkomst met Zwitserland die al meer dan 20 jaar bestaat²⁹ en die betrekking heeft op verkeersrechten. Het bestaan van deze overeenkomst heeft de lidstaten er niet van weerhouden met andere derde landen overeenkomsten op het gebied van verkeersrechten te sluiten.
38. Het feit dat de Raad heeft besloten om in het specifieke geval van de handels- en samenwerkingsovereenkomst met het VK voor een uitsluitend de EU betreffende overeenkomst te kiezen, belet de lidstaten derhalve niet hun nationale bevoegdheden ten aanzien van andere derde landen te blijven uitoefenen op datzelfde gebied waarop de EU potentieel bevoegd is. De uitoefening door de EU van haar potentiële bevoegdheden op het betrokken gebied ten aanzien van het VK leidt niet tot een situatie van exclusiviteit wat betreft haar betrekkingen met andere derde landen, noch tot een situatie van exclusiviteit op het gebied van verkeersrechten met betrekking tot andere derde landen zoals het geval zou zijn geweest wanneer die bevoegdheid intern was uitgeoefend. Het staat de lidstaten derhalve vrij om op deze gebieden van gedeelde bevoegdheid met andere derde landen dan het VK internationale overeenkomsten te blijven sluiten onder dezelfde voorwaarden als vóór de ondertekening van de handels- en samenwerkingsovereenkomst. Zoals hierboven in punt 10 uiteengezet, wordt deze mogelijkheid uitdrukkelijk bevestigd in overweging 15 en artikel 10 van het besluit betreffende de ondertekening.

²⁹ Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en de Zwitserse Bondsstaat inzake luchtvervoer, ondertekend op 21 juni 1999 (PB L 114 van 30.4.2002, blz. 73).

G. Bepalingen over mogelijke "aanvullingen" door de lidstaten

39. Voorts biedt de handels- en samenwerkingsovereenkomst de mogelijkheid, dan wel sluit deze de mogelijkheid niet uit, dat de lidstaten bilaterale overeenkomsten met het VK aangaan met betrekking tot specifieke aangelegenheden die onder de overeenkomst vallen op het vlak van luchtvervoer, administratieve samenwerking op de gebieden douane en btw en coördinatie van de sociale zekerheid³⁰. De lidstaten kunnen dit doen op voorwaarde dat dergelijke overeenkomsten verenigbaar zijn met het EU-recht, de werking van de overeenkomst niet ondermijnen en voor het overige verenigbaar zijn met de voorwaarden van de artikelen 6 tot en met 8 van het besluit betreffende de ondertekening, dat voorziet in een intern mechanisme voor informatie en samenwerking tussen de lidstaten en de Commissie, resulterend in de mogelijkheid om bilaterale regelingen of overeenkomsten toe te staan die de lidstaten op die gebieden met het VK zouden sluiten.
40. Dit interne mechanisme is een uitdrukking van de op de lidstaten rustende verplichting tot loyale samenwerking (artikel 4, lid 3, VEU)³¹, die algemeen toepasselijk is en niet afhangt van de vraag of de betrokken bevoegdheid exclusief is³². Op basis hiervan hebben de lidstaten de plicht zich te onthouden van acties die de verwezenlijking van de doelstellingen van de EU in gevaar kunnen brengen en dienen zij ervoor te zorgen dat dergelijke regelingen of overeenkomsten verenigbaar zijn met de handels- en samenwerkingsovereenkomst en de werking van de overeenkomst niet ondermijnen. Voor zover dit interne mechanisme de mogelijkheid schetst en biedt van bepaalde bilaterale overeenkomsten die de handels- en samenwerkingsovereenkomst aanvullen (zogenoemde "aanvullingen"), zoals door de overeenkomst zelf is toegestaan of niet verboden, is dit interne mechanisme ook een uitdrukking van het feit dat de overeenkomst onderdeel uitmaakt van het EU-recht, bindend is overeenkomstig artikel 216, lid 2, VWEU en derhalve voorrang heeft.

³⁰ Zie artikel AIRTRN.3 en artikel 41 van het btw-protocol.

³¹ Artikel 4, lid 3, VEU: "*Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien. De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen*".

³² Zaak C-246/07, *Commissie/Raad*, arrest van het Hof (Grote Kamer) van 20 april 2010, EU:C:2010:203, punt 71.

41. Het bestaan van het interne mechanisme staat los van de aard van de betrokken bevoegdheid. Als we het voorbeeld van de verkeersrechten nemen, dan oefent de EU in het kader van de handels- en samenwerkingsovereenkomst haar externe bevoegdheid uit met betrekking tot bepaalde verkeersrechten ten aanzien van het VK. Sommige bilaterale overeenkomsten die de handels- en samenwerkingsovereenkomst aanvullen, zijn toegestaan door de overeenkomst zelf onder de daarin vastgestelde voorwaarden³³. De overeenkomst zelf verbiedt verdere aanvullingen op het gebied van luchtverkeersrechten uitdrukkelijk (artikel AIRTRN.23)³⁴. Het interne machtigingsmechanisme in artikel 6 van het besluit betreffende de ondertekening reguleert hoe toestemming zal worden verleend voor de toegelaten aanvullingen. Derhalve is het machtigingsmechanisme, ten minste wat de aanvullende overeenkomsten inzake luchtverkeersrechten betreft, niet alleen een uitdrukking van de verplichting tot loyale samenwerking. Het is ook noodzakelijk omdat de gedeelde, voorheen niet-uitgeoefende, externe bevoegdheid inzake verkeersrechten ten aanzien van het VK nu wordt geregeld door de bepalingen van de handels- en samenwerkingsovereenkomst, die voorrang heeft, en nu een exclusieve bevoegdheid van de EU ten aanzien van het VK vormt. Zoals hierboven in de punten 37 tot en met 38 is uiteengezet en in overweging 15 en artikel 10 van het besluit betreffende de ondertekening uitdrukkelijk is bevestigd, is die bevoegdheid van de EU echter niet exclusief ten aanzien van andere derde landen.

³³ Artikel AIRTRN.3, lid 5, handels- en samenwerkingsovereenkomst: "*Op de overeenkomstig lid 4 wederzijds verleende rechten (d.w.z. aanvullingen) zijn de bepalingen van deze titel van toepassing.*"

³⁴ "*Het Verenigd Koninkrijk en een lidstaat kunnen elkaar geen andere rechten op het gebied van luchtvervoer naar, vanuit of binnen hun respectieve grondgebieden verlenen dan die welke uitdrukkelijk in deze titel zijn vastgelegd, behoudens het bepaalde in artikel AIRTRN.3 [Verkeersrechten], leden 4 en 9.*"

42. Tot slot maakt de Juridische Dienst van deze gelegenheid gebruik om, zoals zij op 22 januari 2021 in het Coreper heeft gedaan, te verduidelijken dat, in tegenstelling tot de verklaring van de Commissie in de notulen van de Raad van 29 december 2020 in verband met de vaststelling van het besluit betreffende de ondertekening,³⁵ zij geen juridisch beletsel ziet in het feit dat een rechtshandeling op grond van de artikelen 217 en 218 VWEU, zoals het besluit betreffende de ondertekening of het toekomstige besluit van de Raad tot sluiting van de overeenkomsten, een dergelijk intern mechanisme bevat waarin bilaterale regelingen of overeenkomsten tussen afzonderlijke lidstaten en het VK worden toegestaan. Dergelijke interne machtigingsmechanismen kunnen worden vastgelegd in een rechtshandeling die is vastgesteld op basis van de relevante sectorale materiële rechtsgrondslag (d.w.z. een wetgevingshandeling) of in een rechtshandeling die door de Raad is vastgesteld voor de ondertekening en sluiting van internationale overeenkomsten³⁶.

IV. CONCLUSIE

43. Concluderend bevestigt de Juridische Dienst van de Raad zijn standpunt dat de handels- en samenwerkingsovereenkomst op grond van artikel 217 VWEU als een uitsluitend voor de EU geldende overeenkomst kan worden gesloten, aangezien zij alleen betrekking heeft op gebieden waarvoor de EU exclusief of potentieel bevoegd is. De Raad heeft besloten deze keuze te maken bij de vaststelling van het besluit betreffende de ondertekening op 29 december 2020.

³⁵ Doc. 5525/20 ADD 1.

³⁶ De Juridische Dienst van de Raad herinnert eraan dat artikel 4 van het besluit van de Raad betreffende de sluiting van het terugtrekkingsakkoord voorziet in een soortgelijk intern mechanisme in het kader van overeenkomsten op gebieden die onder de bevoegdheid van de EU vallen die bepaalde lidstaten onder de in die bepaling genoemde voorwaarden met het VK mogen sluiten (zie Besluit (EU) 2020/135 van de Raad van 30 januari 2020 betreffende de sluiting van het Akkoord inzake de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland uit de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, PB L 29 van 31.1.2020, blz. 1).